



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1997 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1997 Vol. 2**

**Cited as [1997] 2 S.C.R. 3-216**

**Renvoi [1997] 2 R.C.S. 3-216**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

## CONTENTS

<b>Esmail v. Petro-Canada .....</b>	<b>3</b>
Appeal — Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Court of Appeal judge dismissing application for stay without prejudice to renewal of application before Supreme Court judge — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Successive applications should be permitted only in special circumstances — Application for stay before Supreme Court judge dismissed — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.	

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

## SOMMAIRE

<b>Bande indienne des Opetchesaht c. Canada .....</b>	<b>119</b>
Indiens — Réserves — Permis autorisant l'utilisation de terres des réserves indiennes — Droit de passage — Validité du permis conférant un droit de passage pour des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve indienne — Droit de passage accordé pour la période où il est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie — Nature et durée des droits conférés par le permis — Est-ce que ces droits pouvaient être conférés en vertu de l'art. 28(2) de la Loi sur les Indiens? — Le permis est-il valide? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 28(2), 37.	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young..... 165**

Négligence — Negligent misrepresentation — Auditors' report prepared for company — Report required by statute — Individual investors alleging investment losses and losses in value of existing shareholdings incurred because of reliance on audit reports — Whether auditors owed individual investors a duty of care with respect to the investment losses and the losses in the value of existing shareholdings — Whether the rule in *Foss v. Harbottle* affects the appellants' action.

### **Opetchesah Indian Band v. Canada ..... 119**

Indians — Reserves — Permits to use Indian reserve lands — Right-of-way — Validity of permit granting public utility right-of-way for electric power transmission lines across Indian reserve — Right-of-way granted for such period of time as required for purpose of transmission line — Nature and duration of rights granted under permit — Whether rights granted within scope of s. 28(2) of Indian Act — Whether permit valid — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 28(2), 37.

### **R. v. Doliente..... 11**

Criminal law — Defences — *Res judicata* — Aggravated assault and robbery — Conviction entered on robbery offence — Whether conviction on included offence of aggravated assault can be entered.

### **R. v. Feeney..... 13**

Criminal law — Arrest — Warrantless arrest occurring at home — Police entering home forcibly — No subjective or objective reason for concluding suspect had committed indictable offence — Arrest effected after evidence found — Conditions required for valid arrest.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Caution read on arrest but no mention made of right to immediate legal counsel or of toll-free telephone to duty counsel — Whether accused's rights to immediate legal counsel violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police looking for suspect in serious crime — Police entering home uninvited and without warrant — Whether accused's privacy interest violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Statement given by accused on questioning after caution read but before opportunity to consult legal counsel given — Finger prints taken on arrest — Objects seized from home — Charter breaches serious — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

### **R. v. Feeney (application)..... 117**

Judgments and orders — Suspension of judgment — Operation

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Esmail c. Petro-Canada ..... 3**

Appel — Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Rejet de la demande de sursis par un juge de la Cour d'appel sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour suprême — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Demandes successives autorisées que dans des circonstances spéciales — Demande de sursis devant un juge de la Cour suprême rejetée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

### **Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young..... 165**

Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Rapport de vérification préparé pour une société — Rapport exigé par la loi — Investisseurs alléguant à titre individuel avoir subi des pertes en matière de placement et des pertes quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification — Les vérificateurs avaient-ils une obligation de diligence envers les investisseurs à titre individuel quant aux pertes subies en matière de placement et aux pertes subies quant à la valeur de leurs participations existantes? — La règle de *Foss c. Harbottle* influe-t-elle sur l'action des appelants?

### **R. c. Doliente ..... 11**

Droit criminel — Moyens de défense — Chose jugée — Voies de fait graves et vol qualifié — Déclaration de culpabilité inscrite relativement à l'infraction de vol qualifié — Est-il possible d'inscrire une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction incluse de voies de fait graves?

### **R. c. Feeney..... 13**

Droit criminel — Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée dans un domicile — Policiers entrant par la force dans le domicile — Absence de motif subjectif ou objectif de conclure que le suspect a commis un acte criminel — Arrestation effectuée après la découverte d'éléments de preuve — Conditions pour qu'une arrestation soit valide.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Mise en garde lue lors de l'arrestation sans qu'aucune mention ne soit faite du droit de consulter immédiatement un avocat ou d'obtenir un numéro de téléphone sans frais pour appeler un avocat de garde — Y a-t-il eu violation des droits de l'accusé à l'assistance immédiate d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Policiers à la recherche d'une personne soupçonnée de crime grave — Policiers entrant dans un domicile sans être invités et sans mandat — Y a-t-il eu violation du droit à la vie privée de l'accusé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment.

### **Richter & Partners Inc. v. Ernst & Young**..... 5

Appeal — Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Application for stay of proceedings with respect to Court of Appeal's order from which leave to appeal is being sought — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Party applying first to Supreme Court judge must provide valid reason why rationale for s. 65.1 not applicable to application — Application for stay made first to Supreme Court judge dismissed without prejudice to its being renewed before Court of Appeal judge — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65(1).

## SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusé interrogé faisant une déclaration après avoir reçu lecture d'une mise en garde, mais avant d'avoir eu la possibilité de consulter un avocat — Prise d'empreintes digitales effectuée après l'arrestation — Objets saisis au domicile — Graves violations de la Charte — L'utilisation des éléments de preuve serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

### **R. c. Feeney (demande)** ..... 117

Jugements et ordonnances — Suspension de jugement — Mise à exécution d'un jugement relatif à l'exigence d'un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation suspendue pour une période de 6 mois à compter de la date du jugement.

### **Richter & Partners Inc. c. Ernst & Young** ..... 5

Appel — Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de la Cour d'appel faisant l'objet de la demande d'autorisation de pourvoi — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Partie s'adressant d'abord à un juge de la Cour suprême tenue de fournir des raisons valables pour justifier une dérogation à l'art. 65.1 — Demande de sursis présentée d'abord à un juge de la Cour suprême rejetée sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour d'appel — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65(1).





**Tajdin Esmail** *Applicant*

v.

**Petro-Canada** *Respondent*

INDEXED AS: ESMAIL v. PETRO-CANADA

File No.: 25095.

1996: February 8.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR AN INTERIM STAY

*Appeal — Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Court of Appeal judge dismissing application for stay without prejudice to renewal of application before Supreme Court judge — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Successive applications should be permitted only in special circumstances — Application for stay before Supreme Court judge dismissed — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, r. 27.

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1(1) [en. 1990, c. 8 s. 40; repl. 1994, c. 44, s. 101].

APPLICATION for an interim stay pending leave to appeal. Application dismissed.

*Raj Anand*, for the applicant.

*Susan Adam Metzler*, for the respondent.

The following is the order delivered by

SOPINKA J. — This is an application under s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (as amended by S.C. 1994, c. 44, s. 101), and Rule 27 of our rules for an interim stay pending leave to appeal. This relief was previously refused by Weiler J.A. who concluded that there

**Tajdin Esmail** *Requérant*

c.

**Petro-Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ESMAIL c. PETRO-CANADA

N° du greffe: 25095.

1996: 8 février.

Présent: Le juge Sopinka.

DEMANDE DE SURSIS PROVISOIRE

*Appel — Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Rejet de la demande de sursis par un juge de la Cour d'appel sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour suprême — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Demandes successives autorisées que dans des circonstances spéciales — Demande de sursis devant un juge de la Cour suprême rejetée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.*

**Lois et règlements cités**

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1(1) [aj. 1990, ch. 8, art. 40; rempl. 1994, ch. 44, art. 101].

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 27.

DEMANDE de sursis provisoire jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi. Demande rejetée.

*Raj Anand*, pour le requérant.

*Susan Adam Metzler*, pour l'intimée.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 101) et de l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada* en vue d'obtenir un sursis provisoire jusqu'à ce que soit

was no serious question to be tried: (1996), 88 O.A.C. 124. The dismissal of the application was without prejudice to the renewal of the application before a justice of this Court.

2 In enacting s. 65.1(1) to give judges of the court appealed from jurisdiction to grant a stay, Parliament did not intend that successive applications be routinely permitted. The purpose of the amendment was to enable litigants to apply to the court that had recently dealt with the matter. Often the court appealed from is more conveniently located so as to permit the matter to be dealt with more expeditiously. It is only in special circumstances that successive applications to a judge of the court appealed from and a judge of this Court should be permitted.

3 In this case, Weiler J.A. dismissed without prejudice to this application being renewed in this Court. There are no special circumstances that would warrant a re-examination by me of the decision of Weiler J.A. that there is no serious question to be tried. My interpretation of the reason for the dismissal without prejudice is that Weiler J.A. had in mind that if this Court granted leave then there would be good reason to reconsider her finding that no serious question is presented in the proposed appeal. I would therefore dismiss the application. The application for leave will be expedited.\* The application for a stay may be renewed before the panel hearing the application for leave. I make no order as to costs.

*Application dismissed.*

*Solicitors for the applicant: Scott & Aylen, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Toronto.*

\*Application for leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. vi.

tranchée la demande d'autorisation de pourvoi. Cette demande a été rejetée par le juge Weiler de la Cour d'appel pour le motif qu'il n'existait pas de question sérieuse à régler: (1996), 88 O.A.C. 124. Elle a été rejetée sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant notre Cour.

Lorsqu'il a édicté le par. 65.1(1) pour conférer aux juges de la juridiction inférieure le pouvoir d'accorder un sursis, le législateur n'avait pas l'intention de permettre régulièrement la présentation de demandes successives. La modification visait à permettre aux plaideurs de présenter leur demande à la cour qui venait d'examiner l'affaire. Souvent, l'emplacement de la juridiction inférieure se prête mieux au jugement rapide de l'affaire. C'est seulement dans des circonstances spéciales qu'il devrait être permis de présenter successivement une demande à un juge de la juridiction inférieure et à un juge de notre Cour.

En l'espèce, le juge Weiler de la Cour d'appel a rejeté la demande sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant notre Cour. Aucune circonstance spéciale ne justifie que je fasse un nouvel examen de la décision du juge Weiler selon laquelle il n'existe pas de question sérieuse à régler. À mon avis, la raison pour laquelle le juge Weiler a rejeté la demande sous réserve du droit de la présenter à nouveau est que, si notre Cour accordait l'autorisation de pourvoi, un nouvel examen de sa conclusion qu'il n'existe aucune question sérieuse à régler serait fondé dans le pourvoi envisagé. Je suis donc d'avis de rejeter la demande. Notre Cour hâtera l'audition de la demande d'autorisation\*. La demande de sursis pourra être présentée à nouveau devant la formation qui entendra la demande d'autorisation. Je ne rends aucune ordonnance concernant les dépens.

*Demande rejetée.*

*Procureurs du requérant: Scott & Aylen, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Miller Thomson, Toronto.*

\*Demande d'autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. vi.

**Richter & Partners Inc., Trustee of the Estate of Confederation Treasury Services Limited, a bankrupt** *Applicant*

v.

**Ernst & Young** *Respondent*

and

**George R. Albino, William H. Alexander, John D. Allan, William G. Benton, Bennett A. Brown, Patrick D. Burns, Paul G. S. Cantor, William D. Douglas, Mark E. Edwards, Kenneth E. Field, Nan-B de Gaspé Beaubien, Irving R. Gerstein, Anthony F. Griffiths, Sir Anthony S. Jolliffe, George E. Mara, Robert W. Martin, David R. McCamus, Daryl E. McLean, André Monast, Michael D. Regester, John A. Rhind, Michael Rosenfelder, Borden D. Rosiak, Michael J. White and Adam H. Zimmerman** *Respondents*

and

**The Commissioner of Insurance of the State of Michigan in his capacity as Rehabilitator of the assets of Confederation Life Insurance Company in the United States** *Respondent*

and

**The Superintendent of Financial Institutions (Canada) in his capacity as Liquidator of Confederation Life Insurance Company** *Respondent*

INDEXED AS: RICHTER & PARTNERS INC. v. ERNST & YOUNG

File No.: 25917.

1997: May 7.

Present: Sopinka J.

**Richter & Partners Inc., syndic de l'actif de Confederation Treasury Services Limited, faillie** *Requérant*

c.

**Ernst & Young** *Intimée*

et

**George R. Albino, William H. Alexander, John D. Allan, William G. Benton, Bennett A. Brown, Patrick D. Burns, Paul G. S. Cantor, William D. Douglas, Mark E. Edwards, Kenneth E. Field, Nan-B de Gaspé Beaubien, Irving R. Gerstein, Anthony F. Griffiths, Sir Anthony S. Jolliffe, George E. Mara, Robert W. Martin, David R. McCamus, Daryl E. McLean, André Monast, Michael D. Regester, John A. Rhind, Michael Rosenfelder, Borden D. Rosiak, Michael J. White et Adam H. Zimmerman** *Intimés*

et

**Le Commissioner of Insurance de l'État du Michigan, en qualité de responsable de l'assainissement des éléments d'actif de La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, aux États-Unis** *Intimé*

et

**Le Surintendant des institutions financières (Canada) en qualité de séquestre de La Confédération, Compagnie d'assurance-vie** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: RICHTER & PARTNERS INC. c. ERNST & YOUNG

N° du greffe: 25917.

1997: 7 mai.

Présent: Le juge Sopinka.

## APPLICATION FOR A STAY OF PROCEEDINGS

*Appeal — Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Application for stay of proceedings with respect to Court of Appeal's order from which leave to appeal is being sought — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Party applying first to Supreme Court judge must provide valid reason why rationale for s. 65.1 not applicable to application — Application for stay made first to Supreme Court judge dismissed without prejudice to its being renewed before Court of Appeal judge — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65(1).*

## Cases Cited

**Applied:** *Esmail v. Petro-Canada*, [1997] 2 S.C.R. 3.

## Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, rr. 22(2) [repl. SOR/95-573, s. 2], 27.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65(1) [en. 1990, c. 8, s. 40; repl. 1994, c. 44, s. 101].

APPLICATIONS for a stay of proceedings and for an expedited hearing of the application for leave to appeal. Application for a stay dismissed and application for an expedited hearing granted.

*Ronald N. Robertson, Q.C., Michael J. MacNaughton and Edmond F. B. Lamek*, for the applicant.

*Alan J. Lenczner, Q.C., and Peter H. Griffin*, for the respondent Ernst & Young.

*Allan Sternberg*, for the respondents Albino et al.

The following is the order delivered by

<sup>1</sup> SOPINKA J. — This is an application to stay the order of the Court of Appeal for Ontario dated January 14, 1997. The order grants leave to the respondents Ernst & Young and George R. Albino

## DEMANDE DE SURSIS

*Appel — Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de la Cour d'appel faisant l'objet de la demande d'autorisation de pourvoi — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Partie s'adressant d'abord à un juge de la Cour suprême tenue de fournir des raisons valables pour justifier une dérogation à l'art. 65.1 — Demande de sursis présentée d'abord à un juge de la Cour suprême rejetée sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour d'appel — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65(1).*

## Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Esmail c. Petro-Canada*, [1997] 2 R.C.S. 3.

## Lois et règlements cités

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65(1) [aj. 1990, ch. 8, art. 40; rempl. 1994, ch. 44, art. 101].  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 22(2) [rempl. DORS/95-573, art. 2], 27.

DEMANDES en vue d'obtenir un sursis et une audition accélérée de la demande d'autorisation de pourvoi. Demande de sursis rejetée et demande d'audition accélérée accueillie.

*Ronald N. Robertson, c.r., Michael J. MacNaughton et Edmond F. B. Lamek*, pour le requérant.

*Alan J. Lenczner, c.r., et Peter H. Griffin*, pour l'intimée Ernst & Young.

*Allan Sternberg*, pour les intimés Albino et autres.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'une demande tendant à obtenir un sursis à l'exécution d'une ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario le 14 janvier 1997. L'ordonnance autorise les

et al. (appellants in the Court of Appeal) to assert a claim against the applicant Trustee in proceedings in Michigan brought by the respondent the Commissioner of Insurance of the State of Michigan. The applicant has served and filed an application for leave to appeal from the order referred to as well as from another order made the same day which allowed an appeal from an order disallowing proof of claim of the respondent Ernst & Young in the bankruptcy proceedings.

The applicant's solicitor has requested an oral hearing in a letter to the Registrar but nothing in the material filed demonstrates why the usual practice in Rule 22(2) should not apply. The application for a stay is made pursuant to s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (as amended by S.C. 1994, c. 44, s. 101), and Rule 27. By virtue of this recent amendment to the Act the court appealed from or a judge thereof is given concurrent jurisdiction. The rationale for this amendment was stated in *Esmail v. Petro-Canada*, S.C.C., No. 25095, released February 8, 1996, as follows:

The purpose of the amendment was to enable litigants to apply to the court that had recently dealt with the matter. Often the court appealed from is more conveniently located so as to permit the matter to be dealt with more expeditiously. It is only in special circumstances that successive applications to a judge of the court appealed from and a judge of this Court should be permitted.

For this reason a party applying in the first instance to a judge of this Court must provide a valid reason why the rationale for the new provision does not apply to the application.

In response to a query from the Registrar as to the absence of any such reasons in the material filed, the applicant responded in writing as follows:

(i) Firstly, in our stay motion we seek, by way of ancillary relief, an order expediting the hearing of the appli-

intimés Ernst & Young ainsi que George R. Albino et autres (appelants en Cour d'appel) à présenter une demande contre le syndic requérant dans des procédures intentées au Michigan par l'intimé, le Commissioner of Insurance de l'État du Michigan. Le requérant a signifié et déposé une demande d'autorisation d'appel contre l'ordonnance en question et contre une autre ordonnance, rendue le même jour, par laquelle était accueilli l'appel formé contre une ordonnance rejetant une preuve de réclamation de l'intimée Ernst & Young présentée dans les procédures de faillite.

Le procureur du requérant a demandé une audition orale dans une lettre adressée au registraire, mais les documents déposés n'indiquent pas pour quelles raisons la pratique usuelle prévue au par. 22(2) des *Règles de la Cour suprême du Canada* ne devrait pas s'appliquer. La demande de sursis est présentée en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26 (mod. L.C. 1994, ch. 44, art. 101) et de l'art. 27 des *Règles*. En vertu de la modification apportée récemment à la Loi, la juridiction inférieure ou l'un de ses juges exerce une compétence concurrente à celle de la Cour. Les raisons de cette modification ont été exposées dans la décision *Esmail c. Petro-Canada*, C.S.C., n° 25095, rendue le 8 février 1996, de la façon suivante:

La modification visait à permettre aux plaideurs de présenter leur demande à la cour qui venait d'examiner l'affaire. Souvent, l'emplacement de la juridiction inférieure se prête mieux au jugement rapide de l'affaire. C'est seulement dans des circonstances spéciales qu'il devrait être permis de présenter successivement une demande à un juge de la juridiction inférieure et à un juge de notre Cour.

Pour cette raison, la partie qui présente d'abord une demande à un juge de notre Cour doit fournir des raisons valables pour justifier une dérogation à la nouvelle disposition.

En réponse à la question posée par le registraire quant à l'absence d'une telle explication dans les documents déposés, le requérant a répondu par écrit de la façon suivante:

[TRADUCTION] (i) premièrement, dans notre requête, nous demandons, par la voie d'une mesure de redresse-

cation for leave to appeal, and if leave is granted, the appeal itself. It does not appear that the Provincial Courts of Appeal have jurisdiction under the *Supreme Court Act* to grant that ancillary relief, whereas the Supreme Court certainly does. Further, it would not appear to be appropriate for a Provincial Court of Appeal to deal with a Supreme Court timetable.

(ii) Secondly, in the commentary to section 65.1 of the *Supreme Court Act* in *Supreme Court of Canada Practice 1996*, B. Crane and H. Brown, Carswell, 1995, the authors question (at page 115, first full paragraph) the likelihood of Provincial Court of Appeal issuing stays of their own orders “when a significant component of the decision is the likely merit in the proposed application for leave — a matter the appeal courts have consistently held is for the Supreme Court of Canada to decide.” It would seem somewhat strange for a court from which leave to appeal is being sought to be asked to say, or say inferentially, that it thinks that there is some merit in the application for leave to appeal its decision, i.e. this is not the same as seeking a stay where there is an unquestioned right of appeal and the sole question is the effect of the granting a stay.

4 With respect to the second point, this reasoning is at variance with the practice of this Court as set out in *Esmail, supra*. However, the applicant can be excused for not referring to the case since it appears not to have been reported.<sup>1</sup> But I do not agree that the judges of the courts of appeal would not be objective in assessing whether an appeal raises a serious issue. There are numerous provisions which require judges to make a similar determination notwithstanding that a decision on the issue has already been made. For example, until comparatively recent times, leave to appeal to this Court was often granted by the court appealed from pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*. That provision is still in the Act and fell into disuse because courts of appeal decided that this Court should determine its own workload and not by reason of any reluctance to reassess the merits

<sup>1</sup>Now reported at [1997] 2 S.C.R. 3.

ment accessoire, une ordonnance hâtant l’audition de la demande d’autorisation d’appel, et si l’autorisation est accordée, celle du pourvoi lui-même. Les cours d’appel provinciales ne semblent pas avoir compétence en vertu de la *Loi sur la Cour suprême* pour accorder ce redressement accessoire, alors que la Cour suprême est certainement compétente. Par ailleurs, il n’apparaît pas judiciaires qu’une cour d’appel provinciale prenne une décision ayant une incidence sur le calendrier des travaux de la Cour suprême.

(ii) deuxièmement, dans leur commentaire relatif à l’art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, publié dans *Supreme Court of Canada Practice 1996*, Carswell, 1995, B. Crane et H. Brown mettent en doute (à la p. 115, premier paragraphe entier) la probabilité que les cours d’appel provinciales acceptent de surseoir à l’exécution de leurs propres ordonnances «lorsqu’un élément important de la décision est la vraisemblance du bien-fondé de la demande d’autorisation d’appel envisagée — une question jugée de façon constante par les cours d’appel comme devant être tranchée par la Cour suprême». Il serait plutôt étrange de demander à la cour contre laquelle on cherche à se pourvoir qu’elle dise, ou statue implicitement, qu’elle croit que la demande d’autorisation d’appel présentée contre sa décision n’est pas dénuée de fondement; ce n’est pas comme si l’on cherchait à obtenir un sursis dans un cas où l’existence du droit d’appel est incontestable et que la seule question à trancher est celle de l’incidence de la décision d’accorder le sursis.

En ce qui concerne le deuxième point, ce raisonnement n’est pas conforme à la pratique de notre Cour telle qu’elle est énoncée dans *Esmail*, précité. Toutefois, on ne peut reprocher au requérant de ne pas renvoyer à cet arrêt, étant donné qu’il paraît ne pas avoir été publié<sup>1</sup>. Mais je ne souscris pas à l’opinion voulant que les juges des cours d’appel saisis de la question de savoir si l’appel soulève une question sérieuse manqueraient d’objectivité. De nombreuses dispositions exigent que les juges rendent des décisions semblables en dépit du fait que la question a déjà été tranchée. Par exemple, jusqu’à une époque relativement récente, l’autorisation d’interjeter appel devant notre Cour était souvent accordée par la juridiction inférieure en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*. Cette disposition, demeurée dans la Loi, est tombée en désuétude parce que les cours d’appel ont décidé

<sup>1</sup>Maintenant publié à [1997] 2 R.C.S. 3.

for the purpose of identifying an issue fit to be decided by this Court.

The first reason referred to might in some circumstances be sufficient although there is usually no impediment to having the two applications proceed concurrently in different fora. In view of my disposition of the application, it is unnecessary to express any final conclusion on this point. I have concluded that the balance of convenience favours dismissal of the application subject to certain conditions. First, the hearing of the application for leave is to be expedited. I would grant the extension of time as requested. Second, the application for a stay is dismissed without prejudice to it being renewed before a judge of the Court of Appeal. Third, if leave to appeal is granted,<sup>2</sup> the application may be renewed before me subject to any disposition that may have been made by a judge of the Court of Appeal.

In my opinion, the applicant will suffer no serious prejudice by the delay pending a decision on the application for leave. Unless the wheels of justice move much more quickly in Michigan than in Ontario, I doubt that the proceedings against the applicant will be advanced substantially pending a decision of this Court on the application for leave. In any event, if I am wrong in this respect, an application can be made to a judge of the Court of Appeal.

Accordingly, the application for a stay is dismissed and the applications for an expedited hearing of the application for leave and for an extension of time with reference thereto are granted.

*Application for a stay of proceedings dismissed and application for an expedited hearing of the application for leave to appeal granted.*

<sup>2</sup>Application for leave to appeal refused May 26, 1997.

que notre Cour devait déterminer elle-même sa charge de travail, et non parce qu'elles étaient réticentes à réévaluer le bien-fondé d'une décision afin de déterminer si elle soulevait une question qui méritait d'être tranchée par notre Cour.

La première raison invoquée pourrait, dans certaines circonstances, suffire, bien qu'il n'y ait habituellement aucun empêchement à ce que les deux demandes soient traitées en même temps par des tribunaux différents. Compte tenu de la façon dont je statue sur la demande, toute conclusion définitive sur cette question est inutile. J'ai conclu que la balance des inconvénients favorisait le rejet de la demande sous réserve de certaines conditions. Premièrement, l'audition de la demande d'autorisation doit être hâtée. Je suis d'avis d'accorder la prorogation de délai demandée. Deuxièmement, la demande de sursis est rejetée, sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour d'appel. Troisièmement, si l'autorisation de pourvoi est accordée<sup>2</sup>, la demande peut m'être soumise à nouveau, sous réserve de toute décision rendue par un juge de la Cour d'appel.

À mon avis, le requérant ne subira aucun préjudice grave en raison de la période qui s'écoulera avant que soit rendue la décision tranchant la demande d'autorisation. À moins que les rouages de la justice n'aillent beaucoup plus vite au Michigan qu'en Ontario, je doute que les procédures intentées contre le requérant avancent de façon substantielle d'ici à ce que notre Cour se prononce sur la demande d'autorisation. De toute façon, si j'ai tort sur ce point, une demande peut être présentée à un juge de la Cour d'appel.

Par conséquent, la demande de sursis est rejetée et les demandes tendant à obtenir une audition hâtive de la demande d'autorisation et la prorogation du délai qui s'y rapporte sont accueillies.

*Demande de sursis rejetée et demande d'audition accélérée de la demande d'autorisation de pourvoi accueillie.*

<sup>2</sup>Demande d'autorisation de pourvoi refusée le 26 mai 1997.

*Solicitors for the applicant: Fasken Campbell  
Godfrey, Toronto.*

*Procureurs du requérant: Fasken Campbell  
Godfrey, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Ernst & Young:  
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Ernst & Young:  
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Albino et al.:  
Goodman & Carr, Toronto.*

*Procureurs des intimés Albino et autres:  
Goodman & Carr, Toronto.*

**Ian Bernard Gallimet Doliente** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DOLIENTE

File No.: 25417.

1997: May 20.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Defences — Res judicata — Aggravated assault and robbery — Conviction entered on robbery offence — Whether conviction on included offence of aggravated assault can be entered.*

**Cases Cited**

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

APPEAL from a judgment of Alberta Court of Appeal (1996), 184 A.R. 129, 122 W.A.C. 129, 40 Alta. L.R. (3d) 78, 108 C.C.C. (3d) 137, [1996] A.J. No. 554 (QL), dismissing the appellant's appeal and allowing the respondent's cross-appeal from conviction by Langston J. Appeal allowed.

*Balfour Der*, for the appellant.

*Goran Tomljanovic*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We are substantially in agreement with the reasons of Harradence J.A. dissenting in the Court of Appeal (1996), 184 A.R. 129. The charge of aggravated assault was an included offence in the robbery charge. The two charges arose out of the same delict as defined in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. Accord-

**Ian Bernard Gallimet Doliente** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOLIENTE

N° du greffe: 25417.

1997: 20 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Chose jugée — Voies de fait graves et vol qualifié — Déclaration de culpabilité inscrite relativement à l'infraction de vol qualifié — Est-il possible d'inscrire une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction incluse de voies de fait graves?*

**Jurisprudence**

Arrêt mentionné: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 184 A.R. 129, 122 W.A.C. 129, 40 Alta. L.R. (3d) 78, 108 C.C.C. (3d) 137, [1996] A.J. No. 554 (QL), qui a rejeté l'appel de l'appellant et accueilli l'appel incident interjeté par l'intimée contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Langston. Pourvoi accueilli.

*Balfour Der*, pour l'appellant.

*Goran Tomljanovic*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Harradence, dissident en Cour d'appel (1996), 184 A.R. 129. Les voies de fait graves reprochées étaient une infraction incluse dans l'accusation de vol qualifié. Les deux accusations émanaient du même délit défini dans *Kienapple c. La Reine*,

ingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment at trial is restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Batting, Der, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.*

[1975] 1 R.C.S. 729. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement rendu au procès est rétabli.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Batting, Der, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*

**Michael Feeny** Appellant

v.

**Her Majesty The Queen** Respondent

INDEXED AS: R. v. FEENEY

File No.: 24752.

1996: June 11; 1997: May 22.\*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Arrest — Warrantless arrest occurring at home — Police entering home forcibly — No subjective or objective reason for concluding suspect had committed indictable offence — Arrest effected after evidence found — Conditions required for valid arrest.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Caution read on arrest but no mention made of right to immediate legal counsel or of toll-free telephone to duty counsel — Whether accused's rights to immediate legal counsel violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police looking for suspect in serious crime — Police entering home uninvited and without warrant — Whether accused's privacy interest violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Statement given by accused on questioning after caution read but before opportunity to consult legal counsel given — Finger prints taken on arrest — Objects seized from home — Charter breaches serious — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

\*See: [1997] 2 S.C.R. 117.

**Michael Feeny** Appellant

c.

**Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. FEENEY

N° du greffe: 24752.

1996: 11 juin; 1997: 22 mai.\*

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée dans un domicile — Policiers entrant par la force dans le domicile — Absence de motif subjectif ou objectif de conclure que le suspect a commis un acte criminel — Arrestation effectuée après la découverte d'éléments de preuve — Conditions pour qu'une arrestation soit valide.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Mise en garde lue lors de l'arrestation sans qu'aucune mention ne soit faite du droit de consulter immédiatement un avocat ou d'obtenir un numéro de téléphone sans frais pour appeler un avocat de garde — Y a-t-il eu violation des droits de l'accusé à l'assistance immédiate d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Policiers à la recherche d'une personne soupçonnée de crime grave — Policiers entrant dans un domicile sans être invités et sans mandat — Y a-t-il eu violation du droit à la vie privée de l'accusé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusé interrogé faisant une déclaration après avoir reçu lecture d'une mise en garde, mais avant d'avoir eu la possibilité de consulter un avocat — Prise d'empreintes digitales effectuée après l'arrestation — Objets saisis au domicile — Graves violations de la Charte — L'utilisation des éléments de preuve serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

\*Voir: [1997] 2 R.C.S. 117.

The police, during a murder investigation in 1991, entered the accused's house (an equipment trailer) without permission. When they received no answer at the door, they entered, roused the accused, touched his leg, ordered him to get up and took him to the front of the trailer for better lighting. The police arrested him after seeing blood on his shirt. Following a caution with respect to the right to counsel but not the right to immediate counsel, the police asked the accused a couple of questions which he answered. The accused's shirt was seized and he was taken to the police detachment where, before the accused had consulted with counsel, further statements and the accused's fingerprints were taken. The police seized cash, cigarettes and shoes under a warrant obtained on the basis of the initial search of the trailer (the shirt and shoes), the initial interview (the shoes) and the later interview at the detachment (the cash under the mattress).

The accused was convicted of second degree murder and his appeal was unanimously dismissed. At issue here are whether the police violated the *Charter* right to be secure from unreasonable search or seizure (s. 8) and the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right (s. 10(b)) in their investigation of the accused and, if so, what evidence, if any, should be excluded under s. 24(2).

*Held* (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Under the pre-*Charter* common law, a warrantless arrest following a forced entry into private premises is legal if: (a) the officer has reasonable grounds to believe that the person sought is within the premises; (b) proper announcement is made; (c) the officer believes reasonable grounds for the arrest exist; and (d) objectively speaking, reasonable and probable grounds for the arrest exist. Except in exigent circumstances, police should give notice of presence by knocking or ringing the doorbell, give notice of authority by identifying themselves as law enforcement police officers and give notice of purpose by stating a lawful reason for entry. Furthermore, before forcing entry, police should, at minimum, request admission and have admission denied.

Au cours d'une enquête sur un meurtre en 1991, les policiers sont entrés sans permission chez l'accusé qui demeurait dans une remorque d'entreposage. Ne recevant pas de réponse, ils sont entrés, ont réveillé l'accusé, lui ont touché la jambe et lui ont ordonné de se lever, puis l'ont amené à l'avant de la remorque où il y avait plus de lumière. Les policiers l'ont arrêté après avoir vu du sang sur sa chemise. Après avoir informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat, mais non de son droit de consulter immédiatement un avocat, les policiers lui ont posé quelques questions auxquelles il a répondu. Sa chemise a été saisie et il a été amené au détachement de la police où d'autres déclarations et ses empreintes digitales ont été recueillies avant qu'il ait consulté un avocat. Les policiers ont saisi de l'argent, des cigarettes et des chaussures en vertu d'un mandat obtenu sur la foi de la perquisition initiale dans la remorque (la chemise et les chaussures), de l'interrogatoire initial (les chaussures) et de l'interrogatoire effectué par la suite au détachement (l'argent sous le matelas).

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et son appel a été rejeté à l'unanimité. Il s'agit, en l'espèce, de décider si la police a, en enquêtant sur l'accusé, violé son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, garanti par la *Charte* (art. 8), et son droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit (al. 10b)), et, dans l'affirmative, quels éléments de preuve, s'il en est, devraient être écartés en vertu du par. 24(2).

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Sous le régime de la common law antérieure à la *Charte*, l'arrestation sans mandat effectuée à la suite d'une entrée par la force dans des lieux privés est légale a) si le policier qui l'effectue a des motifs raisonnables de croire que la personne recherchée est sur les lieux, b) si une annonce régulière est faite, c) si le policier croit qu'il y a des motifs raisonnables d'effectuer l'arrestation, et d) si, objectivement, il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer l'arrestation. Sauf en cas d'urgence, les policiers devraient donner avis de leur présence en frappant ou en sonnant à la porte, donner avis de leur autorité en s'identifiant comme des policiers chargés d'appliquer la loi, et donner avis du but de leur visite, en énonçant un motif légitime d'entrer. De plus, avant d'entrer par la force, ils doivent au moins avoir demandé la permission d'entrer et avoir essuyé un refus.

The subjective requirement for arrest was not met and its absence rendered the arrest unlawful even under the pre-*Charter* common law. The arresting officer did not believe he had reasonable grounds to arrest prior to the forcible entry. The police officer's testimony and the fact that he did not arrest the accused until after he saw the blood-stained shirt support this conclusion. An objective standard cannot be exclusively relied on because its addition to the requirements for valid arrest at common law did not displace the subjective requirement. Indeed, it would be inconsistent with the spirit of the *Charter* to permit a police officer to make an arrest without a warrant even though he or she does not believe reasonable grounds for the arrest exist.

The question of whether, objectively speaking, reasonable and probable grounds to arrest existed prior to the entry into the trailer is open to review by this Court. The trial judge erred in law by considering an irrelevant factor (the preservation of evidence) and by failing to explain why the officer in charge was incorrect in his conclusion that grounds to arrest did not exist prior to entry into the trailer.

The objective test is that a reasonable person, standing in the shoes of the officer, would have believed that reasonable and probable grounds to make the arrest existed. Any finding that the subjective test is not met will generally imply that the objective test is not met, unless the officer is to be considered to have an unreasonably high standard. An arrest cannot be made solely for the purpose of investigation but, if grounds exist on a subjective and objective basis, the fact that police intend to continue the investigation and do so does not invalidate the arrest. The objective test was not met regardless of the officer's views.

The *Landry* test for warrantless searches, essentially a balancing between aiding the police in their protection of society on the one hand and the privacy interests of individuals in their dwellings on the other, no longer applies. It must be adjusted to comport with *Charter* values which, notwithstanding the high value on the security and privacy of the home at common law, significantly increase the importance of the legal status of the privacy of the home. In general, the privacy interest now

La condition subjective pour effectuer une arrestation n'a pas été remplie et son absence a rendu l'arrestation illégale même selon la common law en vigueur avant l'adoption de la *Charte*. Le policier qui a procédé à l'arrestation ne croyait pas avoir des motifs raisonnables de l'effectuer avant d'entrer par la force. Cette conclusion est étayée par le témoignage du policier et par le fait qu'il n'a arrêté l'accusé qu'après avoir aperçu la chemise tachée de sang. Il n'est pas possible d'invoquer uniquement une norme objective, étant donné que son ajout aux conditions à remplir pour qu'une arrestation soit valide en common law n'a pas remplacé la condition subjective. En fait, il serait incompatible avec l'esprit de la *Charte* de permettre à un policier d'effectuer une arrestation sans mandat même s'il ne croit pas à l'existence de motifs raisonnables d'y procéder.

La question de savoir s'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation avant l'entrée dans la remorque peut faire l'objet d'un examen par notre Cour. Le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant compte d'un facteur non pertinent (la préservation d'éléments de preuve) et en n'expliquant pas pourquoi le policier chargé de l'enquête avait eu tort de conclure à l'inexistence de motifs de procéder à une arrestation avant d'entrer dans la remorque.

Le critère objectif est de savoir si une personne raisonnable, mise à la place du policier, aurait cru à l'existence de motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation. Toute conclusion qu'on ne satisfait pas au critère subjectif implique généralement qu'on ne satisfait pas au critère objectif, sauf si l'on juge que la norme appliquée par le policier est excessivement élevée. Une arrestation ne peut pas être effectuée que pour fins d'enquête seulement, mais s'il existe subjectivement et objectivement des motifs d'y procéder, le fait que la police ait l'intention de poursuivre l'enquête et qu'elle le fasse n'invalide pas l'arrestation. On n'a pas satisfait au critère objectif, peu importe le point de vue du policier.

Le critère de l'arrêt *Landry* relativement aux arrestations sans mandat, qui consiste essentiellement à établir l'équilibre, d'une part, entre le fait d'aider la police à protéger la société, et d'autre part, les droits à la vie privée que possèdent les citoyens qui se trouvent dans leur maison, ne s'applique plus. Il doit être adapté aux valeurs de la *Charte* qui, malgré la grande importance qui est accordée à la sécurité et à l'intimité du foyer en common law, accroissent considérablement la consécration juridique de l'intimité du foyer. En général, le droit à la vie privée l'emporte désormais sur le droit de la

outweighs the interest of the police and warrantless arrests in dwelling houses are prohibited.

Generally a warrant is required to make an arrest in a dwelling house. There are exceptions with respect to the unreasonableness of warrantless searches for things. A warrantless search will respect s. 8 if authorized by law, and both the law and the manner in which the search is conducted are reasonable. In cases of hot pursuit, the privacy interest must give way to the interest of society in ensuring adequate police protection.

An arrest warrant alone is insufficient protection of the suspect's privacy rights. Even though the *Criminal Code* is silent on prior authorization of a search for persons, warrantless searches for persons are not permissible. Privacy rights under the *Charter* demand that the police, in general, obtain prior judicial authorization of entry into the dwelling house in order to arrest the person. If the *Code* currently fails to provide specifically for a warrant containing such prior authorization, such a provision should be read in. While the absence of such a provision could have a profound influence on the common law power of arrest, its absence cannot defeat a constitutional right of the individual. Once a procedure to obtain such prior authorization is created, the concern that suspects may find permanent sanctuary in a dwelling house disappears.

Warrantless arrests in dwelling houses are in general prohibited. Prior to such an arrest, the police officer must obtain judicial authorization for the arrest by obtaining a warrant to enter the dwelling house for the purpose of arrest. Such a warrant will only be authorized if there are reasonable grounds for the arrest, and reasonable grounds to believe that the person will be found at the address named, thus providing individuals' privacy interests in an arrest situation with the protection this Court has required with respect to searches and seizures. Requiring a warrant prior to arrest avoids the *ex post facto* analysis of the reasonableness of an intrusion and invasive arrests without a basis of reasonable and probable grounds are prevented, rather than remedied after the fact.

police et les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation sont interdites.

En général, un mandat est requis pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation. Il y a des exceptions en ce qui concerne le caractère abusif des perquisitions sans mandat visant à trouver des choses. Une perquisition sans mandat respecte l'art. 8 si elle est autorisée par la loi, et si la loi et la manière dont la perquisition est effectuée sont raisonnables. Dans le cas d'une prise en chasse, le droit à la vie privée doit céder le pas à l'intérêt qu'a la société à garantir une protection policière suffisante.

Un mandat d'arrestation seulement constitue une protection insuffisante des droits du suspect à la vie privée. Bien que le *Code criminel* n'exige pas l'autorisation préalable des fouilles ou perquisitions visant à trouver une personne, les perquisitions sans mandat visant à trouver des personnes ne sont pas acceptables. Les droits à la vie privée garantis par la *Charte* exigent que la police obtienne généralement une autorisation judiciaire préalable d'entrer dans une maison d'habitation pour y arrêter la personne recherchée. Si le *Code* ne prescrit pas expressément, à l'heure actuelle, un mandat contenant une telle autorisation préalable, il y a lieu de l'interpréter comme s'il renfermait une telle disposition. Bien que l'absence d'une telle disposition puisse avoir une profonde influence sur le pouvoir d'arrestation en common law, elle ne saurait contrecarrer un droit constitutionnel du particulier. La création d'une procédure d'obtention d'une telle autorisation préalable permet de dissiper la crainte qu'un suspect puisse se réfugier de façon permanente dans une maison d'habitation.

Les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation sont généralement interdites. Avant de procéder à une telle arrestation, le policier doit obtenir l'autorisation judiciaire de l'effectuer au moyen d'un mandat l'autorisant à entrer, à cette fin, dans la maison d'habitation. Un tel mandat ne sera décerné que s'il existe des motifs raisonnables d'effectuer une arrestation et des motifs raisonnables de croire que la personne sera à l'adresse indiquée, assurant ainsi aux droits à la vie privée du particulier, en cas d'arrestation, la protection requise par notre Cour à l'égard des fouilles, perquisitions et saisies. Exiger un mandat préalablement à l'arrestation permet d'éviter l'analyse après coup du caractère raisonnable d'une intrusion, et permet d'éviter, au lieu d'y remédier après coup, les arrestations attentatoires aux droits garantis, non fondées sur des motifs raisonnables et probables.

The protection of privacy does not end with a warrant; before forcibly entering a dwelling house to make an arrest with a warrant for an indictable offence, proper announcement must be made. An exception occurs where there is a case of hot pursuit. Whether or not there is an exception for exigent circumstances generally has not been fully addressed by this Court.

The arrest was unlawful both because the requirements for a warrantless arrest under s. 495 of the *Code* were not met, and, in any event, the police cannot make warrantless arrests in private dwellings unless exceptional circumstances, which were not present here, exist. Consequently, the entry into the trailer and the search and seizure of the accused's clothing violated s. 8 of the *Charter*.

The requirement that a person be informed of his or her s. 10(b) rights begins upon detention or arrest. Detention under s. 10 of the *Charter* occurs when a peace officer assumes control over the movement of a person by a demand or direction. Here, detention began once the officer touched the accused's leg and ordered him to get out of bed. The accused was not given any caution at this time and his s. 10(b) rights were therefore violated.

The accused was not given adequate opportunity to secure counsel. He was not given access to a telephone before being questioned; the police gave him the caution in the trailer, where no telephone existed. The police simply asked him whether he understood his rights, and given an indication that he did, proceeded to ask him questions about the blood on his shirt and his shoes. These police actions violated the accused's s. 10(b) rights.

The police came to know about the cash, the cigarettes and the shoes as the result of violations of ss. 8 and 10(b) of the *Charter* and would not have had grounds for a warrant supporting the second search without the violations. Consequently, the search and seizure under the warrant also violated s. 8. It would be artificial to distinguish the constitutionality of the second search from that of the initial entry into the trailer.

Fingerprinting as an incident to a lawful arrest has been held not to violate the *Charter*. Here, however, the arrest was unlawful and involved a variety of *Charter*

Le mandat n'est pas la seule condition pour assurer la protection de la vie privée; l'entrée par la force dans une maison d'habitation, pour y effectuer une arrestation en vertu d'un mandat relatif à un acte criminel, doit être précédée d'une annonce régulière. Il y a exception dans le cas d'une prise en chasse. Notre Cour n'a pas encore précédemment abordé la question de savoir s'il existe une exception pour les situations d'urgence en général.

L'arrestation était illégale à la fois parce que les conditions pour effectuer une arrestation sans mandat en vertu de l'art. 495 du *Code* n'étaient pas remplies, et parce que, de toute façon, les policiers ne peuvent procéder à des arrestations sans mandat dans une maison privée que dans des circonstances exceptionnelles, qui n'existaient pas ici. Par conséquent, l'entrée dans la remorque et la fouille et la saisie du vêtement de l'accusé violaient l'art. 8 de la *Charte*.

L'exigence qu'une personne soit informée des droits que lui garantit l'al. 10b) s'applique dès sa mise en détention ou en état d'arrestation. Il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un agent de la paix restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre. En l'espèce, il y a eu détention dès que le policier a touché la jambe de l'accusé et lui a ordonné de sortir du lit. L'accusé n'a reçu aucune mise en garde à ce moment-là et il y a donc eu violation des droits que lui garantissait l'al. 10b).

L'accusé n'a pas eu de possibilité suffisante de recourir à un avocat. Il n'a pas eu accès à un téléphone avant d'être interrogé; le policier lui a fait la mise en garde dans la remorque, où il n'y avait pas de téléphone. Il a simplement demandé à l'accusé s'il comprenait ses droits et, après que celui-ci lui eut indiqué qu'il les comprenait, le policier lui a posé des questions au sujet du sang sur sa chemise et ses chaussures. Ces agissements policiers ont violé les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b).

La police a découvert l'existence de la somme d'argent, des cigarettes et des chaussures par suite de la violation de l'art. 8 et de l'al. 10b) de la *Charte*, et, sans ces violations, elle n'aurait eu aucune raison d'obtenir un mandat l'autorisant à procéder à la seconde perquisition. En conséquence, la perquisition et la saisie effectuées en vertu du mandat ont-elles aussi violé l'art. 8. Toute distinction entre la constitutionnalité de la seconde perquisition et celle de l'entrée initiale dans la remorque serait factice.

Il a été jugé que la prise d'empreintes digitales accessible à une arrestation légale ne viole pas la *Charte*. En l'espèce, toutefois, l'arrestation était illégale et compor-

breaches. Compelling the accused to provide fingerprints in this context was a violation of s. 8 of the *Charter* for it involved a search and seizure related to the accused's body for which, absent a lawful arrest, there is clearly a high expectation of privacy. Procedures that are taken incidental to and following an unlawful arrest and which impinge on the arrestee's reasonable expectation of privacy breach s. 8 of the *Charter*.

The first step in the trial fairness analysis is to consider whether the particular evidence is conscriptive or non-conscriptive. Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his or her *Charter* rights, is compelled to incriminate him- or herself at the behest of the State by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples.

The statements in the trailer, at the detachment, and the fingerprints were conscriptive and therefore inadmissible as affecting the fairness of the trial. The bloody shirt, the shoes, the cigarettes and the money were not conscriptive evidence, and this evidence, while its admission would not affect trial fairness, must be analysed in light of the second and third branches of the *Collins* test which may require its exclusion.

The violations were very serious in the present case. One of the *indicia* of seriousness is whether the violations were undertaken in good faith. One indication of bad faith is that the *Charter* violation was undertaken without any lawful authority. In light of a pattern of disregard for the accused's rights, the seizure of the shirt, shoes, cigarettes and money was associated with very serious *Charter* violations. The serious disregard for the accused's *Charter* rights suggests that the admission of the evidence would bring greater harm to the repute of the administration of justice than its exclusion.

Neither of the judgments below should be afforded particular deference with respect to their s. 24(2) findings. First, neither found a breach with respect to the taking of the evidence in question and this error in law likely influenced their alternative conclusion that the breaches, if they existed, were not serious. Second, the trial judge erred in concluding that the police acted in good faith. Third, the reasons of the trial judge and the

tait diverses violations de la *Charte*. Obliger l'accusé à fournir des empreintes digitales dans le présent contexte violait l'art. 8 de la *Charte*, du fait que cela impliquait une fouille et une saisie relatives au corps de l'accusé, à l'égard duquel, tout au moins quand l'arrestation n'est pas légale, les attentes en matière de vie privée sont nettement élevées. Les procédures accessoires et consécutives à une arrestation illégale, qui empiètent sur les attentes raisonnables en matière de vie privée qu'a la personne arrêtée, violent l'art. 8.

La première étape de l'analyse concernant l'équité du procès consiste à déterminer si la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles.

Les déclarations dans la remorque, celles faites au détachement, ainsi que les empreintes digitales ont été obtenues en mobilisant l'accusé contre lui-même et sont donc inadmissibles en preuve parce qu'elles nuiraient à l'équité du procès. La chemise tachée de sang, les chaussures, les cigarettes et l'argent n'étaient pas des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, et même si leur utilisation ne compromettrait pas l'équité du procès, ces éléments de preuve doivent être analysés en fonction des deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *Collins* qui peuvent exiger leur exclusion.

Les violations commises en l'espèce étaient très graves. La question de savoir si les violations ont été commises de bonne foi est un indice de gravité. Le fait que la violation de la *Charte* a été commise sans autorisation légale est un indice de mauvaise foi. Vu le mépris systématique des droits de l'accusé, la saisie de la chemise, des chaussures, des cigarettes et de l'argent comportait de très graves violations de la *Charte*. Le grave mépris des droits garantis à l'accusé par la *Charte* porte à croire que l'utilisation de la preuve obtenue nuirait davantage à la considération dont jouit l'administration de la justice que leur exclusion.

On ne devrait faire preuve d'aucune retenue particulière à l'égard de l'un ou l'autre des jugements des tribunaux d'instance inférieure quant à leurs conclusions sur le par. 24(2). Premièrement, ni l'un ni l'autre n'ont conclu à l'existence d'une violation concernant la saisie des éléments de preuve en question, et cette erreur de droit a vraisemblablement influé sur leur conclusion subsidiaire que les violations, si tant est qu'elles aient existé,

Court of Appeal were so brief and conclusionary that it was difficult to say whether other errors were made.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): A warrantless entry is presumed to be unreasonable and in contravention of s. 8 of the *Charter* but this presumption can be rebutted (a) if the search was authorized by law, (b) if the law authorizing the search was reasonable, and (c) if the manner in which the search was conducted was reasonable.

The entry was authorized as an incident to a lawful arrest. Four requirements necessary to effect a lawful arrest on private premises are: (1) the offence must be indictable; (2) the person who is the subject of the arrest must have committed the offence in question, or the peace officer, on reasonable and probable grounds, must believe that the person has committed the offence; (3) there must be reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises; and (4) there must be a proper announcement before entry. That criteria 1 and 3 were fulfilled was not contested here.

In order to arrest, the officer must have a subjective belief in these reasonable and probable grounds, and this belief must be justifiable objectively as well. A reasonable person with the officer's knowledge would have had little difficulty in believing that the accused had committed the offence in question. The combined effect of the facts in light of the particular context of this case must be taken into account.

Different standards may apply to rural and urban settings. The trial judge demonstrated he was sensitive to the nature of the information received, and to the setting in which it was discovered.

A peace officer, before arresting without a warrant, must possess a subjective belief that reasonable and probable grounds to arrest exist. The evidence indicates that the officer held this subjective belief. A police officer seeking to apply this standard should not be held to the strict exactitude of a lawyer or of a justice swearing out a warrant. The existence of reasonable and probable grounds is a legal standard and subject to interpretation and at its core a "common-sense" concept which should incorporate the experience of the officer.

n'étaient pas graves. Deuxièmement, le juge du procès a conclu à tort que la police avait agi de bonne foi. Troisièmement, les motifs du juge du procès et de la Cour d'appel étaient si brefs et non étayés qu'il était difficile de dire si d'autres erreurs avaient été commises.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Une entrée sans mandat dans des lieux est présumée abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*, mais cette présomption peut être réfutée a) si la perquisition était autorisée par la loi, b) si la loi autorisant la perquisition n'a rien d'abusif et c) si la perquisition n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

L'entrée dans les lieux était autorisée accessoirement à une arrestation légale. Quatre conditions sont nécessaires pour procéder à une arrestation légale dans des lieux privés: (1) il doit s'agir d'un acte criminel, (2) la personne arrêtée doit avoir commis l'infraction en question, ou l'agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne a commis l'infraction, (3) il doit exister des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux, et (4) il faut qu'une annonce régulière ait été faite avant d'entrer. Il n'est pas contesté, en l'espèce, qu'on a satisfait aux premier et troisième critères.

Pour effectuer une arrestation, le policier doit croire subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables et cette croyance doit aussi pouvoir se justifier objectivement. Une personne raisonnable possédant les connaissances du policier aurait eu peu de difficulté à croire que l'accusé avait commis l'infraction en question. Il faut tenir compte de l'incidence combinée des faits au regard du contexte particulier de la présente affaire.

Des normes différentes peuvent s'appliquer au milieu rural et au milieu urbain. Le juge du procès a montré qu'il tenait compte de la nature des renseignements obtenus et du contexte dans lequel ils ont été découverts.

Un agent de la paix doit, avant d'effectuer une arrestation sans mandat, avoir une croyance subjective qu'il existe des motifs raisonnables et probables d'y procéder. D'après la preuve, le policier avait cette croyance subjective. Le policier qui tente d'appliquer cette norme ne devrait pas être tenu à la stricte exactitude d'un avocat ou du juge de paix qui décerne un mandat. L'existence de motifs raisonnables et probables est une norme juridique susceptible d'interprétation, et constitue fondamentalement une notion de «bon sens» qui devrait comprendre l'expérience du policier.

The police, upon entrance into a private dwelling, do not have to focus solely upon arrest and can enter, as here, with the subsidiary intention of investigating to either clear or implicate the suspect. The key element of an arrest is the existence of reasonable and probable grounds. The police are not obliged to arrest in all situations. On the contrary, it is perfectly acceptable for the police to enter for the purpose of arrest, while recognizing that evidence discovered within may well dispel their reasonably held belief. By seeking to confirm the reasonable belief they held, the police are able to avoid using the more intrusive procedure (an arrest) by substituting the less intrusive procedure first (the search). Continuing an investigation after an arrest is made is not improper.

No notice of purpose was given prior to entry. Such a shortcoming is not necessarily fatal to the arrest. If the ability of the officers to make an announcement is frustrated by the refusal of the person sought to come to the door, the officers' obligation to provide complete notice is suspended, and they may enter the premises. The duty to announce their purpose is re-engaged when it becomes feasible to do so, that is, once they encounter someone to whom notice can be given. The only effective way to satisfy the notice requirement here was to suspend its delivery until the accused was in a position to receive it. The arresting officer informed the accused of his purpose for entry, and restated his identity the moment it was feasible to do so.

The law permitting warrantless arrests in a dwelling house is reasonable in certain circumstances. The power of arrest is a crucial part of law enforcement. It is unrealistic to suggest that the police can never enter private premises without a warrant for the purposes of arrest. The ability of police to capture persons suspected of criminal activity and to preserve evidence necessary to convict them would be severely impeded. Further, hot pursuit is not the only circumstance in which the police are permitted to enter a dwelling house. Other situations will arise in which the threat to society and the danger of having important law enforcement aims frustrated will outweigh concerns about privacy.

Exigent circumstances have always been held to constitute an exception to the notion that "a man's home is

Au moment d'entrer dans une maison privée, les policiers n'ont pas à se concentrer uniquement sur l'arrestation et peuvent entrer, comme en l'espèce, dans le but subsidiaire d'enquêter afin de disculper ou d'impliquer le suspect. L'élément clé d'une arrestation est l'existence de motifs raisonnables et probables. Les policiers ne sont pas obligés d'effectuer une arrestation dans tous les cas. Au contraire, il est tout à fait acceptable que les policiers entrent dans les lieux dans le but de procéder à une arrestation, tout en reconnaissant que les éléments de preuve découverts à cet endroit pourraient bien dissiper leur conviction raisonnable. En cherchant à confirmer leur conviction raisonnable, les policiers peuvent éviter de recourir à la procédure la plus envahissante (une arrestation) en lui substituant d'abord la procédure la moins envahissante (la fouille ou perquisition). Il n'est pas inapproprié de poursuivre une enquête après qu'une arrestation a été effectuée.

Aucun avis du but de la visite n'a été donné avant d'entrer. Une telle omission ne porte pas nécessairement un coup fatal à l'arrestation. Si les policiers ne peuvent pas s'annoncer en raison du refus de la personne recherchée de venir à la porte, leur obligation de fournir un avis complet est suspendue et ils peuvent entrer dans les lieux. L'obligation de donner avis du but de leur visite renaît lorsqu'il devient possible de ce faire, c'est-à-dire une fois qu'ils rencontrent quelqu'un à qui ils peuvent donner avis. La seule manière efficace de respecter l'exigence d'avis, en l'espèce, était de suspendre cet avis jusqu'à ce que l'accusé soit en mesure de le recevoir. Le policier ayant effectué l'arrestation a informé l'accusé du but de sa visite et a décliné de nouveau son identité dès le moment où il était possible de le faire.

La règle qui autorise les arrestations sans mandat dans une maison privée est raisonnable dans certaines circonstances. Le pouvoir d'effectuer une arrestation constitue un élément très important de l'application de la loi. Il n'est pas réaliste de dire que les policiers ne peuvent jamais entrer sans mandat dans des lieux privés pour y effectuer une arrestation. La capacité des policiers de capturer des personnes soupçonnées d'activités criminelles et de préserver des éléments de preuve nécessaires à leur condamnation serait grandement diminuée. De plus, la prise en chasse n'est pas le seul cas où les policiers sont autorisés à entrer dans une maison d'habitation. Il y aura d'autres circonstances où la menace pour la société et le danger de voir contrecarrer des objectifs importants d'application de la loi l'emporteront sur les préoccupations relatives à la vie privée.

On a toujours jugé que la situation d'urgence constitue une exception à la notion de l'inviolabilité du domi-

his castle". A genuine fear that evidence of the crime will be lost can constitute the necessary exigent circumstances for a warrantless entry. Whether these exigent circumstances exist is a finding of fact for the trial judge. Here, the trial judge and the Court of Appeal were of the view that a serious danger existed that evidence would have been destroyed had the police not immediately entered the trailer to arrest the accused.

The suggestion that the police could have simply watched the trailer while waiting for a warrant, failed to recognize the distance and consequent time constraints for obtaining a warrant here. The nature of the crime is also an important factor to consider. There is a greater urgency to investigate quickly in a case of violence.

The police lawfully entered the trailer to effect an arrest of the accused; they accordingly were entitled to search incident to arrest and to seize evidence. The authority to search incident to arrest is well established at common law and has withstood *Charter* scrutiny as well. Similarly, fingerprinting as an incident of a legal arrest does not violate the *Charter*.

The warrant was properly obtained, even assuming the original entry was unlawful. Where a warrant is obtained partially on the strength of tainted evidence, and partially on evidence which was properly obtained, the role of the court is to consider whether the warrant would have been issued solely on the strength of the evidence which was properly obtained. Here, the trial judge ruled that before the officers entered the trailer and arrested the accused there existed reasonable and probable grounds to believe the accused was the culprit. This ruling is sufficient to infer that the search warrant could properly have been issued based solely on the strength of the information which was obtained prior to the arrest.

Given the finding that the arrest was lawful, ss. 7 and 9 of the *Charter* were not violated.

The police fulfilled their s. 10(b) obligations. They are not obliged to read an accused his or her s. 10(b) rights at the moment of arrest or detention. Rather, they must be permitted the latitude to assess and gain control of the situation and determine whether a potentially dangerous situation exists. The delay here was minimal. A

cile. La crainte véritable que la preuve du crime se perde peut constituer la situation d'urgence nécessaire pour pouvoir effectuer une entrée sans mandat. La question de savoir si cette situation d'urgence existe ou non est une conclusion de fait qui relève du juge du procès. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel étaient d'avis qu'il existait un risque grave que des éléments de preuve soient détruits, si les policiers n'entraient pas immédiatement dans la remorque pour arrêter l'accusé.

La suggestion selon laquelle les policiers auraient pu se contenter de surveiller la remorque en attendant d'obtenir un mandat ne tient pas compte de la distance à parcourir et du délai qui aurait, par conséquent, été nécessaire pour obtenir un mandat en l'espèce. La nature du crime est aussi un facteur important à prendre en considération. Il est plus urgent d'enquêter rapidement dans un cas de crime de violence.

Les policiers sont entrés légalement dans la remorque pour y arrêter l'accusé; ils avaient donc le droit d'effectuer une fouille ou perquisition accessoire à l'arrestation, et de saisir des éléments de preuve. Le pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition accessoire à une arrestation est bien établi en common law et a également résisté à l'examen fondé sur la *Charte*. De même, la prise d'empreintes digitales effectuée accessoirement à une arrestation légale ne viole pas la *Charte*.

Le mandat a été obtenu régulièrement même en supposant que l'entrée initiale était illégale. Lorsqu'un mandat est obtenu en partie sur la foi d'une preuve viciée, et en partie sur la foi d'une preuve obtenue régulièrement, la cour doit déterminer si le mandat aurait été délivré sur la seule foi de la preuve obtenue régulièrement. En l'espèce, le juge du procès a statué que, avant que les policiers entrent dans la remorque et y arrêtent l'accusé, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé était le coupable. Cette décision est suffisante pour que l'on puisse déduire qu'un mandat de perquisition aurait pu être décerné régulièrement sur la seule foi des renseignements obtenus avant l'arrestation.

Vu la conclusion que l'arrestation était légale, il n'y a pas eu violation des art. 7 et 9 de la *Charte*.

Les policiers ont rempli les obligations que leur imposait l'al. 10b). Au moment de l'arrestation ou de la mise en détention de l'accusé, ils ne sont pas obligés de lui faire lecture des droits qui lui sont garantis par l'al. 10b). Les policiers doivent plutôt avoir la latitude d'évaluer et de maîtriser la situation et de déterminer s'il existe une situation potentiellement dangereuse. Le délai qui s'est écoulé en l'espèce est minime. On ne saurait

*Charter* breach could not be said to have occurred as the result of this short delay.

Section 10(b) imposes the following duties on law enforcement agents: (1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel; (2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and (3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger). The second and third duties are implementational duties and are not triggered unless and until a detainee indicates a desire to exercise his or her right to counsel. This duty, therefore, does not come into existence until the detainee asserts it.

It was unnecessary to consider s. 24(2). Had it been necessary, however, excluding this evidence would clearly bring the administration of justice into disrepute in light of the urgent circumstances and seriousness of the crime.

*Per* Lamer C.J. (dissenting): Substantial agreement was expressed with the reasons of Lambert J.A. in the Court of Appeal. The reasons and conclusion were not to be taken as a disagreement with the principles of *R. v. Stillman* as expressed in the reasons of Sopinka J.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Maccooh*, [1993] 2 S.C.R. 802; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Black*, [1989] 2

dire qu'il y a eu violation de la *Charte* à cause de ce bref délai.

L'alinéa 10b) impose les obligations suivantes aux policiers chargés d'appliquer la loi: (1) informer la personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'avocats de garde; (2) si la personne détenue a indiqué qu'elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d'urgence ou de danger); (3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger). Les deuxième et troisième obligations participent de l'obligation de mise en application et ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu'elle veut exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Cette obligation ne prend donc naissance que si la personne détenue l'invoque.

Il n'était pas nécessaire d'examiner le par. 24(2). Toutefois, s'il avait été nécessaire de le faire, l'exclusion de ces éléments de preuve déconsidérerait manifestement l'administration de la justice vu la situation d'urgence et la gravité du crime.

*Le juge en chef* Lamer (dissident): Il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs exposés par le juge Lambert de la Cour d'appel. Les motifs et la conclusion ne doivent pas être interprétés comme ne concordant pas avec les principes de l'arrêt *R. c. Stillman*, exposés dans les motifs du juge Sopinka.

### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts examinés:** *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Maccooh*, [1993] 2 R.C.S. 802; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Dumbell c. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Black*,

S.C.R. 138; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, aff'g (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Grunwald*, [1991] B.C.J. No. 235 (QL); *R. v. Zastowny* (1992), 76 C.C.C. (3d) 492; *R. v. Breton* (1994), 74 O.A.C. 99; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *People v. Simon*, 290 P.2d 531 (1955); *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); *R. v. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. v. Miller*, [1988] 1 S.C.R. 230, aff'g (1986), 25 C.C.C. (3d) 554; *R. v. Jenkins*, [1992] O.J. No. 672 (QL); *R. v. Bennett*, [1996] O.J. No. 4137 (QL); *R. v. Dupuis* (1994), 162 A.R. 197; *R. v. Anderson* (1996), 49 C.R. (4th) 305; *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980); *R. v. Macooh*, [1993] 2 S.C.R. 802; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *United States v. Reid*, 69 F.3d 1109 (1995); *United States v. Scroger*, 98 F.3d 1256 (1996); *United States v. Wicks*, 995 F.2d 964 (1993), cert. denied, 114 S.Ct. 482 (1993); *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *People v. Johnson*, 637 P.2d 676 (1981); *People v. Williams*, 641 N.E.2d 296 (1994); *State v. Storvick*, 428 N.W.2d 55 (1988); *State v. Gonsalves*, 553 A.2d 1073 (1989); *People v. Smith*, 604 N.E.2d 858 (1992); *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Cobham*, [1994] 3 S.C.R. 360; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, aff'g (1995), 99 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Lorincz* (1995), 9 M.V.R. (3d) 186; *R. v. Loudon*, [1995] B.C.J. No. 2446 (QL); *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Sabourin* (1984), 13 C.C.C. (3d) 68; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By Lamer C.J. (dissenting)

*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 9, 10(b), 24(2).

[1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297.

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

*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Grunwald*, [1991] B.C.J. No. 235 (QL); *R. c. Zastowny* (1992), 76 C.C.C. (3d) 492; *R. c. Breton* (1994), 74 O.A.C. 99; *Illinois c. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *People c. Simon*, 290 P.2d 531 (1955); *Rawlings c. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980); *R. c. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. c. Miller*, [1988] 1 R.C.S. 230, conf. (1986), 25 C.C.C. (3d) 554; *R. c. Jenkins*, [1992] O.J. No. 672 (QL); *R. c. Bennett*, [1996] O.J. No. 4137 (QL); *R. c. Dupuis* (1994), 162 A.R. 197; *R. c. Anderson* (1996), 49 C.R. (4th) 305; *Payton c. New York*, 445 U.S. 573 (1980); *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *United States c. Reid*, 69 F.3d 1109 (1995); *United States c. Scroger*, 98 F.3d 1256 (1996); *United States c. Wicks*, 995 F.2d 964 (1993), cert. refusé, 114 S.Ct. 482 (1993); *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *People c. Johnson*, 637 P.2d 676 (1981); *People c. Williams*, 641 N.E.2d 296 (1994); *State c. Storvick*, 428 N.W.2d 55 (1988); *State c. Gonsalves*, 553 A.2d 1073 (1989); *People c. Smith*, 604 N.E.2d 858 (1992); *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, conf. (1995), 99 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Lorincz* (1995), 9 M.V.R. (3d) 186; *R. c. Loudon*, [1995] B.C.J. No. 2446 (QL); *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Sabourin* (1984), 13 C.C.C. (3d) 68; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 9, 10(b), 24(2).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 495(1) (a), (b), (c) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 75] (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

#### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 41. *Arrest*. Ottawa: The Commission, 1985.  
 Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.  
 Parker, Graham. "Developments in Criminal Law: The 1985-86 Term" (1987), 9 *Sup. Ct. L. Rev.* 247.  
 Slobogin, Christopher. "Testilying: Police Perjury and What to Do About It" (1996), 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 54 B.C.A.C. 228, 88 W.A.C. 228, dismissing an appeal from conviction by Leggatt J. sitting with jury. Appeal allowed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Charles Lugosi*, for the appellant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of both of my colleagues, Justice L'Heureux-Dubé and Justice Sopinka, and cannot agree with either of them. I do agree with L'Heureux-Dubé J. in the result, but substantially for the reasons given by Lambert J.A. of the Court of Appeal of British Columbia (1995), 54 B.C.A.C. 228.

<sup>2</sup> My reasons and conclusion are not to be taken as disagreeing in any way with the principles of *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, as expressed in the reasons of Sopinka J. I agree with those princi-

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 495(1)a), b), c) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 75] (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

#### Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 41. *L'arrestation*. Ottawa: La Commission, 1985.  
 Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.  
 Parker, Graham. «Developments in Criminal Law: The 1985-86 Term» (1987), 9 *Sup. Ct. L. Rev.* 247.  
 Slobogin, Christopher. «Testilying: Police Perjury and What to Do About It» (1996), 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 54 B.C.A.C. 228, 88 W.A.C. 228, qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Leggatt, siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Charles Lugosi*, pour l'appelant.

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka, auxquels je suis incapable de souscrire. Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé quant au résultat, mais essentiellement pour les motifs exposés par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 54 B.C.A.C. 228.

Mes motifs et ma conclusion ne doivent pas être interprétés comme ne concordant pas de quelque façon que ce soit avec les principes de l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, exposés dans les motifs du juge Sopinka. Je souscris à ces principes tels qu'ils y sont énoncés. Mon désaccord con-

ples as stated therein. My disagreement is with their application on the facts of this case.

I would accordingly dismiss this appeal.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns a number of alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* during the police investigation of the beating death of Frank Boyle in Likely, British Columbia in June, 1991. Acting on tips, the police without permission entered the appellant's dwelling house, an equipment trailer he occupied by arrangement with his sister and her spouse equivalent, detained the appellant, searched his clothing and, upon seeing blood on his shirt, arrested him. Following a caution with respect to the right to counsel, which the appellant submitted was inadequate, the police asked the appellant a couple of questions which he answered. The appellant's shirt was seized and he was taken to the Williams Lake RCMP detachment where, before the appellant had consulted with counsel, further statements and the appellant's fingerprints were taken.

The appellant argued that the police violated ss. 7, 8, 9 and 10(b) of the *Charter*. In my view, the police indeed violated ss. 8 and 10(b) and the evidence gathered as a result of these violations should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Because of these conclusions, it is unnecessary to consider whether other sections of the *Charter* were also breached.

#### Facts

On Saturday, June 8, 1991, at around 8:20 a.m., the body of Frank Boyle, aged 85 years, was found at his home on Cedar Creek Road in Likely, British Columbia. He had died following a fierce attack involving five blows to the head, each of sufficient force to kill him, with an iron bar or similar object. While the exact time of death could not be ascertained, he was last seen alive the previous

cerne leur application aux faits de la présente affaire.

Je rejetterais donc le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne un certain nombre de violations de la *Charte canadienne des droits et libertés* commises durant l'enquête policière sur le décès de Frank Boyle, battu à mort à Likely, en Colombie-Britannique, en juin 1991. Sur la foi d'informations, les policiers sont entrés sans permission dans la maison de l'appelant, une remorque d'entreposage qu'il occupait conformément à un accord conclu avec sa sœur et son conjoint de fait, ont détenu l'appelant, fouillé ses vêtements et, quand ils ont vu du sang sur sa chemise, l'ont arrêté. Après avoir informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat, au moyen d'une mise en garde qui, selon lui, était insuffisante, les policiers lui ont posé quelques questions auxquelles il a répondu. Sa chemise a été saisie et il a été amené au détachement de la GRC à Williams Lake où d'autres déclarations et ses empreintes digitales ont été recueillies avant qu'il ait consulté un avocat.

L'appelant a soutenu que la police avait violé les art. 7, 8 et 9 et l'al. 10b) de la *Charte*. À mon avis, elle a effectivement violé l'art. 8 et l'al. 10b) et la preuve recueillie par suite de ces violations aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Vu ces conclusions, il n'est pas nécessaire d'examiner si d'autres dispositions de la *Charte* ont été violées.

#### Les faits

Le samedi 8 juin 1991, vers 8 h 20, le corps de Frank Boyle, âgé de 85 ans, a été trouvé dans sa résidence du chemin Cedar Creek à Likely, en Colombie-Britannique. Il était décédé à la suite d'une attaque violente au cours de laquelle cinq coups lui avaient été assenés sur la tête, chacun suffisant pour le tuer, au moyen d'une barre de fer ou d'un objet semblable. Bien que l'heure exacte

evening. The officer in charge of the investigation noted that blood was spattered everywhere at the Boyle residence, and noted also Sportsman brand cigarettes at the scene.

7 As a result of information provided by several bystanders, the three investigating officers went to the scene of a motor vehicle accident, which involved the deceased's red Datsun pickup truck, about half a kilometre west of the Boyle residence. Two local residents, Kelly Spurn and Cindy Potter, offered new information to the police. Cindy Potter told the police that she had seen Boyle's truck in the ditch at 6:45 that morning. Furthermore, she stated that she had seen someone she identified as Michael walking in an easterly direction along Cedar Creek Road a few minutes earlier with a beer or a coffee cup in his hand. The officer in charge testified that Kelly Spurn told him that the appellant was living on Spurn's property which he was renting out to the appellant's sister, Angela Feeney, and her spouse equivalent, Dale Russell. Spurn suggested that the police go and speak to Russell. Spurn testified that he had told the police that he assumed it was the appellant who had crashed the pickup truck because the skid marks and the location of the accident were in the same place as skid marks from another accident earlier that morning which had involved the appellant and a blue flatbed truck.

8 Upon arrival at the Spurn property where Dale Russell, Angela Feeney and the appellant were living, Russell told police that the appellant had stolen a truck from the Spurn property earlier that morning and that he found it just down from Boyle's residence, exactly where Boyle's truck was found later. He also said that the appellant had come home at 7:00 a.m. after a night of drinking and was now asleep in the trailer behind his residence.

9 The officer in charge went to the windowless trailer and knocked on the door and said, "Police". Receiving no answer, he entered the trailer with

du décès n'ait pas pu être déterminée, il avait été vu vivant pour la dernière fois le soir précédent. Le policier chargé de l'enquête a remarqué des éclaboussures de sang partout dans la résidence de Boyle et la présence de cigarettes de marque Sportsman sur les lieux.

Munis des renseignements fournis par plusieurs observateurs, les trois enquêteurs de la police se sont rendus sur les lieux d'un accident de voiture impliquant le véhicule de Boyle, soit une camionnette rouge de marque Datsun, et survenu à environ un demi-kilomètre à l'ouest de sa résidence. Deux résidents locaux, Kelly Spurn et Cindy Potter, ont communiqué de nouveaux renseignements aux policiers. Cindy Potter leur a dit avoir aperçu la camionnette de Boyle dans le fossé, à 6 h 45 le matin même. De plus, elle a dit avoir vu quelqu'un, qu'elle a appelé Michael, marcher vers l'est le long du chemin Cedar Creek quelques minutes plus tôt, tenant une bière ou une tasse de café à la main. Le policier chargé de l'enquête a témoigné que Kelly Spurn lui avait dit que l'appelant vivait sur sa propriété, qu'il avait louée à la sœur de l'appelant, Angela Feeney, et à son conjoint de fait Dale Russell. Spurn a suggéré à la police d'aller parler à Russell. Spurn a témoigné avoir dit à la police qu'il avait présumé que c'était l'appelant qui avait eu un accident avec la camionnette, parce que les traces de pneu et le lieu de l'accident correspondaient à ceux qu'il avait observés lors d'un accident antérieur qui avait impliqué, le même matin, l'appelant et un camion à plate-forme bleu.

Lorsque les policiers sont arrivés à la propriété de Spurn où habitaient Dale Russell, Angela Feeney et l'appelant, Russell leur a dit que l'appelant avait volé un camion sur la propriété de Spurn plus tôt ce matin-là, et qu'il l'avait retrouvé non loin de la résidence de Boyle, exactement là où la camionnette de Boyle a été trouvée par la suite. Il a également dit que l'appelant était rentré chez lui à 7 h après avoir passé la nuit à boire, et qu'il était en train de dormir dans la remorque située derrière sa résidence.

Le policier chargé de l'enquête s'est rendu à la remorque sans fenêtre et a frappé à la porte en criant [TRADUCTION] «Police». Ne recevant pas de

his gun drawn and pointing downward, went to the appellant's bed, shook the appellant's leg and said "I want to talk to you." The officer then asked the appellant to get out of bed and move into the better light at the front of the trailer. The officer stated in evidence that he did so in order to inspect the appellant's clothes for bloodstains. The officer conceded that he may have touched the appellant in leading him to the door. The officer noticed blood spattered all over the front of the appellant and had another officer read the appellant his rights in these terms ((1995), 54 B.C.A.C. 228, at p. 230):

It is my duty to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you want. A Legal Aid duty lawyer is available to provide legal advice to you without charge and can explain the Legal Aid plan to you. If you wish to contact a Legal Aid duty lawyer, I can provide you with a telephone number. Do you understand? . . . You are not obliged to say anything but anything you do say may be given in evidence.

The appellant was arrested and asked whether he understood his rights. He did not respond at first, but when asked again he stated (at p. 230), "Of course, do you think I am illiterate?" or words to that effect. The officer in charge immediately asked the appellant how he got blood on himself, to which the appellant replied that he had been hit in the face with a baseball the day before. When asked whether a particular pair of shoes were the shoes he had worn the previous evening, the appellant replied that they were the only shoes he owned. There was also some discussion with him about a package of Sportsman cigarettes observed in the trailer.

The appellant was led to the police vehicle where the tee shirt he was wearing was seized. He was taken to the Williams Lake RCMP detachment. At around 12:00 noon the appellant tried unsuccessfully several times to contact a lawyer. At 12:17 p.m. he left a message for the lawyer to call back. At 12:23 p.m. a breathalyzer sample was taken from the appellant, who was not told that he had a choice in the matter. The appellant was kept

réponse, il est entré dans la remorque, tenant à la main son pistolet pointé vers le sol, s'est approché du lit de l'appelant, lui a secoué la jambe et a dit: [TRADUCTION] «Je veux te parler.» Le policier lui a ensuite demandé de se lever et de se rendre à l'avant de la remorque où il y avait plus de lumière. Le policier a témoigné avoir agi ainsi pour vérifier s'il y avait des taches de sang sur les vêtements de l'appelant. Il a reconnu qu'il avait peut-être touché à l'appelant en le conduisant vers la porte. Il a remarqué des éclaboussures de sang sur tout le devant des vêtements de l'appelant et a demandé à un autre policier de lui lire ses droits en ces termes ((1995), 54 B.C.A.C. 228, à la p. 230):

[TRADUCTION] J'ai le devoir de vous informer que vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix. Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de garde de l'aide juridique qui peut vous expliquer le Régime d'aide juridique. Si vous voulez appeler un avocat de garde de l'aide juridique, je peux vous fournir un numéro de téléphone. Comprenez-vous? [. . .] Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve.

L'appelant a été arrêté et on lui a demandé s'il comprenait ses droits. D'abord, il n'a pas répondu, puis lorsqu'on lui a posé de nouveau la question, il a dit (à la p. 230): [TRADUCTION] «Bien sûr, pensez-vous que je suis illettré?», ou quelque chose du genre. Le policier chargé de l'enquête lui a immédiatement demandé d'expliquer la présence de sang sur lui, ce à quoi il a répondu qu'il avait reçu une balle de base-ball au visage la veille. Quand on lui a demandé s'il avait porté une certaine paire de chaussures la veille, l'appelant a répondu que c'était la seule paire qu'il possédait. La conversation a également porté sur un paquet de cigarettes Sportsman observé dans la remorque.

L'appelant a été conduit au véhicule de la police où le tee-shirt qu'il portait a été saisi. Il a été amené au détachement de la GRC à Williams Lake. Vers midi, il a tenté en vain, à plusieurs reprises, de communiquer avec un avocat. À 12 h 17, il a laissé à l'avocat un message dans lequel il lui demandait de le rappeler. À 12 h 23, l'appelant a subi un alcootest, sans qu'on lui ait dit qu'il pouvait refuser de le subir. Il a été gardé sous observa-

in an observation cell for over eight hours. At 9:10 p.m. two detectives began questioning the appellant. The appellant stated, at p. 231, "I should have a lawyer", but the interview continued. The appellant admitted to striking Boyle, stealing cigarettes, beer, and cash from Boyle's residence and stated that he had put the cash under his mattress in his trailer. The police then obtained a search warrant authorizing them to seize the shoes, the Sportsman cigarettes, and the money under the mattress. The appellant was interviewed again for approximately 1 1/2 hours at 3:05 a.m. on June 9. The appellant had still not seen a lawyer. On Monday, June 10, at 9:25 a.m., and again at 10:54 a.m., the accused was fingerprinted. In between these fingerprinting sessions the appellant met with a lawyer for the first time since he had been arrested.

tion dans une cellule pendant plus de huit heures. À 21 h 10, deux détectives ont commencé à interroger l'appelant. Ce dernier a déclaré, à la p. 231: [TRADUCTION] «Je devrais avoir un avocat», mais l'interrogatoire s'est poursuivi. Il a admis avoir frappé Boyle et volé des cigarettes, de la bière et de l'argent dans sa maison, et il a dit avoir dissimulé l'argent sous son matelas dans la remorque. La police a ensuite obtenu un mandat de perquisition l'autorisant à saisir les chaussures, les cigarettes Sportsman et l'argent sous le matelas. L'appelant a de nouveau été interrogé pendant environ une heure et demie, à 3 h 05 le 9 juin. Il n'avait toujours pas consulté un avocat. Le lundi 10 juin à 9 h 25, puis de nouveau à 10 h 54, l'on a prélevé les empreintes digitales de l'appelant. Entre ces deux séances de prise d'empreintes, il a rencontré un avocat pour la première fois depuis son arrestation.

- 12 The appellant was ultimately convicted of second degree murder following a jury trial in the Supreme Court of British Columbia. The British Columbia Court of Appeal unanimously dismissed his appeal.

En définitive, l'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, à l'issue d'un procès par jury devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel à l'unanimité.

#### Relevant Legislation

#### Les dispositions législatives pertinentes

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

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

495. (1) A peace officer may arrest without warrant  
(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat:  
a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

. . .

. . .

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

. . .

. . .

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

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

. . .

. . .

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

#### Prior Judgments

##### *Supreme Court of British Columbia (voir dire)*

In determining the admissibility of the items seized, Leggatt J. first noted that Likely is a small community of about 300 people. He also noted that there is light to no traffic on Cedar Creek Road "at that time" (presumably in the early morning when Potter observed "Michael" walking along the road), and that it would have been a very unusual occurrence to see an accident and the accused walking away from it. Taking all the circumstances into account, Leggatt J. concluded that, objectively speaking, reasonable grounds to arrest existed and the arrest was lawful under both the *Code* and the *Charter*. The arrest being lawful implied that the seizure of the appellant's shirt was also lawful, as was the search incidental to the arrest. Leggatt J. also held that technical omissions in the search warrant did not justify excluding the evidence later obtained under the warrant.

Leggatt J. stated that if his rulings with respect to the entry, arrest, incidental search and search warrant were in error, then the evidence should be admitted under s. 24(2) of the *Charter* and *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265: the exclusion of such evidence would bring the administration of justice into disrepute. In reaching this conclusion, Leggatt J. noted, *inter alia*, the urgent circumstances, the good faith of the officers and the fact that real evidence was at issue.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### Juridictions inférieures

##### *Cour suprême de la Colombie-Britannique (voir dire)*

Pour décider de l'admissibilité des articles saisis, le juge Leggatt a d'abord fait remarquer que Likely était une petite localité d'environ 300 âmes. Il a également souligné qu'il y a peu, voire pas, de circulation sur le chemin Cedar Creek [TRADUCTION] «à cette heure-là» (vraisemblablement aux petites heures, au moment où Potter a vu «Michael» marcher le long du chemin), et qu'il aurait été très exceptionnel d'y voir un accident et d'apercevoir l'accusé s'éloigner des lieux. Prenant toutes les circonstances en considération, le juge Leggatt a conclu qu'il y avait objectivement des motifs raisonnables de procéder à l'arrestation et que celle-ci était légale tant sous le régime du *Code* que sous celui de la *Charte*. Étant donné que l'arrestation était légale, la saisie de la chemise de l'appellant l'était autant, de même que la perquisition accessoire à l'arrestation. Le juge Leggatt a également statué que des omissions techniques dans le mandat de perquisition ne justifiaient pas d'écartier la preuve obtenue par la suite grâce au mandat.

Le juge Leggatt a dit que, si ses conclusions sur l'entrée, l'arrestation, la perquisition accessoire et le mandat de perquisition étaient erronées, alors la preuve devrait être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265: écartier cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour en arriver à cette conclusion, le juge Leggatt a souligné notamment l'urgence de la situation, la bonne foi des policiers et le fait que des éléments de preuve matérielle étaient en cause.

14

15

16 The trial judge then turned to the appellant's initial statements at the time of his arrest. Leggatt J. found that when the appellant was given his s. 10(b) *Charter* warning he clearly understood his right to counsel but did not assert his right at that time. Consequently, the trial judge held that the initial statements were admissible. If he erred in that holding, Leggatt J. stated that to exclude the statements would bring the administration of justice into disrepute.

17 With respect to the two longer statements given to police while the appellant was detained at Williams Lake, the trial judge noted that the appellant tried three times to invoke his right to counsel (when he arrived at Williams Lake he left a message for a lawyer, and in each of the two later interviews he indicated his desire to have a lawyer present), but the police overrode that right and questioned him despite the continued absence of counsel. Leggatt J. found this breach of the appellant's right to counsel to be very serious and held that the admission of the longer statements could bring the administration of justice into disrepute. Consequently, he ruled the longer statements inadmissible. However, the real evidence obtained under the search warrant that resulted from information contained in the inadmissible statements was admissible under the real evidence test in *Collins*. Leggatt J. also found that the breathalyser test was performed after the appellant had attempted to invoke his right to counsel and, since it failed the real evidence test in *Collins*, was therefore inadmissible. He added that all other evidence was admissible.

*British Columbia Court of Appeal* (1995), 54 B.C.A.C. 228

18 In dealing with the appellant's contention that his rights under the *Charter* were violated by the police, Lambert J.A. stated at p. 234, "I do not

Le juge du procès a ensuite examiné les déclarations initiales que l'appellant avait faites lors de son arrestation. Il a statué que, lorsque ce dernier a reçu la mise en garde fondée sur l'al. 10b) de la *Charte*, il avait nettement compris qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat, mais ne l'avait pas fait valoir à ce moment-là. En conséquence, le juge du procès a conclu que ces déclarations initiales étaient admissibles. Au cas où il se serait trompé en tirant cette conclusion, le juge a dit qu'écarter ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

Quant aux deux autres déclarations plus longues faites à la police au moment où l'appellant était détenu à Williams Lake, le juge du procès a souligné que ce dernier avait tenté à trois reprises d'invoquer son droit à l'assistance d'un avocat (quand il est arrivé à Williams Lake, il a laissé un message destiné à un avocat et, durant les deux interrogatoires ultérieurs, il a indiqué qu'il souhaitait la présence d'un avocat), mais la police a passé outre à ce droit et l'a interrogé même si aucun avocat n'était encore présent. Le juge Leggatt a conclu que cette atteinte au droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat était très grave et a décidé que l'utilisation des déclarations plus longues serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, il a jugé que les déclarations plus longues étaient inadmissibles. Toutefois, les éléments de preuve matérielle obtenus grâce au mandat de perquisition décerné sur la foi des renseignements contenus dans les déclarations inadmissibles étaient admissibles suivant le critère de la preuve matérielle énoncé dans l'arrêt *Collins*. Le juge Leggatt a également statué que l'alcootest avait été administré après que l'appellant eut tenté d'invoquer son droit à l'assistance d'un avocat et que, puisqu'il ne satisfaisait pas au critère de la preuve matérielle énoncé dans l'arrêt *Collins*, il était donc inadmissible. Il a ajouté que tous les autres éléments de preuve étaient admissibles.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1995), 54 B.C.A.C. 228

Au sujet de la prétention de l'appellant que la police a violé ses droits garantis par la *Charte*, le juge Lambert dit ceci, à la p. 234: [TRADUCTION]

think that it is necessary to consider each of the alleged *Charter* breaches in this case. Each of them attracts a good deal of jurisprudence and some nice analytical concepts. For the reason that it is not necessary to do so, it is not desirable to do so.” The court noted that there had been a savage attack in a small community and that the police had a duty to protect the community. The police thus had a duty to locate and neutralize the killer, as well as to gather evidence to satisfy themselves and others that the killer had been apprehended. Lambert J.A. stated that the police were facing a situation which could be classified as an emergency, or as exigent circumstances which required immediate action. Furthermore, there was a real possibility that evidence, particularly bloodstains, could be destroyed.

The court held at p. 234 that the search of the trailer was lawful within “recognized additions” to the rule that a search must be based on reasonable and probable grounds. These additions are where there is an emergency, or where there are exigent circumstances, or where the prevention of the destruction of evidence on an immediate basis is called for. Lambert J.A. stated that it was unnecessary to deal with any particular principle relating to articulable cause creating a basis for entry and search at a level less than reasonable and probable cause. The considerations about emergency, exigency and the potential destruction of evidence also made lawful the detention of the appellant in his bed, if it was a detention, and the requirement that the appellant move to the door of the trailer so that he could be better inspected.

Lambert J.A. stated that even if there were *Charter* breaches, having regard to all the circumstances, he would hold the evidence obtained through the police conduct admissible as its admission would not have brought the administration of justice into disrepute.

After considering and rejecting the appellant’s submissions about drunkenness (an issue which is

«Je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’examiner chacune des violations de la *Charte* qui auraient été commises en l’espèce. Chacune d’elles fait l’objet d’une jurisprudence abondante et de quelques belles notions analytiques. Parce qu’il n’est pas nécessaire de le faire, il n’est pas souhaitable de le faire.» La cour a souligné qu’il y avait eu une attaque sauvage dans une petite localité et que la police avait le devoir de protéger les citoyens. Les policiers avaient donc le devoir de trouver et de neutraliser l’assassin, et de rassembler des éléments de preuve pour s’assurer eux-mêmes et assurer autrui que l’assassin avait été appréhendé. Le juge Lambert a dit que la police faisait face à une situation qui pouvait être qualifiée de situation d’urgence exigeant une réponse immédiate. En outre, il était réellement possible que des éléments de preuve, en particulier des taches de sang, soient détruits.

La cour a décidé, à la p. 234, que la perquisition dans la remorque était légale au sens des [TRADUCTION] «ajouts reconnus» à la règle voulant qu’une fouille ou perquisition soit fondée sur des motifs raisonnables et probables. Ces ajouts sont les cas où il y a urgence ou situation d’urgence, ou lorsqu’il y a nécessité de prendre des mesures immédiates pour empêcher la destruction d’éléments de preuve. Le juge Lambert a dit qu’il n’était pas nécessaire d’examiner un principe particulier relatif à une cause précise, qui soit moins qu’un motif raisonnable et probable, justifiant l’entrée et la perquisition. Les considérations touchant l’urgence, la situation urgente ou le risque de destruction d’éléments de preuve avaient aussi pour effet de légaliser la détention de l’appelant dans son lit, si on peut vraiment parler de détention, et l’ordre qui lui a été intimé de se rendre à la porte de la remorque de manière à être mieux en mesure de l’inspecter.

Le juge Lambert a dit que, même s’il y avait eu des violations de la *Charte*, eu égard à l’ensemble des circonstances, il conclurait que les éléments de preuve obtenus grâce à la conduite de la police sont admissibles car leur utilisation n’aurait pas déconsidéré l’administration de la justice.

Après avoir étudié et repoussé les arguments de l’appelant au sujet de son état d’ébriété (une ques-

19

20

21

not under appeal here), the court found that the informational component of the warning that was made at the time of arrest was consistent with this Court's decision in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. For these reasons, the court dismissed the appeal. I note here that the respondent did not rely on the Court of Appeal's reasons in argument. The following analysis will only deal with these reasons to the extent that they overlap with the respondent's submissions.

### Issues

- 22 1. Did the police violate s. 8 of the *Charter* in their investigation of the appellant?
2. Did the police violate s. 10(b) of the *Charter* in their investigation of the appellant?
3. What evidence, if any, should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

### Analysis

#### *The Lawfulness of the Arrest*

- 23 In arguing that the police conduct in the present case did not violate the *Charter*, the respondent relied heavily on the lawfulness of the arrest. Since the arrest was lawful, the argument runs, the search and seizures incidental to the arrest were lawful and complied with the *Charter* according to *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. In what follows, I will consider first whether the arrest was lawful under the common law rules relating to arrests in a dwelling house. Subsequently, I will consider whether the common law rules are no longer appropriate in light of the *Charter*. I conclude that the arrest was unlawful under either the rules of the common law or the *Charter*.

#### The Pre-Charter Law of Arrests in Dwelling Houses

- 24 In setting out the law of arrests in dwelling houses following forcible entry, *Eccles v. Bourque*,

tion qui n'est pas soulevée dans le présent pourvoi), la cour a statué que l'aspect informationnel de la mise en garde faite au moment de l'arrestation était conforme à l'arrêt *Bartle* de notre Cour (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173). Pour ces motifs, la cour a rejeté l'appel. Je souligne ici que l'intimée n'a pas invoqué les motifs de la Cour d'appel dans sa plaidoirie. L'analyse qui suit ne porte sur ces motifs que dans la mesure où ils recourent les arguments de l'intimée.

### Les questions en litige

1. La police a-t-elle violé l'art. 8 de la *Charte* en enquêtant sur l'appellant?
2. La police a-t-elle violé l'al. 10b) de la *Charte* en enquêtant sur l'appellant?
3. Quels éléments de preuve, s'il en est, devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

### Analyse

#### *La légalité de l'arrestation*

Pour soutenir que la conduite de la police en l'espèce n'a pas violé la *Charte*, l'intimée s'est appuyée fortement sur la légalité de l'arrestation. Comme l'arrestation était légale, selon cet argument, la perquisition et les saisies accessoires à cette arrestation étaient légales et conformes à la *Charte*, selon l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. Dans les paragraphes qui suivent, je vais d'abord examiner si l'arrestation était légale selon les règles de common law relatives aux arrestations effectuées dans une maison d'habitation. Ensuite, je vais examiner si les règles de common law ne sont plus adéquates à la lumière de la *Charte*. Je conclus que l'arrestation était illégale tant en vertu des règles de common law qu'en vertu de la *Charte*.

#### Le droit antérieur à la Charte en matière d'arrestation dans une maison d'habitation

En exposant le droit relatif aux arrestations dans une maison d'habitation à la suite d'une entrée par

[1975] 2 S.C.R. 739, at p. 744, stated that the following rule applies:

Entry can be made against the will of the householder only if (a) there are reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises and (b) proper announcement is made prior to entry.

This case, however, pertained only to arrests with a warrant. In *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, a majority of the Court held that police may enter a private dwelling without permission to make a warrantless arrest if the requirements in *Eccles*, *supra*, are met and the requirements in s. 450 [now s. 495] of the *Code* are met. Recall that s. 495(1)(a) states:

**495. (1) A peace officer may arrest without warrant**

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

Section 495(1)(a) sets out the subjective requirement for a warrantless arrest: the peace officer himself or herself must believe reasonable grounds exist. An objective requirement was added in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241: objectively there must exist reasonable and probable grounds for the warrantless arrest to be legal. Combining *Eccles*, *Landry*, *Storrey*, and s. 495 leads to the following proposition: a warrantless arrest following a forced entry into private premises is legal if: (a) the officer has reasonable grounds to believe that the person sought is within the premises; (b) proper announcement is made; (c) the officer believes reasonable grounds for the arrest exist; and (d) objectively speaking, reasonable and probable grounds for the arrest exist. I will consider these requirements in turn and apply them to the case at bar.

la force, l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, à la p. 744, précise que la règle suivante s'applique:

On ne peut entrer contre la volonté du tenancier de maison que si a) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et b) une annonce régulière est faite avant d'entrer.

Toutefois, cet arrêt ne visait que les arrestations effectuées en vertu d'un mandat. Dans *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, notre Cour à la majorité a décidé que la police peut entrer sans permission dans une maison privée pour y effectuer une arrestation sans mandat, si les exigences de l'arrêt *Eccles*, précité, et celles de l'art. 450 [maintenant l'art. 495] du *Code* sont respectées. Rappelons-nous que l'al. 495(1)a) prévoit:

**495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat:**

a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

Cet alinéa énonce la condition subjective d'une arrestation sans mandat: l'agent de la paix doit lui-même croire à l'existence de motifs raisonnables. Une condition objective a été ajoutée dans *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241: pour que l'arrestation sans mandat soit légale, il doit y avoir des motifs raisonnables et probables de l'effectuer. Si l'on combine les arrêts *Eccles*, *Landry* et *Storrey*, ainsi que l'art. 495, on en tire la proposition suivante: l'arrestation sans mandat effectuée à la suite d'une entrée par la force dans des lieux privés est légale a) si le policier qui l'effectue a des motifs raisonnables de croire que la personne recherchée est sur les lieux, b) si une annonce régulière est faite, c) si le policier croit qu'il y a des motifs raisonnables d'effectuer l'arrestation, et d) si, objectivement, il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer l'arrestation. Je vais étudier chacune de ces conditions à tour de rôle et les appliquer à la présente affaire.

(a) *Reasonable Grounds to Believe the Appellant Was in the Trailer*

25 Given that Russell told him that the appellant was in the trailer, the officer had reasonable grounds to believe that the appellant was in the trailer.

(b) *Proper Announcement*

26 *Eccles, supra*, set out the following requirement for announcements prior to entry of private premises without permission: except in exigent circumstances, police should give notice of presence by knocking or ringing the doorbell, give notice of authority by identifying themselves as law enforcement police officers and give notice of purpose by stating a lawful reason for entry. Furthermore, before forcing entry, police should, at minimum, request admission and have admission denied. In the case at bar, the police officers knocked and said, "Police", but were not denied admission nor did they announce their purpose before forcing entry. The respondent defends these apparent defects in the announcement by noting that no response was forthcoming since the appellant was asleep and by arguing that the urgency of the situation and the fear of the destruction of evidence legitimized a relatively brief announcement. In my view, this defence is largely inadequate. As I will conclude below, this situation did not appear to comprise exigent circumstances any more than any other situation following shortly after a serious crime. However, whether or not the announcement requirement was met, in my view the subjective and objective requirements for a legal arrest were not met. The announcement question thus does not need to be finally resolved.

(c) *Subjective Grounds*

27 In my view, it is clear that the subjective requirement was not met in the case at bar. The officer in charge who knocked and entered, Sgt. Madrigga, testified in cross-examination that he did not believe he had reasonable grounds to arrest

a) *Motifs raisonnables de croire que l'appellant était dans la remorque*

Étant donné que Russell lui avait dit que l'appellant était dans la remorque, le policier avait des motifs raisonnables de croire qu'il s'y trouvait.

b) *Annonce régulière*

L'arrêt *Eccles*, précité, énonce la condition suivante relative aux annonces préalables à l'entrée sans permission dans des lieux privés: sauf en cas d'urgence, les policiers devraient donner avis de leur présence en frappant ou en sonnant à la porte, donner avis de leur autorité en s'identifiant comme des policiers chargés d'appliquer la loi, et donner avis du but de leur visite, en énonçant un motif légitime d'entrer. De plus, avant d'entrer par la force, ils doivent au moins avoir demandé la permission d'entrer et avoir essuyé un refus. En l'espèce, les policiers ont frappé et crié «Police», mais l'entrée ne leur a pas été refusée et ils n'ont pas non plus annoncé le but de leur visite avant d'entrer par la force. L'intimée justifie ces vices d'annonce apparents en faisant remarquer qu'il n'y avait eu aucune réponse puisque l'appellant dormait, et en affirmant que l'urgence de la situation et la crainte de destruction d'éléments de preuve justifiaient une annonce assez brève. À mon avis, ce moyen de défense est inadéquat dans une large mesure. Comme je vais le conclure plus loin, cette situation ne semblait pas être plus urgente que toute autre situation qui suit de près un crime grave. Toutefois, peu importe que l'on ait ou non satisfait à l'exigence d'annonce, j'estime que les conditions subjectives et objectives d'une arrestation légale n'ont pas été remplies. Il n'est donc pas nécessaire d'apporter une réponse définitive à la question de l'annonce.

c) *Motifs subjectifs*

À mon avis, il est clair que la condition subjective n'a pas été remplie en l'espèce. Le policier chargé de l'enquête qui a frappé et est entré, le sergent Madrigga, a témoigné en contre-interrogatoire qu'il ne croyait pas avoir des motifs raisonnables

the appellant when he entered the trailer. Consider the following testimony:

Q And at that point as you are going to the trailer, you would agree with me you had no intention of arresting Mr. Feeney?

A No, I just wanted to check what he had been doing.

Q And, of course, you didn't have a warrant for his arrest?

A No, I did not.

Q Because basically there wouldn't have been enough information to obtain a warrant?

A That's correct.

Later in the cross-examination, the following exchange took place:

Q And from the time you went into the trailer, there was no suggestion that you were going to let Mr. Feeney walk out of the trailer and go away?

A If I had no further evidence. If I had — when I went in and talked to him, if I had nothing to indicate that he was involved in this, I would — it was shaky if I would have had grounds for his arrest at that time, but I had to check it out because I had people ask or tell me that this person was in the area.

Q All right, so let's see if we agree on something. At the time you went into the trailer, you didn't feel that you had grounds for his arrest, but when you saw the blood splatter on him after looking at him, that's why you said —

A I had grounds to suspect that he could have been involved, sir, and I would be negligent in my duty if I did not check that out.

Q Oh, I'm not arguing that point, Sergeant [*sic*]. But you didn't have grounds for an arrest?

A Not for an arrest at that time.

Such testimony appears to decide the matter, but the respondent claimed that other testimony indicates that Sgt. Madrigga indeed had a subjective belief that he had reasonable grounds to arrest. For

d'arrêter l'appelant quand il est entré dans la remorque. Prenons le passage suivant du témoignage:

[TRADUCTION]

Q Et à ce moment-là, quand vous vous dirigiez vers la remorque, n'aviez-vous pas l'intention d'arrêter M. Feeney?

R Non, je voulais juste vérifier ses allées et venues.

Q Et, bien entendu, vous n'aviez pas de mandat vous autorisant à l'arrêter?

R Non, je n'en avais pas.

Q Parce qu'essentiellement il n'y aurait pas eu assez de renseignements pour obtenir un mandat?

R C'est exact.

Plus tard, l'échange suivant a eu lieu au cours du contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

Q Et à partir du moment où vous êtes entré dans la remorque, rien ne laissait croire que vous laisseriez M. Feeney sortir et s'en aller?

R Si je n'avais pas d'autre preuve. Si — quand je suis entré et je lui ai parlé, si rien ne m'indiquait qu'il était impliqué dans cela, je — n'étais pas très sûr d'avoir des motifs de l'arrêter à ce moment-là, mais je devais vérifier parce que des gens m'avaient demandé de le faire ou m'avaient dit que cet individu se trouvait dans les parages.

Q Très bien, alors voyons si nous nous entendons sur quelque chose. Quand vous êtes entré dans la remorque, vous ne pensiez pas avoir des motifs de l'arrêter, mais quand vous avez aperçu les éclaboussures de sang sur lui après l'avoir regardé, c'est pourquoi vous avez dit —

R J'avais des motifs de soupçonner qu'il pouvait avoir été impliqué, Monsieur, et il y aurait eu négligence de ma part si je n'avais pas vérifié cela.

Q Ah mais je ne conteste pas cela, Sergeant. Mais vous n'aviez pas de motifs de l'arrêter?

R Pas pour l'arrêter à ce moment-là.

Ce témoignage semble régler la question, mais l'intimée a fait valoir que d'autres témoignages indiquent que le sergent Madrigga croyait vraiment subjectivement qu'il avait des motifs raisonnables

example, the respondent referred to the following testimony:

Q On the other hand, what made you think you could walk in?

A Well, I had, in my mind, sir, I had, as far as I was concerned, I had a suspect. If he would have, as I stated, if he would have come out when I knocked on the door, then I wouldn't have gone in. However, I had two people stating he had been in the area. I had Dale telling me that a vehicle of his had been dumped basically in the same spot that Mr. Boyle's vehicle had been dumped a short time after, like Mr. [sic] or Dale had moved his vehicle and then this other vehicle was dumped there, puts Mr. Feeney right at the area. I have him walking away from the area a short while later. To me that gave me —

Sgt. Madrigga was interrupted at this point, but the respondent argued that one can infer that he believed he had reasonable grounds to enter the trailer and arrest the appellant.

28

I cannot accept the argument of the respondent on this issue. First, the respondent relies on questionable inferences from the officer's testimony, whereas the appellant may simply point to the frank testimony of the officer that he did not believe he had reasonable grounds to arrest. On balance, the testimony suggests the absence of a subjective belief. Second, if the officer believed he had reasonable grounds to arrest the appellant prior to entry, why did he not in fact arrest the appellant until after he had seen the bloodstains on the appellant's shirt? Both the words and actions of the officer suggest that he did not believe he had reasonable grounds to make an arrest when he forcibly entered the trailer.

29

In considering the legality of the arrest in the case at bar under pre-*Charter* law, the trial judge did not consider adequately the lack of subjective belief in the reasonableness of the grounds to arrest. *Leggatt J.* set out the reasonableness test as an objective one: so long as there were, objectively

de procéder à une arrestation. Par exemple, l'intimée a renvoyé au témoignage suivant:

[TRADUCTION]

Q Par ailleurs, qu'est-ce qui vous a fait croire que vous pouviez entrer?

R Eh bien, j'avais, dans l'idée, Monsieur, que j'avais, quant à moi, j'avais un suspect. Si, comme je l'ai dit, il était sorti quand j'ai frappé à la porte, je ne serais pas entré. Cependant, deux personnes avaient dit qu'il était dans les parages. Dale m'avait dit qu'un de ses véhicules avait été abandonné pratiquement au même endroit où le véhicule de M. Boyle l'a été un peu plus tard, comme si M. (sic) ou Dale avait déplacé son véhicule, puis qu'un autre y avait été abandonné, ce qui fait que M. Feeney se trouvait justement là. Je sais qu'il s'était éloigné de là peu après. Quant à moi, cela constituait —

Le sergent Madrigga a été interrompu à ce moment-là, mais l'intimée a soutenu qu'on peut déduire qu'il croyait avoir des motifs raisonnables d'entrer dans la remorque et d'arrêter l'appellant.

Je ne puis accepter l'argument de l'intimée sur ce point. Premièrement, celle-ci se fonde sur des déductions douteuses du témoignage du policier, alors que l'appellant peut simplement attirer l'attention sur le témoignage franc du policier selon lequel il ne croyait pas avoir des motifs raisonnables de procéder à une arrestation. Tout compte fait, son témoignage laisse entrevoir l'absence de croyance subjective. Deuxièmement, si le policier croyait avoir des motifs raisonnables d'arrêter l'appellant avant d'entrer, pourquoi ne l'a-t-il arrêté qu'après avoir aperçu les taches de sang sur sa chemise? Tant ses paroles que ses actions semblent indiquer qu'il ne croyait pas avoir des motifs raisonnables de procéder à une arrestation quand il est entré par la force dans la remorque.

En examinant la légalité de l'arrestation effectuée en l'espèce selon le droit en vigueur avant l'adoption de la *Charte*, le juge du procès n'a pas bien tenu compte de l'absence de croyance subjective au caractère raisonnable des motifs d'effectuer une arrestation. Le juge *Leggatt* a présenté le critère du caractère raisonnable comme étant un critère objectif: dans la mesure où il existait objecti-

speaking, reasonable and probable grounds, the standard is satisfied. He stated:

The test is really this. A reasonable person standing in the shoes of the officer would believe reasonable grounds exist. It is an objective test.

Whether or not the trial judge was correct in concluding that the objective standard was met, a conclusion with which I disagree below, the trial judge erred by relying exclusively on an objective standard. According to the plain wording of s. 495, the peace officer may arrest someone only if, on reasonable grounds, he or she believes the person to have committed an indictable offence. An objective standard was added in *Storrey, supra*, but this did not displace the subjective requirement: see *Storrey, supra*, at p. 250. Indeed, it would be inconsistent with the spirit of the *Charter* to permit a police officer to make an arrest without a warrant even though he or she does not believe reasonable grounds for the arrest exist. The absence of subjective belief, therefore, rendered the arrest in the present case unlawful irrespective of the existence of objective grounds for the arrest and the effect of the *Charter* on powers of police officers to enter a dwelling house without a warrant in order to effect an arrest.

#### (d) *Objective Grounds*

The finding by a trial judge of whether, objectively speaking, reasonable and probable grounds for arrest existed clearly has a significant factual element and thus is owed some deference by an appellate court. In the present case, in arriving at his conclusion that objective grounds for arrest existed, in my view the trial judge committed two errors in principle that invite review of his finding. First, he considered factors that are not relevant to the question of reasonable and probable grounds. In considering the objective test, he stated:

As I have said, in my view it is an objective test. Given the surrounding circumstances I have outlined, the need to preserve evidence, the clear indication that

vement des motifs raisonnables et probables, la norme est respectée. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] Le critère est, en réalité, le suivant: une personne raisonnable mise à la place du policier croirait à l'existence de motifs raisonnables. C'est un critère objectif.

Peu importe qu'il ait eu raison ou non de conclure que la norme objective était respectée, ce avec quoi j'exprime mon désaccord plus loin, le juge du procès a commis une erreur en invoquant uniquement une norme objective. L'article 495 prévoit clairement que l'agent de la paix ne peut arrêter une personne que s'il croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle a commis un acte criminel. Une norme objective a été ajoutée dans l'arrêt *Storrey*, précité, mais elle n'a pas remplacé la condition subjective: voir *Storrey*, précité, à la p. 250. En fait, il serait incompatible avec l'esprit de la *Charte* de permettre à un policier d'effectuer une arrestation sans mandat même s'il ne croit pas à l'existence de motifs raisonnables d'y procéder. Par conséquent, l'absence de croyance subjective rendait l'arrestation illégale dans le cas qui nous occupe, indépendamment de l'existence de motifs objectifs de l'effectuer et de l'incidence de la *Charte* sur les pouvoirs de la police d'entrer sans mandat dans une maison d'habitation pour y effectuer une arrestation.

#### d) *Motifs objectifs*

La conclusion d'un juge du procès sur la question de savoir si, objectivement, il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation comporte, de toute évidence, un élément factuel important et les cours d'appel doivent donc faire preuve de retenue à l'égard de celle-ci. Dans la présente affaire, j'estime que, en concluant qu'il existait des motifs objectifs de procéder à une arrestation, le juge du procès a commis deux erreurs de principe qui justifient l'examen de sa conclusion. Premièrement, il a tenu compte de facteurs non pertinents quant à la question des motifs raisonnables et probables. À propos du critère objectif, il a affirmé:

[TRADUCTION] Je le répète, c'est à mon sens un critère objectif. Vu les circonstances que j'ai décrites, la nécessité de préserver des éléments de preuve, l'indication

the accused was a prime suspect, I believe the arrest took place in compliance with both the Criminal Code and the Charter. [Emphasis added.]

In concluding that reasonable and probable grounds for arrest existed, the trial judge considered the need to preserve evidence. In my view, it was an error of law for the trial judge to consider the need to preserve evidence in considering whether reasonable and probable grounds, objectively speaking, existed. Whether or not there is a need to preserve evidence is logically irrelevant to the question of whether there are reasonable and probable grounds for an arrest. The trial judge thus erred in law and his view on reasonable and probable grounds is open to appellate review.

31 Even if the trial judge did not err in considering the need to preserve evidence, in my view the trial judge erred in failing to appreciate the evidence of the officer in charge at the scene of the trailer. The trial judge noted that Sgt. Madrigga testified that he did not think he had sufficient grounds to arrest until he observed the blood on the appellant, but did not advert to this evidence in concluding that reasonable and probable grounds to arrest existed prior to the entry into the trailer. In order to conclude that, objectively speaking, reasonable and probable grounds for arrest existed, one must conclude that the officer on the scene was unreasonable in reaching a different conclusion. The trial judge, however, did not explain his dismissal of the officer's evidence in this respect. In my view, such a failure to clarify the basis for his finding that the objective test was satisfied constituted an error of law. In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, McLachlin J., writing for the Court, stated at p. 665:

This statement should not be read as placing on trial judges a positive duty to demonstrate in their reasons that they have completely appreciated each aspect of relevant evidence. The statement does not refer to the case where the trial judge has failed to allude to difficulties in the evidence, but rather to the case where the trial judge's reasons demonstrate that he or she has failed to

claire que l'accusé était le principal suspect, je crois que l'arrestation a été faite conformément au Code criminel et à la Charte. [Je souligne.]

Pour conclure qu'il existait des motifs raisonnables et probables, le juge du procès a tenu compte de la nécessité de préserver des éléments de preuve. À mon avis, il a commis une erreur de droit en prenant en considération la nécessité de préserver des éléments de preuve pour décider si, objectivement, de tels motifs existaient. La nécessité de préserver des éléments de preuve n'a aucune pertinence logique avec la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation. Le juge a donc commis une erreur de droit et son opinion quant à l'existence de motifs raisonnables et probables peut faire l'objet d'un examen en appel.

Même si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en tenant compte de la nécessité de préserver des éléments de preuve, il a, selon moi, commis l'erreur de ne pas apprécier le témoignage du policier chargé de l'enquête à la remorque. Le juge du procès a fait remarquer que le sergent Madrigga avait témoigné que ce n'est qu'après avoir aperçu du sang sur l'appelant qu'il a cru avoir des motifs suffisants pour l'arrêter, mais il n'a pas fait allusion à ce témoignage en concluant que des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation existaient avant l'entrée dans la remorque. Pour conclure que de tels motifs existaient objectivement, il faut conclure qu'il était déraisonnable pour le policier sur les lieux de tirer une autre conclusion. Le juge du procès n'a toutefois pas expliqué pourquoi il avait rejeté le témoignage du policier à cet égard. À mon avis, une telle omission de clarifier les motifs de sa conclusion que l'on satisfaisait au critère objectif constituait une erreur de droit. Dans *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour, à la p. 665:

Il n'y a pas lieu d'interpréter cet énoncé comme imposant au juge du procès l'obligation positive de démontrer, dans ses motifs, qu'il a apprécié entièrement chaque aspect de la preuve pertinente. Il vise non pas le cas où le juge du procès n'a pas fait allusion à des difficultés posées par la preuve, mais plutôt celui où les motifs du juge du procès démontrent qu'il n'a pas saisi

grasp an important point or has chosen to disregard it, leading to the conclusion that the verdict was not one which the trier of fact could reasonably have reached.

Major J. elaborated on this passage in *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291. On behalf of the majority, he stated at p. 318:

The above-quoted passage does not stand for the proposition that trial judges are never required to give reasons. Nor does it mean that they are always required to give reasons. Depending on the circumstances of a particular case, it may be desirable that trial judges explain their conclusions. Where the reasons demonstrate that the trial judge has considered the important issues in a case, or where the record clearly reveals the trial judge's reasons, or where the evidence is such that no reasons are necessary, appellate courts will not interfere. Equally, in cases such as this, where there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions.

In the present case, the officer in charge did not believe reasonable grounds to arrest existed prior to entry into the trailer. In order to explain why he ignored this evidence, or why he viewed Sgt. Madrigga to be unreasonable, in my view there was a duty on the trial judge to set out his reasons for his conclusions on reasonable and probable grounds. The trial judge, however, simply stated that "[g]iven the surrounding circumstances", the objective test was met. In essence, the trial judge simply provided his conclusion, not his reasons. As *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, stated at p. 14, "[w]here the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede." Given the testimony of the officer in charge, in my view, the absence of reasons constituted an error of law.

I have concluded that the trial judge erred in law by considering an irrelevant factor, the preservation of evidence, and by failing to explain why the officer in charge was incorrect in his conclusion that grounds to arrest did not exist prior to entry

un point important ou qu'il a choisi de ne pas en tenir compte, ce qui amènerait à conclure que le juge des faits n'a pas rendu un verdict raisonnable.

Le juge Major a expliqué ce passage dans *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291. Au nom de la Cour à la majorité, il s'exprime ainsi, à la p. 318:

Le passage ci-dessus ne signifie pas que les juges du procès ne sont jamais tenus d'exposer leurs motifs. Il ne veut pas dire non plus qu'ils sont toujours tenus de le faire. Selon les circonstances d'une affaire donnée, il peut être souhaitable que le juge du procès explique ses conclusions. Les tribunaux d'appel n'interviendront pas lorsque les motifs montrent que le juge du procès a examiné les questions importantes d'une affaire, ou lorsque les motifs du juge du procès ressortent clairement du dossier ou que la preuve est telle qu'il n'est pas nécessaire d'exposer des motifs. De même, dans des cas comme la présente affaire, où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions.

En l'espèce, le policier chargé de l'enquête ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables de procéder à une arrestation avant d'entrer dans la remorque. J'estime que le juge du procès était tenu de motiver sa conclusion sur les motifs raisonnables et probables. Or, pour expliquer pourquoi il n'a pas tenu compte de ce témoignage, ou pourquoi il a considéré déraisonnable le sergent Madrigga, il a simplement dit que [TRADUCTION] «[v]u les circonstances», le critère objectif était respecté. Essentiellement, le juge du procès a simplement exposé sa conclusion, et non ses motifs. Comme on peut le lire dans *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, à la p. 14, «[s]'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.» Étant donné le témoignage du policier chargé de l'enquête, j'estime que l'absence de motifs était une erreur de droit.

J'ai conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant compte d'un facteur non pertinent, soit la préservation d'éléments de preuve, et en n'expliquant pas pourquoi le policier chargé de l'enquête avait eu tort de conclure à

into the trailer. Consequently, the question of whether, objectively speaking, reasonable and probable grounds to arrest existed prior to the entry to the trailer is open to review by this Court.

34

In my view, as the lack of subjective belief on the part of the officer would suggest, the requirement that, objectively speaking, reasonable and probable grounds for an arrest exist prior to forcible entry is not met. The objective test as set out in *Storrey, supra*, is whether a reasonable person, standing in the shoes of the officer, would have believed that reasonable and probable grounds to make the arrest existed. Any finding that the subjective test is not met will generally imply that the objective test is not met, unless the officer is to be considered to have an unreasonably high standard.

35

In any event, in my view the objective test was not met regardless of the officer's views. An arrest cannot be made solely for the purpose of investigation, but if grounds exist on a subjective and objective basis, the fact that police intend to continue the investigation and do so does not invalidate the arrest: see *Storrey, supra*. A lawful arrest may be made that allows the police to continue their investigation, such as in *Storrey* where the police arrested a suspect in order to place him in a police line-up to be identified or not, but it is a fundamental pre-requisite that the police have reasonable grounds to arrest prior to arrest, whether or not the investigation is ongoing, particularly where an arrest is made without the safeguards to the citizen resulting from the warrant process. As Cory J. stated in *Storrey*, at p. 249:

Section 450(1) [s. 495(1)] makes it clear that the police were required to have reasonable and probable grounds that the appellant had committed the offence of aggravated assault before they could arrest him. Without such an important protection, even the most democratic society could all too easily fall prey to the abuses and

l'inexistence de motifs de procéder à une arrestation avant d'entrer dans la remorque. En conséquence, la question de savoir s'il existait objectivement des motifs raisonnables de procéder à une arrestation avant l'entrée dans la remorque peut faire l'objet d'un examen par notre Cour.

À mon avis, comme semblait l'indiquer l'absence de croyance subjective chez le policier, la condition qu'il existe objectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation avant d'entrer par la force n'est pas remplie. Le critère objectif énoncé dans l'arrêt *Storrey*, précité, est de savoir si une personne raisonnable, mise à la place du policier, aurait cru à l'existence de motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation. Toute conclusion qu'on ne satisfait pas au critère subjectif implique généralement qu'on ne satisfait pas au critère objectif, sauf si l'on juge que la norme appliquée par le policier est excessivement élevée.

De toute façon, j'estime qu'on n'a pas satisfait au critère objectif, peu importe le point de vue du policier. Une arrestation ne peut pas être effectuée que pour fins d'enquête seulement, mais s'il existe subjectivement et objectivement des motifs d'y procéder, le fait que la police ait l'intention de poursuivre l'enquête et qu'elle le fasse n'invalide pas l'arrestation: voir *Storrey*, précité. La police peut procéder à l'arrestation légale qui lui permet de poursuivre son enquête, comme dans l'affaire *Storrey* où la police avait arrêté un suspect dans le but de le faire participer à une séance d'identification, mais il faut, comme condition préalable fondamentale, que la police ait des motifs raisonnables de procéder à l'arrestation avant de l'effectuer, que l'enquête soit en cours ou non, particulièrement lorsqu'elle est faite en l'absence des garanties que le processus d'obtention d'un mandat offre au citoyen. Comme l'affirme le juge Cory dans *Storrey*, à la p. 249:

Il ressort clairement du par. 450(1) [par. 495(1)] que la police devait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis l'infraction de voies de fait graves, sans quoi elle ne pouvait l'arrêter. En l'absence de cette importante mesure protectrice, même la société la plus démocratique ne pourrait que

excesses of a police state. In order to safeguard the liberty of citizens, the *Criminal Code* requires the police, when attempting to obtain a warrant for an arrest, to demonstrate to a judicial officer that they have reasonable and probable grounds to believe that the person to be arrested has committed the offence. In the case of an arrest made without a warrant, it is even more important for the police to demonstrate that they have those same reasonable and probable grounds upon which they base the arrest. [Emphasis added.]

Or, as Scott L.J. stated in *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), at p. 329:

The power possessed by constables to arrest without warrant, whether at common law for suspicion of felony, or under statutes for suspicion of various misdemeanours, provided always they have reasonable grounds for their suspicion, is a valuable protection to the community; but the power may easily be abused and become a danger to the community instead of a protection . . . .

The duty of the police when they arrest without warrant is, no doubt, to be quick to see the possibility of crime, but equally they ought to be anxious to avoid mistaking the innocent for the guilty . . . . I am not suggesting a duty on the police to try to prove innocence; that is not their function; but they should act on the assumption that their *prima facie* suspicion may be ill-founded.

In my view, these admonitions were not heeded by the police when they entered the trailer and arrested the appellant. The salient facts known to the police prior to their entry of the trailer are as follows: (a) it appeared that Boyle's truck had been stolen before being in an accident, and Cindy Potter claimed to have seen "Michael" walking near the site of the accident; (b) Kelly Spurn told police that he assumed the appellant had crashed Boyle's truck since the appellant had crashed earlier that morning in about the same place with a different truck; and (c) Dale Russell told police that the appellant came home around 7:00 a.m. after drinking all night and that the appellant had earlier crashed a vehicle at the spot where Boyle's truck

trop facilement devenir la proie des abus et des excès d'un État policier. Afin de sauvegarder la liberté des citoyens, le *Code criminel* exige que la police, lorsqu'elle tente d'obtenir un mandat d'arrestation, démontre à un officier de justice qu'elle a des motifs raisonnables et probables de croire que la personne à arrêter a perpétré l'infraction. Dans le cas d'une arrestation sans mandat, il importe encore davantage que la police établisse l'existence de ces mêmes motifs raisonnables et probables justifiant l'arrestation. [Je souligne.]

Ou, comme le dit le lord juge Scott dans *Dumbell c. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), à la p. 329:

[TRADUCTION] Le pouvoir qu'ont les agents de police d'arrêter une personne sans mandat, que ce soit en common law parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction majeure (*felony*), ou en vertu d'une loi parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction mineure (*misdemeanour*), pourvu toujours que leurs soupçons reposent sur des motifs raisonnables, constitue une protection précieuse pour la collectivité; mais, comme il se prête facilement aux abus, ce pouvoir peut, loin de la protéger, se révéler dangereux pour la collectivité . . . .

Quand ils procèdent à une arrestation sans mandat, les policiers ont sans doute le devoir d'être prompts à déceler la possibilité qu'un crime ait été commis, mais ils se devraient tout autant de prendre garde de ne pas confondre l'innocent avec le coupable. [. . .] Je ne dis pas qu'il incombe aux policiers d'essayer d'établir l'innocence; ce n'est pas leur rôle; mais ils devraient agir en considérant qu'il se peut que les soupçons qu'ils ont à première vue ne soient pas fondés.

À mon avis, les policiers n'ont pas tenu compte de cet avertissement quand ils sont entrés dans la remorque et ont arrêté l'appellant. Les faits saillants qu'ils connaissaient avant d'entrer dans la remorque sont les suivants: a) il semblait que le camion de Boyle avait été volé avant d'être accidenté, et Cindy Potter a prétendu avoir vu «Michael» marcher près du lieu de l'accident, b) Kelly Spurn a dit à la police qu'il supposait que l'appellant avait eu un accident avec le camion de Boyle étant donné qu'il avait eu un accident plus tôt le même matin à peu près au même endroit avec un autre camion, et c) Dale Russell a dit à la police que l'appellant était entré chez lui vers 7 h après avoir passé la nuit à boire et que l'appellant

was found. In my view, these facts did not constitute reasonable and probable grounds to arrest the appellant for the murder of Boyle. Whether or not the appellant had been involved in two similar truck accidents, or might have stolen Boyle's truck, does not raise reasonable and probable grounds to believe that he had murdered Boyle. This evidence may have pointed to the appellant as a suspect, but these facts without more do not justify an arrest. When the police entered the trailer, objectively reasonable and probable grounds for an arrest, as opposed to grounds for *prima facie* suspicion, did not exist.

(e) *Conclusion on Lawful Arrest*

<sup>37</sup> It is questionable whether the police met the announcement requirement prior to forcibly entering the trailer to make a warrantless arrest. This issue does not need to be settled, in my view, since the requirement that the officer must believe he has reasonable grounds to arrest before forcibly entering private premises was not met. The failure to meet this subjective test is sufficient to render the arrest unlawful. However, even if the subjective test were met, objectively reasonable and probable grounds for the arrest did not exist prior to the forced entry into the trailer. Thus, the arrest was unlawful and could not support the entry into the appellant's dwelling irrespective of the effect of the *Charter* on the right to enter dwellings for the purpose of arrest. In any event, even if the police met the standards of *Landry* and the other cases, a warrantless arrest in the circumstances of the case at bar following a forcible entry is no longer lawful in light of the *Charter*; I turn to this issue now.

The Post-Charter Law of Arrests in Dwelling Houses

avait déjà eu un accident avec un véhicule à l'endroit où le camion de Boyle a été trouvé. Selon moi, ces faits ne constituaient pas des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appelant pour le meurtre de Boyle. La question de savoir si l'appelant avait été ou non impliqué dans deux accidents de camion semblables, ou s'il se pouvait qu'il ait volé le camion de Boyle ne suscite pas des motifs raisonnables et probables de croire qu'il a assassiné Boyle. Il se peut que ces éléments de preuve aient fait naître des soupçons sur l'appelant, mais ces faits ne justifient pas en soi une arrestation. Quand les policiers sont entrés dans la remorque, il n'existait pas de motifs objectivement raisonnables et probables de procéder à une arrestation, par opposition à des motifs d'avoir des soupçons à première vue.

e) *Conclusion sur l'arrestation légale*

Il est douteux que la police ait satisfait à l'exigence d'annonce avant d'entrer par la force dans la remorque pour y effectuer une arrestation sans mandat. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question, à mon avis, puisque l'exigence que le policier croie qu'il a des motifs raisonnables d'effectuer une arrestation, avant d'entrer par la force dans des lieux privés, n'a pas été respectée. L'omission de satisfaire à ce critère subjectif est suffisante pour rendre l'arrestation illégale. Toutefois, même si on avait satisfait au critère subjectif, il n'existait pas de motifs objectivement raisonnables et probables d'effectuer une arrestation avant l'entrée par la force dans la remorque. Ainsi, l'arrestation était illégale et ne pouvait pas justifier l'entrée dans la maison de l'appelant, indépendamment de l'incidence de la *Charte* sur le droit d'entrer dans une maison d'habitation pour y effectuer une arrestation. En tout état de cause, même si la police avait respecté les normes énoncées dans *Landry* et les autres arrêts, une arrestation sans mandat dans les circonstances de la présente affaire, effectuée à la suite d'une entrée par la force, n'est plus légale compte tenu de la *Charte*. C'est la question que je vais maintenant étudier.

Le droit ultérieur à la Charte en matière d'arrestation dans une maison d'habitation

(a) *Principles in the Common Law*

As noted, *Landry, supra*, set out the law concerning warrantless arrests following forcible entry into a dwelling house. While the case was decided in 1986, it arose before the *Charter* came into effect, as the majority took care to point out at p. 165. In my view, the *Charter* suggests that the *Landry* test for warrantless arrests no longer applies. Before addressing this issue, it is useful first to review extensively the principles underlying the reasons in *Landry* itself.

Dickson C.J., writing for the majority, began his analysis of s. 450 (now s. 495) of the *Code* by reviewing the case law on warrantless arrests, with particular emphasis on *Eccles, supra*. Dickson C.J. cited at pp. 156-57 the following passage from *Eccles* at pp. 742-43, which he relied upon in *Landry* to help establish the common law's sanction of warrantless arrests:

For these principles, we go back to vintage common law, to 1604, and *Semayne's Case* [(1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194], in which the principle, so firmly entrenched in our jurisprudence, that every man's house is his castle, was expressed . . . . That, then, is the basic principle, as important today as in Biblical times (Deuteronomy 24:10) or in the 17<sup>th</sup> century. But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept and the Court resolved that:

In all cases when the King is party, the Sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors . . .

a) *Principes de common law*

Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Landry*, précité, énonce le droit applicable en matière d'arrestation sans mandat effectuée à la suite d'une entrée par la force dans une maison d'habitation. Bien qu'elle ait été tranchée en 1986, l'affaire avait pris naissance avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, comme la Cour à la majorité a pris soin de le souligner à la p. 165. À mon avis, la *Charte* laisse entendre que le critère établi dans l'arrêt *Landry* relativement aux arrestations sans mandat ne s'applique plus. Avant d'aborder cette question, il est utile de commencer par examiner à fond les principes qui sous-tendent les motifs de l'arrêt *Landry* lui-même.

Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, a commencé son analyse de l'art. 450 [maintenant l'art. 495] du *Code* par un examen de la jurisprudence relative aux arrestations sans mandat, en insistant en particulier sur l'arrêt *Eccles*, précité. Il a cité, aux pp. 156 et 157, l'extrait suivant de la p. 743 de l'arrêt *Eccles*, qu'il a invoqué dans *Landry* pour aider à déterminer la sanction en common law des arrestations sans mandat:

Pour ces principes, nous remontons à la vieille *Common Law*, à 1604, et à l'affaire de *Semayne* [(1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194], dans laquelle le principe, si fermement consacré par notre jurisprudence, que la maison du commun des mortels est son palais, a été exprimé [. . .] Cela, donc, est le principe de base, aussi important de nos jours que dans les temps bibliques (Deutéronome 24:10) ou au dix-septième siècle. Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château», la Cour décidant que:

[TRADUCTION] Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer. Mais avant qu'il ne pénètre par bris dans la maison, il doit signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes . . .

In Dickson C.J.'s view, the authorities supported the proposition that a warrantless arrest in a dwelling is legal so long as: the officer believes, on reasonable and probable grounds, the person to be the subject of the arrest to have committed an indictable offence; there are reasonable and probable grounds to believe the person sought is within the premises; and proper announcement is made prior to entry.

40 Dickson C.J. also concluded that there were sound policy reasons to retain the law as it was. One policy reason supporting warrantless arrests in dwelling houses was stated to be the absence of alternative means of arresting a suspect who has taken refuge in a private dwelling house. Dickson C.J. stated, at p. 160, that:

The policy underlying the cases, older and more recent, on this issue, is clear and compelling: there should be no place which gives an offender sanctuary from arrest. While the *Criminal Code* empowers a justice to issue a warrant, on proper grounds being shown, authorizing a search for things, there is no power to issue a warrant to search for a person. If the police did not possess the power to arrest on private premises, then a criminal offender might find complete and permanent protection from the law in his or her own home or the home of another.

41 Dickson C.J. further held that there were compelling practical reasons not to require the police to obtain always a warrant for arrest prior to entering a private dwelling to make an arrest. He outlined various scenarios, such as where the police officer witnesses a crime or arrives on the scene shortly thereafter and does not know the name of the suspect whom he or she has seen take refuge in a dwelling house, that illustrate the impracticality and undesirability of obtaining a warrant before making a forcible entry. In *Landry*, as in other cases on the subject, the issue boiled down to a balance between aiding the police in their protection of society on the one hand, and the privacy interests of individuals in their dwellings on the other. Dickson C.J. held at p. 161 that the require-

Selon le juge en chef Dickson, la jurisprudence établissait que l'arrestation sans mandat dans une maison d'habitation est légale si les conditions suivantes sont remplies: le policier croit, pour des motifs raisonnables et probables, que la personne à arrêter a commis un acte criminel; il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est dans les lieux; une annonce régulière est faite avant d'entrer.

Le juge en chef Dickson a également conclu qu'il y avait de bonnes raisons de principe de maintenir le droit tel qu'il existait. L'une des raisons justifiant l'arrestation sans mandat dans une maison d'habitation était, selon lui, l'absence d'autres moyens d'arrêter un suspect qui s'est réfugié dans une maison privée. Le juge en chef Dickson s'exprime en ces termes, à la p. 160:

La politique qui sous-tend les arrêts sur cette question, qu'ils soient anciens ou plus récents, est claire et impérieuse: ceux qui commettent des infractions ne devraient être nulle part à l'abri de l'arrestation. Bien que le *Code criminel* habilite un juge de paix à lancer, lorsqu'on établit qu'il y a des motifs valables de le faire, un mandat autorisant de rechercher des choses, il n'existe pas de pouvoir de délivrer un mandat autorisant de rechercher une personne. Si la police n'était pas investie du pouvoir de procéder à des arrestations dans des lieux privés, un criminel pourrait bénéficier chez lui ou chez quelqu'un d'autre d'une protection absolue et permanente contre l'application de la loi.

Le juge en chef Dickson a conclu, en outre, qu'il y avait de sérieuses raisons pratiques de ne pas obliger la police à toujours obtenir un mandat d'arrestation avant d'entrer dans une maison privée pour y effectuer une arrestation. Il a exposé divers scénarios, comme le cas où le policier est témoin d'un crime ou arrive sur les lieux peu après et ne connaît pas le nom du suspect qu'il a vu se réfugier dans une maison d'habitation, qui montrent qu'il est pratiquement impossible et peu souhaitable d'obtenir un mandat avant d'entrer par la force à un endroit. Dans *Landry*, comme dans d'autres arrêts portant sur la question, il s'agissait d'établir l'équilibre, d'une part, entre le fait d'aider la police à protéger la société, et d'autre part, les droits à la vie privée que possèdent les citoyens qui se trou-

ments for warrantless arrest that the majority set out reached the appropriate balance:

These serious limitations against effective police work and public protection must be balanced against the intrusiveness of arresting a person in a house or apartment. This intrusiveness is carefully delineated and restricted by the requirement of reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises, and the requirements of notice of presence, notice of authority and notice of purpose. These requirements minimize the invasiveness of arrest in a dwelling and permit the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself.

(b) *The Charter*

In my view, the conditions set out in *Landry* for warrantless arrests are overly expansive in the era of the *Charter*. As noted, *Landry* was largely based on a balance between privacy and the effectiveness of police protection, but in the *Charter* era, as I will presently seek to demonstrate, the emphasis on privacy in Canada has gained considerable importance. Consequently, the test in *Landry* must be adjusted to comport with *Charter* values.

There is no question that the common law has always placed a high value on the security and privacy of the home. This emphasis was illustrated as early as the seventeenth century, as evidenced by *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194, and has been illustrated more recently by cases such as *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, which held that the police entered Colet's home, a rudimentary shelter, illegally since they did not have explicit authority to search for weapons, but only to seize them. Indeed, the existing legal protection of the security of the home was the basis for the dissenting opinion of La Forest J. in *Landry, supra*, which contained an extensive analysis of doctrine that concluded warrantless arrests in dwelling houses were illegal; see also Graham Parker, "Developments in Criminal Law: The

vent dans leur maison. Le juge en chef Dickson conclut, à la p. 161, que les conditions de l'arrestation sans mandat, qu'énonce la Cour à la majorité, permettent d'atteindre le juste équilibre:

Ces limites sérieuses imposées au travail efficace de la police et la protection du public doivent être soupesées par rapport à l'ingérence que constitue l'arrestation d'une personne dans une maison ou un appartement. Cette ingérence est soigneusement délimitée et restreinte par l'obligation d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est dans les lieux, et l'obligation de donner avis de sa présence, de son pouvoir et de l'objet de sa présence. Ces obligations minimisent l'empiétement que constitue l'arrestation dans un domicile et permettent au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant.

b) *La Charte*

À mon avis, les conditions fixées dans *Landry* pour les arrestations sans mandat ont une portée excessive au regard de la *Charte*. Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Landry* reposait, dans une large mesure, sur l'équilibre entre la vie privée et l'efficacité de la protection policière, mais comme je vais maintenant tenter de le démontrer, l'insistance sur la vie privée a pris beaucoup d'importance au Canada sous le régime de la *Charte*. En conséquence, le critère de l'arrêt *Landry* doit être adapté aux valeurs de la *Charte*.

Il ne fait aucun doute que la common law a toujours accordé beaucoup d'importance à la sécurité et à l'intimité du foyer. Cette importance s'est manifestée dès le dix-septième siècle, comme le montre l'affaire *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194, et plus récemment dans des arrêts comme *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, où on a décidé que des policiers étaient entrés illégalement dans la maison de Colet, un abri rudimentaire, puisqu'ils étaient autorisés expressément non pas à y perquisitionner pour trouver des armes, mais seulement à les saisir. En fait, le juge La Forest a fondé son opinion dissidente dans l'arrêt *Landry*, précité, sur la protection que la loi accorde à la sécurité du domicile, tirant de son analyse approfondie de la doctrine la conclusion que les arrestations sans mandat dans les maisons

42

43

1985-86 Term" (1987), 9 *Sup. Ct. L. Rev.* 247. Notwithstanding its prior importance, however, the legal status of the privacy of the home was significantly increased in importance with the advent of the *Charter*. Section 8 prevents all unreasonable searches and seizures. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the seminal case on s. 8, Dickson J. (as he then was), writing for the Court, discussed the impact of the *Charter* on searches and seizure in these terms (at p. 158):

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington* [(1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; a common law case on searches and trespass]. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

The shift in emphasis in the law of searches from trespass and basic property rights to the reasonableness of the search had a significant effect on the disposition of *Hunter*. In that case, there were provisions in the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which permitted searches and seizures on the authority of the Restrictive Trade Practices Commission. The Supreme Court held that searches and seizures may only be undertaken after authorization from an independent judicial body, which has considered the reasonableness of the proposed search and seizure, has been granted. Dickson J. stated at p. 160:

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under [the *Combines Investigation Act*] was in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of

d'habitation sont illégales: voir aussi Graham Parker, «Developments in Criminal Law: The 1985-86 Term» (1987), 9 *Sup. Ct. L. Rev.* 247. Malgré son importance antérieure, la consécration juridique de l'intimité du foyer s'est toutefois considérablement accrue avec l'adoption de la *Charte*. L'article 8 fait obstacle aux fouilles, perquisitions et saisies abusives. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l'arrêt charnière en ce qui a trait à l'art. 8, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), analyse ainsi, au nom de la Cour, l'incidence de la *Charte* sur les fouilles, perquisitions et saisies (à la p. 158):

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington* [(1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; une affaire de common law touchant les perquisitions et l'intrusion]. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le fait d'avoir mis l'accent, dans le droit en matière de fouilles et de perquisition, non plus sur l'intrusion et les droits de propriété fondamentaux, mais sur le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition en cause, a eu une incidence importante sur la façon de trancher l'affaire *Hunter*. Dans cette affaire, il était question de dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui permettaient d'effectuer des fouilles, perquisitions et saisies sur l'ordre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. La Cour suprême a décidé que les fouilles, perquisitions et saisies ne pouvaient être effectuées qu'une fois obtenue l'autorisation d'un organisme judiciaire indépendant qui a examiné le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition et de la saisie projetées. Le juge Dickson affirme, à la p. 160:

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de [la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*] était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du

the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In my view, *Hunter* is helpful in analyzing the case at bar. The analysis in *Landry* was based on a balance between the individual's privacy interest in the dwelling house and society's interest in effective police protection. This Court held that the latter interest prevailed and warrantless arrests in dwelling houses were permissible in certain circumstances. While such a conclusion was debatable at the time, in my view, the increased protection of the privacy of the home in the era of the *Charter* changes the analysis in favour of the former interest: in general, the privacy interest outweighs the interest of the police and warrantless arrests in dwelling houses are prohibited.

Such a conclusion is consistent not only with the general treatment of privacy in *Hunter*, but also with the specific implications of the privacy interest found in that case. *Hunter* held that a search and seizure violated s. 8 unless there was prior authorization. The purpose of the *Charter* is to prevent unreasonable intrusions on privacy, not to sort them out from reasonable intrusions on an *ex post facto* analysis. If *Landry* were to be adopted in the post-*Charter* era, there would be the anomalous result that prior judicial authorization is required to intrude on an individual's privacy with respect to a search for things, but no authorization is required prior to an intrusion to make an arrest. The result becomes more anomalous when *Cloutier v. Langlois*, *supra*, is considered. *Cloutier* held that a search incidental to a lawful arrest does not violate s. 8. Putting this proposition together with the

gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, l'arrêt *Hunter* est utile pour analyser la présente affaire. Dans *Landry*, l'analyse était fondée sur l'équilibre entre le droit à la vie privée du particulier qui est dans sa maison et le droit de la société à l'efficacité de la protection policière. Notre Cour a décidé que le second droit l'emportait et que les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation étaient acceptables dans certaines circonstances. Quoique cette conclusion ait été discutable à l'époque, j'estime que la protection accrue de la vie privée au foyer sous le régime de la *Charte* fait pencher la balance du côté du premier droit: en général, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit de la police et les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation sont interdites.

Cette conclusion est compatible non seulement avec la façon générale dont on traite la vie privée dans *Hunter*, mais aussi avec les répercussions particulières du droit à la vie privée que l'on trouve dans cette affaire. La Cour, dans l'arrêt *Hunter*, a décidé qu'une perquisition et une saisie violaient l'art. 8, sauf s'il y avait eu autorisation préalable. Le but de la *Charte* est de prévenir les atteintes abusives au droit à la vie privée, et non de les distinguer des atteintes raisonnables au moyen d'une analyse après coup. Si l'arrêt *Landry* devait être suivi maintenant que la *Charte* est en vigueur, il en résulterait l'anomalie suivant laquelle une autorisation judiciaire préalable serait nécessaire pour porter atteinte à la vie privée d'un particulier lorsqu'il s'agirait de chercher quelque chose, mais aucune autorisation préalable ne serait requise dans le cas d'une intrusion visant à effectuer une arrestation.

proposition that a warrantless arrest in a dwelling house is legal may lead to the conclusion that a warrantless search of a dwelling house is legal so long as it is accompanied by a lawful arrest. Such a conclusion is clearly at odds with *Hunter*, which held that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. I conclude that generally a warrant is required to make an arrest in a dwelling house.

46

I recognize that there are exceptions with respect to the unreasonableness of warrantless searches for things. A warrantless search will respect s. 8 if authorized by law, and both the law and the manner in which the search is conducted are reasonable. In *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, for example, it was held that s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, which provided that a peace officer may search a place that is not a dwelling house without a warrant so long as he believes on reasonable grounds that a narcotic offence had been committed, was consistent with s. 8 of the *Charter* if s. 10 were read down to permit warrantless searches only where there were exigent circumstances. In the present context of searches for persons, in my view, there are also exceptions to the *Charter* prohibition of warrantless arrests in dwelling houses. Indeed, these exceptions answer Dickson C.J.'s policy argument about hampering the effectiveness of police investigations.

47

Dickson C.J. observed that police work might be greatly impeded by a warrant requirement. He provided the example of an officer's arriving on the scene shortly after an offender has slipped into a private dwelling. By the time the officer has discovered the suspect's name and has obtained a warrant, the criminal will have sought refuge else-

L'anomalie s'accroît lorsqu'on examine l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, dans lequel notre Cour a décidé qu'une fouille accessoire à une arrestation légale ne viole pas l'art. 8. Si on conjugue cette proposition à celle voulant qu'une arrestation sans mandat dans une maison d'habitation soit légale, on peut en venir à conclure qu'une perquisition sans mandat dans une maison d'habitation est légale dans la mesure où elle est assortie d'une arrestation légale. Pareille conclusion est nettement contraire à l'arrêt *Hunter* où il a été décidé que les perquisitions sans mandat sont abusives à première vue. Je conclus qu'en général un mandat est requis pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation.

Je reconnais qu'il y a des exceptions en ce qui concerne le caractère abusif des perquisitions sans mandat visant à trouver des choses. Une perquisition sans mandat respecte l'art. 8 si elle est autorisée par la loi, et si la loi et la manière dont la perquisition est effectuée sont raisonnables. Dans *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, par exemple, notre Cour a décidé que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, qui prévoyait qu'un agent de la paix pouvait effectuer une perquisition sans mandat dans des lieux autres qu'une maison d'habitation, dans la mesure où il croyait, pour des motifs raisonnables, qu'une infraction relative à des stupéfiants avait été commise, était compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, si on lui donnait une interprétation atténuée de façon à autoriser les perquisitions sans mandat seulement dans des situations d'urgence. Dans le présent contexte où une personne est recherchée, il y a aussi des exceptions à l'interdiction de la *Charte* visant les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation. En effet, ces exceptions répondent à l'argument de principe du juge en chef Dickson concernant l'entrave à l'efficacité des enquêtes policières.

Le juge en chef Dickson a fait observer que l'exigence d'un mandat pourrait gravement entraver le travail des policiers. Il a cité l'exemple du policier qui arrive sur les lieux peu après qu'un contrevenant se soit introduit dans une maison privée. Au moment où le policier aura découvert le nom du suspect et obtenu un mandat, le criminel

where. In my view, in circumstances such as these there is an exception to the general rule that warrantless arrests in private dwellings are prohibited. In cases of hot pursuit, the privacy interest must give way to the interest of society in ensuring adequate police protection. This Court explicitly held this to be true in *R. v. Maccooh*, [1993] 2 S.C.R. 802. In *Maccooh*, a police officer was in hot pursuit of a person he had seen drive through several stop signs when the person sought refuge in a private apartment. The officer announced his presence and eventually entered the apartment without permission and arrested the person. There was a question whether *Landry* would apply in *Maccooh* given that the suspect was sought pursuant to an offence that was not indictable, but this Court held that the officer was acting under the well-established common law power of the police to enter private premises to make an arrest in hot pursuit. The policy behind such a rule is captured by the following passage from the dissent of La Forest J. in *Landry*, at p. 179, cited with approval by this Court in *Maccooh*:

As has been seen the common law sets a high value on the security and privacy of the home. The situations where it permitted entry by police without the consent of the owner or occupier were all demonstrably compelling. For example, entry to prevent murder is obviously justified. So too is entry on hot pursuit. Apart from the obvious practicality of that approach, in the case of hot pursuit the police officer is himself cognizant of the facts justifying entry; he acts on the basis of personal knowledge.

In cases of hot pursuit, society's interest in effective law enforcement takes precedence over the privacy interest and the police may enter a dwelling to make an arrest without a warrant. However, the additional burden on the police to obtain a warrant before forcibly entering a private dwelling to arrest, while not justified in a case of hot pursuit, is, in general, well worth the additional protection to the privacy interest in dwelling houses that it brings. I leave for another day the question of

aura trouvé refuge ailleurs. À mon sens, il existe, en pareil cas, une exception à la règle générale voulant que les arrestations sans mandat dans une maison privée soient interdites. Dans le cas d'une prise en chasse, le droit à la vie privée doit céder le pas à l'intérêt qu'a la société à garantir une protection policière suffisante. Dans l'arrêt *R. c. Maccooh*, [1993] 2 R.C.S. 802, notre Cour a conclu explicitement que c'était le cas. Dans cette affaire, un policier avait pris en chasse une personne qu'il avait vue brûler plusieurs signaux d'arrêt, lorsque celle-ci s'est réfugiée dans un appartement. Le policier a annoncé sa présence, a fini par entrer dans l'appartement sans permission et a arrêté la personne en cause. Il s'agissait de savoir notamment si l'arrêt *Landry* s'appliquait dans l'affaire *Maccooh* étant donné que le suspect était recherché relativement à une infraction autre qu'un acte criminel, mais notre Cour a conclu que le policier avait agi en vertu du pouvoir, bien établi en common law, que les policiers ont d'entrer dans des lieux privés pour procéder à une arrestation dans le cadre d'une prise en chasse. Le principe qui sous-tend cette règle ressort de l'extrait suivant de l'opinion dissidente du juge La Forest dans *Landry*, à la p. 179, que notre Cour cite et approuve dans *Maccooh*:

Comme nous l'avons vu, la *common law* attache un grand prix à la sécurité et au caractère privé du foyer. Les situations où elle autorisait l'entrée de policiers sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant étaient toutes des cas où il était évident que l'entrée s'imposait. Par exemple, l'entrée pour prévenir un meurtre est manifestement justifiée. De même l'entrée alors qu'on a pris le fugitif en chasse. Outre la nature manifestement pratique de cette façon d'aborder la question lorsque l'agent de police a pris quelqu'un en chasse, il a lui-même connaissance des faits qui justifient l'entrée; il agit en vertu d'une connaissance personnelle.

Dans le cas d'une prise en chasse, l'intérêt de la société dans l'application efficace de la loi l'emporte sur le droit à la vie privée et la police peut entrer dans une maison d'habitation pour y effectuer une arrestation sans mandat. Toutefois, l'obligation supplémentaire qui incombe à la police d'obtenir un mandat pour entrer par la force dans une maison privée en vue d'y effectuer une arrestation, bien qu'elle ne soit pas justifiée dans le cas d'une prise en chasse, vaut bien, en général, la

whether exigent circumstances other than hot pursuit may justify a warrantless entry in order to arrest. I do not agree with my colleague L'Heureux-Dubé J. that exigent circumstances generally necessarily justify a warrantless entry — in my view, it is an open question. As with other matters in her reasons, I note that in reaching her conclusion she cites at paras. 153-54 a dissenting opinion: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, *per* L'Heureux-Dubé J.

48

While I have decided that a warrant is required prior to entering a dwelling house to make an arrest, I have not yet set out the type of warrant that is required. In my view, an arrest warrant alone is insufficient protection of the privacy rights of the suspect. I agree with Dickson C.J. when he stated in *Landry* at p. 162 that it was questionable whether an arrest warrant would be useful in safeguarding privacy:

I am unable, in any event, to fathom how a warrant for arrest can be perceived as a solution to the question of police authority to trespass incidental to arrest. The warrant is a judicial authorization to arrest and contains no express power of trespass. The justice of the peace must be given evidence as to the reasonable and probable grounds for making an arrest, but hears no evidence as to the likelihood or otherwise that the offender can be found at any particular location. There is no good reason, therefore, why the presence or absence of a warrant of arrest should have any bearing on the right to make an arrest in one particular place or another.

Dickson C.J. concluded that since an arrest warrant would not be useful in safeguarding privacy, and since there was (and is) no provision in the *Code* authorizing a search for persons, warrantless arrests in dwelling houses were permissible; otherwise suspects could take permanent refuge in a dwelling house. While I agree that an arrest warrant fails to safeguard privacy adequately, I disagree that since the *Code* is silent on prior authorization of a search for persons, warrantless searches

protection supplémentaire qu'elle apporte au droit à la vie privée dans les maisons d'habitation. Je reporte à un autre jour l'examen de la question de savoir si une situation d'urgence autre que la prise en chasse peut justifier une entrée sans mandat en vue d'effectuer une arrestation. Je ne suis pas d'accord avec ma collègue le juge L'Heureux-Dubé pour dire qu'une situation d'urgence justifie généralement nécessairement une entrée sans mandat — à mon sens, la question est entière. Comme pour les autres questions dans ses motifs, je constate qu'en tirant sa conclusion, elle cite, aux par. 153 et 154, une opinion dissidente: *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge L'Heureux-Dubé.

Bien que j'aie décidé qu'il faut avoir obtenu préalablement un mandat pour entrer dans une maison d'habitation afin d'y effectuer une arrestation, je n'ai pas encore précisé le type de mandat qui est requis. À mon avis, un mandat d'arrestation seulement constitue une protection insuffisante des droits du suspect à la vie privée. Je partage l'avis du juge en chef Dickson lorsqu'il affirme, à la p. 162 de l'arrêt *Landry*, qu'il est douteux qu'un mandat d'arrestation soit utile pour préserver la vie privée:

De toute façon, je ne peux pas saisir comment un mandat d'arrestation peut être perçu comme une solution à la question du pouvoir d'intrusion de la police qui est accessoire à l'arrestation. Le mandat est une autorisation judiciaire d'arrêter et ne contient aucun pouvoir exprès d'intrusion. On doit fournir au juge de paix des motifs raisonnables et probables d'arrestation, mais il n'entend aucune preuve sur la probabilité ou autre que le contrevenant puisse être trouvé à un endroit donné. Il n'y a donc aucune bonne raison pour que la présence ou l'absence d'un mandat d'arrestation ait un effet sur le droit de faire une arrestation à un endroit ou à l'autre.

Le juge en chef Dickson a conclu que, puisqu'un mandat d'arrestation ne serait pas utile pour préserver la vie privée et puisqu'il n'y avait (et qu'il n'y a) aucune disposition du *Code* qui autorise les fouilles ou perquisitions en vue de trouver une personne, les arrestations sans mandat dans les maisons d'habitation étaient acceptables; sinon, les suspects pourraient trouver un refuge permanent dans une maison d'habitation. Tout en convenant qu'un mandat d'arrestation ne préserve pas

for persons are permissible. In my view, privacy rights under the *Charter* demand that the police, in general, obtain prior judicial authorization of entry into the dwelling house in order to arrest the person. If the *Code* currently fails to provide specifically for a warrant containing such prior authorization, such a provision should be read in. While the absence of such a provision could have a profound influence on the common law power of arrest, its absence cannot defeat a constitutional right of the individual. Once a procedure to obtain such prior authorization is created, the concern that suspects may find permanent sanctuary in a dwelling house disappears.

In my view, then, warrantless arrests in dwelling houses are in general prohibited. Prior to such an arrest, it is incumbent on the police officer to obtain judicial authorization for the arrest by obtaining a warrant to enter the dwelling house for the purpose of arrest. Such a warrant will only be authorized if there are reasonable grounds for the arrest, and reasonable grounds to believe that the person will be found at the address named, thus providing individuals' privacy interests in an arrest situation with the protection *Hunter* required with respect to searches and seizures. Requiring a warrant prior to arrest avoids the *ex post facto* analysis of the reasonableness of an intrusion that *Hunter* held should be avoided under the *Charter*; invasive arrests without a basis of reasonable and probable grounds are prevented, rather than remedied after the fact. Such a policy was reflected in the following recommendation of the Law Reform Commission of Canada (Working Paper 41, *Arrest* (1985), at p. 115):

The sanctity of the family dwelling is such in our legal tradition that, as with search, there ought to be no forci-

suffisamment la vie privée, je ne suis pas d'accord pour dire que, puisque le *Code* n'exige pas l'autorisation préalable des fouilles ou perquisitions visant à trouver une personne, les perquisitions sans mandat visant à trouver des personnes sont acceptables. À mon avis, les droits à la vie privée garantis par la *Charte* exigent que la police obtienne généralement une autorisation judiciaire préalable d'entrer dans une maison d'habitation pour y arrêter la personne recherchée. Si le *Code* ne prescrit pas expressément, à l'heure actuelle, un mandat contenant une telle autorisation préalable, il y a lieu de l'interpréter comme s'il renfermait une telle disposition. Bien que l'absence d'une telle disposition puisse avoir une profonde influence sur le pouvoir d'arrestation en common law, elle ne saurait contrecarrer un droit constitutionnel du particulier. La création d'une procédure d'obtention d'une telle autorisation préalable permet de dissiper la crainte qu'un suspect puisse se réfugier de façon permanente dans une maison d'habitation.

Selon moi, les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation sont donc généralement interdites. Avant de procéder à une telle arrestation, il incombe au policier d'obtenir l'autorisation judiciaire de l'effectuer au moyen d'un mandat l'autorisant à entrer, à cette fin, dans la maison d'habitation. Un tel mandat ne sera décerné que s'il existe des motifs raisonnables d'effectuer une arrestation et des motifs raisonnables de croire que la personne sera à l'adresse indiquée, assurant ainsi aux droits à la vie privée du particulier, en cas d'arrestation, la protection requise par l'arrêt *Hunter* à l'égard des fouilles, perquisitions et saisies. Exiger un mandat préalablement à l'arrestation permet d'éviter l'analyse après coup du caractère raisonnable d'une intrusion qui, d'après ce que la Cour a conclu dans l'arrêt *Hunter*, devrait être évitée sous le régime de la *Charte*, ce qui permet d'éviter, au lieu d'y remédier après coup, les arrestations attentatoires aux droits garantis, non fondées sur des motifs raisonnables et probables. Ce principe se dégage de la recommandation suivante de la Commission de réforme du droit du Canada (Document de travail 41, *L'arrestation* (1985), à la p. 130):

Dans notre tradition juridique, le caractère sacré du domicile familial est tel que, comme dans le cas des

ble entry into a private dwelling unless such entry is authorized by judicial authority.

50 I would add that the protection of privacy does not end with a warrant; the other requirements in *Landry* for an arrest in a dwelling house must be met along with the warrant requirement. Specifically, before forcibly entering a dwelling house to make an arrest with a warrant for an indictable offence, proper announcement must be made. As Dickson C.J. stated in *Landry*, at p. 161, these additional requirements “minimize the invasiveness of arrest in a dwelling and permit the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself”.

51 To summarize, in general, the following requirements must be met before an arrest for an indictable offence in a private dwelling is legal: a warrant must be obtained on the basis of reasonable and probable grounds to arrest and to believe the person sought is within the premises in question; and proper announcement must be made before entering. An exception to this rule occurs where there is a case of hot pursuit. Whether or not there is an exception for exigent circumstances generally has not been fully addressed by this Court, nor does it need to be decided in the present case given my view that exigent circumstances did not exist when the arrest was made. I will elaborate on this last point presently.

(c) *Application to the Case at Bar*

52 When the police entered the trailer where Feeney was sleeping, which constituted his dwelling house (recall that *Colet, supra*, stated that a rudimentary shelter may constitute a dwelling house), they did not have a warrant. Consequently, regardless of whether reasonable and probable grounds existed, or whether proper announcement was made, the arrest was illegal, unless there were exceptional circumstances. This clearly was not a

fouilles et des perquisitions, l'entrée par la force dans une habitation privée ne devrait être possible que lorsqu'elle est autorisée par un juge.

J'ajouterais que le mandat n'est pas la seule condition pour assurer la protection de la vie privée; il faut que les autres conditions énoncées dans *Landry* pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation soient également remplies. Plus précisément, l'entrée par la force dans une maison d'habitation, pour y effectuer une arrestation en vertu d'un mandat relatif à un acte criminel, doit être précédée d'une annonce régulière. Comme l'affirme le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Landry*, à la p. 161, ces conditions supplémentaires «minimisent l'empiètement que constitue l'arrestation dans un domicile et permettent au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant».

En résumé, les conditions ci-après doivent généralement être remplies pour qu'une arrestation relative à un acte criminel dans une maison privée soit légale: un mandat doit être obtenu sur la foi de motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation et de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux en question, et une annonce régulière doit être faite avant d'entrer. Cette règle souffre une exception dans le cas d'une prise en chasse. Notre Cour n'a pas encore pleinement abordé la question de savoir s'il existe une exception pour les situations d'urgence en général, et il n'est pas nécessaire non plus d'y répondre dans le présent pourvoi, étant donné que j'estime qu'il n'y avait pas de situation d'urgence quand l'arrestation a été effectuée. Je vais maintenant expliquer ce dernier point.

c) *Application à la présente affaire*

Quand les policiers sont entrés dans la remorque où Feeney dormait et qui était sa maison d'habitation (rappelons-nous que, dans l'arrêt *Colet*, précité, la Cour a affirmé qu'un abri rudimentaire peut constituer une maison d'habitation), ils n'étaient pas munis d'un mandat. En conséquence, peu importe qu'il ait existé des motifs raisonnables et probables, ou qu'une annonce régulière ait été faite, l'arrestation était illégale, à moins que la

case of hot pursuit, nor, in my view, did exigent circumstances exist. Lambert J.A., for a unanimous Court of Appeal, stated at p. 234 that, “the police were facing a situation which could be classified as an emergency, or as exigent circumstances which would require immediate action, and that in addition they were facing circumstances where the possibility of the destruction of evidence, particularly evidence in relation to bloodstains, was a real one and had to be addressed”. I do not agree with this characterization of the circumstances. According to James A. Fontana (*The Law of Search and Seizure in Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 786-89), exigent circumstances arise usually where immediate action is required for the safety of the police or to secure and protect evidence of a crime. With respect to safety concerns, in my view, it was not apparent that the safety of the police or the community was in such jeopardy that there were exigent circumstances in the present case. The situation was the same as in any case after a serious crime has been committed and the perpetrator has not been apprehended. In any event, even if they existed, safety concerns could not justify the warrantless entry into the trailer in the present case. A simple watch of the trailer in which the police were told the appellant was sleeping, not a warrantless entry, would have sufficiently addressed any safety concerns involving the appellant. With respect to concern about the potential destruction of evidence, at the time the police entered the trailer, they had no knowledge of evidence that might be destroyed; at best, they had a suspicion that the appellant was involved in the murder. Simply because the hunch may have turned out to be justified does not legitimize the actions of the police at the time they entered the trailer. As I stated in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 29, “[i]t should not be forgotten that *ex post facto* justification of searches by their results is precisely what the *Hunter* standards were designed to prevent”.

situation n’ait été exceptionnelle. De toute évidence, ce n’était pas un cas de prise en chasse, et il n’y avait pas non plus, à mon sens, une situation d’urgence. Le juge Lambert a affirmé, au nom de la Cour d’appel à l’unanimité (à la p. 234), que [TRADUCTION] «la police faisait face à une situation qui pouvait être qualifiée de situation d’urgence, exigeant une réponse immédiate, et que, de plus, elle faisait face à une situation où il y avait un risque réel de destruction d’éléments de preuve, en particulier ceux concernant des taches de sang, à laquelle il fallait parer». Je ne suis pas d’accord avec sa qualification de la situation. Selon James A. Fontana (*The Law of Search and Seizure in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 786 à 789), il y a habituellement situation d’urgence quand une action immédiate est requise pour assurer la sécurité des policiers ou préserver des éléments de preuve concernant un crime. Quant aux craintes pour la sécurité, j’estime qu’il n’était pas évident que la sécurité des policiers ou de la collectivité était menacée au point d’engendrer une situation d’urgence en l’espèce. La situation était la même que dans tous les cas où un crime grave a été commis et où l’auteur n’a pas été appréhendé. De toute façon, même si elles existaient, des craintes pour la sécurité ne pouvaient pas justifier l’entrée sans mandat dans la remorque en l’espèce. Une simple surveillance de la remorque où, avait-on dit à la police, dormait l’appellant, au lieu d’une entrée sans mandat, aurait suffi pour dissiper toute crainte pour la sécurité qu’il pouvait poser. Quant à la crainte de destruction d’éléments de preuve, au moment où ils sont entrés dans la remorque, les policiers ignoraient la présence d’éléments de preuve susceptibles d’être détruits; tout au plus, ils soupçonnaient que l’appellant était impliqué dans le meurtre. Le simple fait que leur intuition puisse s’être révélée juste n’exuse pas les actes que les policiers ont accomplis en entrant dans la remorque. Comme je l’ai affirmé dans *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, à la p. 29, «[i]l ne faut pas oublier que la justification après coup des fouilles et perquisitions par leurs résultats est précisément ce que les critères énoncés dans l’arrêt *Hunter* visaient à éviter».

53

The circumstances surrounding the police entry into the trailer were similar to those following any serious crime: a dangerous person is on the loose and there is a risk that he or she will attempt to destroy evidence linking him or her to the crime. To define these as exigent circumstances is to invite such a characterization of every period after a serious crime. In my view, exigent circumstances did not exist when the police entered the trailer. Consequently, even if there is an exception to the warrant requirement in exigent circumstances generally, rather than only in hot pursuit, which I refrain from deciding in the present case, the forcible entry in this case required a warrant. Given that the police had not obtained a warrant, the arrest was illegal.

The Constitutionality of the Initial Search of the Trailer

54

*Hunter* held that, under s. 8 of the *Charter*, there is a presumption that warrantless searches of premises where the occupant has a reasonable expectation of privacy is unreasonable; the onus is on the party who performed the search to prove its reasonableness. *Collins, supra*, outlined three requirements for a search to be reasonable: (a) the search must be authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search is carried out must be reasonable. In the specific case of arrest, *Cloutier, supra*, held that searches incidental to a lawful arrest may comply with s. 8. In the present case, however, the search was performed without a warrant or any other legal authority, and was not incidental to a lawful arrest. The arrest was unlawful both because the requirements for a warrantless arrest under s. 495 of the *Code* were not met, and, in any event, the police cannot make warrantless arrests in private dwellings unless exceptional circumstances, which were not present here, exist. Consequently, the entry into the trailer and the search and seizure of the appellant's clothing violated s. 8 of the *Charter*. The other evidence, the shoes, the cash and the cigarettes, was obtained under a search warrant the following day. I will return below to the question

Les circonstances entourant l'entrée des policiers dans la remorque étaient semblables à la situation qui suit tout crime grave: un individu dangereux est en liberté et il y a un risque qu'il tente de détruire les éléments de preuve qui le relient au crime. Qualifier cela de situation d'urgence c'est inviter à le faire au sujet de chaque moment qui suit un crime grave. À mon avis, la situation n'était pas urgente lorsque les policiers sont entrés dans la remorque. Par conséquent, même si l'exigence du mandat souffre une exception dans les situations d'urgence en général, et non pas uniquement dans le cas d'une prise en chasse, ce que je m'abstiens de décider en l'espèce, l'entrée par la force exigeait un mandat dans la présente affaire. Étant donné que la police n'avait pas obtenu de mandat, l'arrestation était illégale.

La constitutionnalité de la perquisition initiale dans la remorque

Il a été décidé dans *Hunter* qu'en vertu de l'art. 8 de la *Charte* il est présumé que les perquisitions sans mandat dans des lieux où l'occupant a une attente raisonnable en matière de vie privée sont abusives; il incombe à la partie qui a fait la perquisition de prouver qu'elle était raisonnable. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a énoncé les trois conditions pour qu'une perquisition ne soit pas abusive: a) elle doit être autorisée par la loi, b) la loi elle-même ne doit rien avoir d'abusif, et c) la perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Dans le cas précis d'une arrestation, il a été décidé, dans l'arrêt *Cloutier*, précité, que les fouilles ou perquisitions accessoires à une arrestation légale peuvent être conformes à l'art. 8. En l'espèce, toutefois, la perquisition a été effectuée sans mandat ni aucune autre autorisation légale, et n'était pas accessoire à une arrestation légale. L'arrestation était illégale à la fois parce que les conditions pour effectuer une arrestation sans mandat en vertu de l'art. 495 du *Code* n'étaient pas remplies, et parce que, de toute façon, les policiers ne peuvent procéder à des arrestations sans mandat dans une maison privée que dans des circonstances exceptionnelles, qui n'existaient pas ici. Par conséquent, l'entrée dans la remorque et la

of whether this search and seizure violated the *Charter*.

### Section 10(b)

Section 10(b) states that, “[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.” With respect to the informational component of a proper s. 10(b) caution, *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, held that the detainee must be informed of the applicable duty counsel and legal aid systems available in the jurisdiction. *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, and *Bartle, supra*, further held that the detainee must be informed of any opportunity to access immediate, free legal advice, such as the existence of a 1-800 telephone number.

The requirement that a person be informed of his or her s. 10(b) rights begins upon detention or arrest. According to *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, detention under s. 10 of the *Charter* occurs when a peace officer assumes control over the movement of a person by a demand or direction. In the case at bar, upon entering the trailer with gun drawn, the police officer shook the appellant’s leg and told him to get out of bed. I agree with the appellant that detention began once the officer touched the appellant’s leg and ordered him to rise. The appellant was not given any caution at this time. Only after the appellant had been escorted to the light, where the bloodstains were seen, and was placed under arrest was any information regarding counsel provided. In my view, the appellant had his s. 10(b) rights violated at the time of his initial detention.

fouille et la saisie du vêtement de l’appelant violaient l’art. 8 de la *Charte*. Les autres éléments de preuve, les chaussures, l’argent et les cigarettes, ont été obtenus en vertu d’un mandat de perquisition le jour suivant. Je reviendrai à la question de savoir si ces fouille et saisie violaient la *Charte*.

### L’alinéa 10b)

L’alinéa 10b) prévoit que «[c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention [. . .] d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit.» En ce qui concerne l’aspect informationnel d’une bonne mise en garde fondée sur cet alinéa, il a été décidé, dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, que la personne détenue doit être informée de la possibilité de recourir à l’aide juridique et à un avocat de garde dans le ressort en cause. Dans les arrêts *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, et *Bartle*, précité, la Cour a également décidé que la personne détenue doit être informée de la possibilité d’obtenir gratuitement et immédiatement des conseils juridiques, notamment de l’existence d’un numéro 1-800.

L’exigence qu’une personne soit informée des droits que lui garantit l’al. 10b) s’applique dès sa mise en détention ou en état d’arrestation. Selon l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, il y a détention au sens de l’art. 10 de la *Charte* lorsqu’un agent de la paix restreint la liberté d’action d’une personne au moyen d’une sommation ou d’un ordre. En l’espèce, après être entré dans la remorque, pistolet à la main, le policier a secoué la jambe de l’appelant et lui a dit de sortir du lit. Je suis d’accord avec l’appelant pour dire qu’il y a eu détention dès que le policier lui a touché la jambe et lui a ordonné de se lever. L’appelant n’a reçu aucune mise en garde à ce moment-là. Ce n’est qu’après avoir été accompagné à un endroit éclairé où les éclaboussures de sang ont été aperçues, et avoir été mis en état d’arrestation, qu’il a reçu des renseignements concernant le recours à un avocat. À mon avis, les droits garantis à l’appelant par l’al. 10b) ont été violés au moment de sa détention initiale.

57

Moreover, the majority in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, stated at pp. 1241-43 that:

... [section] 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform the detainee of his rights. First, the police must provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The detainee is in the control of the police and he cannot exercise his right to counsel unless the police provide him with a reasonable opportunity to do so.

Further, s. 10(b) imposes on the police the duty to cease questioning or otherwise attempting to elicit evidence from the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. The purpose of the right to counsel is to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights.

In the case at bar, the appellant was not given adequate opportunity to secure counsel. He was not given access to a telephone before being questioned; the police gave him the caution in the trailer, where no telephone existed. The police simply asked him whether he understood his rights, to which he replied, "Of course, do you think I am illiterate?", or words to that effect, and then proceeded to ask him questions about the blood on his shirt and his shoes. The appellant's s. 10(b) rights were violated by these police actions.

58

While the trial judge found a violation of the appellant's s. 10(b) rights only after he had been taken to the Williams Lake detachment, in my view these rights were violated from the moment of detention forward. The appellant was not cautioned in any way when he was first detained, and the caution that was eventually given did not satisfy the informational requirements of s. 10(b). Furthermore, the appellant was not given an adequate opportunity to consult with counsel before being questioned. For these reasons, in my view, the statements taken in the trailer (the appellant

En outre, dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, la Cour à la majorité affirme, aux pp. 1241 à 1243:

... [l'alinéa] 10b) impose au moins deux obligations aux policiers, en plus de celle d'informer le détenu de ses droits. D'abord, le policier doit donner au détenu une possibilité raisonnable d'exercer son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le détenu est sous le contrôle de la police et il ne peut exercer son droit de recourir à un avocat que si elle lui donne une possibilité raisonnable de le faire.

De plus, l'al. 10b) impose aux policiers l'obligation de cesser d'interroger ou de tenter autrement de soutirer des éléments de preuve du détenu tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits.

En l'espèce, l'appelant n'a pas eu de possibilité suffisante de recourir à un avocat. Il n'a pas eu accès à un téléphone avant d'être interrogé; le policier lui a fait la mise en garde dans la remorque, où il n'y avait pas de téléphone. Il lui a simplement demandé s'il comprenait ses droits, ce à quoi il a répondu quelque chose du genre [TRADUCTION] «Bien sûr, pensez-vous que je suis illettré?», puis le policier lui a posé des questions au sujet du sang sur sa chemise et ses chaussures. Les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) ont été violés par ces agissements policiers.

Bien que le juge du procès ait conclu que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) n'ont été violés qu'après qu'il eut été conduit au détachement de Williams Lake, j'estime que ses droits ont été violés à partir de sa mise en détention. L'appelant n'a reçu aucune mise en garde lorsqu'il a été détenu pour la première fois, et celle qu'il a fini par recevoir ne satisfaisait pas aux exigences de l'al. 10b) en matière d'information. De plus, il n'a pas eu de possibilité suffisante de consulter un avocat avant d'être interrogé. Pour ces motifs, je suis d'avis que les déclarations obtenues dans la

claimed that he had been hit in the face with a baseball the previous day and stated that he only owned one pair of shoes) were taken in violation of the *Charter*.

#### Section 8 and the Search with the Warrant

After the initial search of the trailer and during the detention of the appellant, the police obtained a search warrant of the trailer, swearing an information that they believed they would find \$300 in cash, Sportsman cigarettes, and the appellant's shoes. They then found and seized these items in the trailer. According to *Kokesch, supra*, and *Grant, supra*, the police cannot constitutionally rely upon a search warrant issued on the basis of information obtained as the result of prior *Charter* violations. In *Kokesch*, a warrant was issued on the basis of information obtained in an earlier unconstitutional, warrantless perimeter search; the search under the warrant was held to be in violation of s. 8. In the case at bar, the police obtained a warrant on the basis of the initial search of the trailer (the shirt and shoes), the initial interview (the shoes) and the later interview at Williams Lake (the cash under the mattress). As I have outlined above, in my view the police came to know about these items as the result of violations of ss. 8 and 10(b) of the *Charter* and would not have had grounds for a warrant supporting the second search without the violations. Consequently, the search and seizure under the warrant also violated s. 8. It would be artificial to distinguish the constitutionality of the second search from that of the initial entry into the trailer.

#### Section 8 and the Fingerprints

After he was taken to the Williams Lake detachment, the appellant was fingerprinted. The fingerprints matched prints found on the deceased's refrigerator and on an empty beer can in the

remorque (l'appelant a affirmé qu'il avait reçu une balle de base-ball au visage la veille et qu'il ne possédait qu'une paire de chaussures) ont été obtenues en violation de la *Charte*.

#### L'article 8 et la perquisition effectuée en vertu d'un mandat

Après la perquisition initiale dans la remorque et pendant la détention de l'appelant, les policiers ont obtenu un mandat les autorisant à perquisitionner dans la remorque, sur la foi d'une dénonciation sous serment dans laquelle ils ont affirmé qu'ils croyaient pouvoir y trouver une somme de 300 \$ en espèces, des cigarettes Sportsman et les chaussures de l'appelant. Puis, ils ont découvert et saisi ces articles dans la remorque. Selon les arrêts *Kokesch* et *Grant*, précités, la Constitution interdit à la police de se fonder sur un mandat de perquisition décerné sur la foi de renseignements obtenus grâce à des violations préalables de la *Charte*. Dans *Kokesch*, un mandat avait été décerné sur la foi de renseignements obtenus antérieurement lors d'une perquisition périphérique inconstitutionnelle effectuée sans mandat; il a été décidé que la perquisition effectuée en vertu du mandat contrevenait à l'art. 8. En l'espèce, la police a obtenu un mandat sur la foi de la perquisition initiale dans la remorque (la chemise et les chaussures), de l'interrogatoire initial (les chaussures) et de l'interrogatoire effectué par la suite à Williams Lake (l'argent sous le matelas). Comme je l'ai déjà souligné, j'estime que la police a découvert l'existence de ces articles par suite de la violation de l'art. 8 et de l'al. 10b) de la *Charte*, et que, sans ces violations, elle n'aurait eu aucune raison d'obtenir un mandat l'autorisant à procéder à la seconde perquisition. En conséquence, la perquisition et la saisie effectuées en vertu du mandat ont-elles aussi violé l'art. 8. Toute distinction entre la constitutionnalité de la seconde perquisition et celle de l'entrée initiale dans la remorque serait factice.

#### L'article 8 et les empreintes digitales

Après avoir été amené au détachement de Williams Lake, l'appelant a été soumis à la prise d'empreintes digitales. Celles-ci correspondaient à celles prélevées sur le réfrigérateur de la victime et

deceased's truck. *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, held that fingerprinting as an incident to a lawful arrest did not violate the *Charter*. In the present case, however, the arrest was unlawful and involved a variety of *Charter* breaches. Compelling the accused to provide fingerprints in the present context was, in my view, a violation of s. 8 of the *Charter*, involving as it did a search and seizure related to the appellant's body, about which, at least in the absence of an lawful arrest, there is clearly a high expectation of privacy. I should add that procedures that are taken incidental to and following an unlawful arrest, which impinge on the reasonable expectation of privacy of the arrestee, will generally constitute a breach of s. 8. Where, however, the arrest is unlawful by reason of a technicality, the product of the search may be admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

#### Section 24(2)

61 Having found *Charter* breaches in the gathering of much of the evidence, it remains to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2). The evidence to consider in the s. 24(2) analysis is comprised of the bloody shirt, the initial statements given in the trailer that the appellant had been bloodied at a baseball game the previous evening and that he owned only one pair of shoes, the shoes themselves, the Sportsman cigarettes, the cash under the mattress and the fingerprints taken at Williams Lake. The inculpatory statements the appellant made at Williams Lake virtually admitting guilt, and the breathalyser sample also taken at Williams Lake, were excluded by the trial judge and these rulings are not before this Court.

#### *Trial Fairness*

62 *Collins, supra*, stated that the first set of factors to be considered under s. 24(2) pertains to the fairness of the trial. The majority in *R. v. Stillman*,

sur une canette de bière vide trouvée dans le camion de la victime. Il a été décidé dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, que la prise d'empreintes digitales accessoire à une arrestation légale ne violait pas la *Charte*. En l'espèce, toutefois, l'arrestation était illégale et comportait diverses violations de la *Charte*. Obliger l'accusé à fournir des empreintes digitales dans le présent contexte violait, à mon sens, l'art. 8 de la *Charte*, du fait que cela impliquait une fouille et une saisie relatives au corps de l'appelant, à l'égard duquel, tout au moins quand l'arrestation n'est pas légale, les attentes en matière de vie privée sont nettement élevées. J'ajouterais que les procédures accessoires et consécutives à une arrestation illégale, qui empiètent sur les attentes raisonnables en matière de vie privée qu'a la personne arrêtée, violent généralement l'art. 8. Toutefois, si l'arrestation est illégale à cause d'un vice de procédure, le fruit de la fouille ou perquisition peut être admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

#### Le paragraphe 24(2)

Après avoir conclu que des violations de la *Charte* ont été commises en recueillant une grande partie de la preuve, il reste à déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve conformément au par. 24(2). Les éléments de preuve à examiner dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 24(2) sont la chemise tachée de sang, les premières déclarations faites dans la remorque selon lesquelles l'appelant s'était retrouvé ensanglanté la veille lors d'un match de base-ball, et n'avait qu'une seule paire de chaussures, les chaussures elles-mêmes, les cigarettes Sportsman, l'argent sous le matelas et les empreintes digitales prises à Williams Lake. Les déclarations inculpatrices que l'appelant a faites à Williams Lake, qui constituaient pratiquement un aveu de culpabilité, et l'échantillon d'haleine également prélevé à Williams Lake ont été écartés par le juge du procès et cette décision n'est pas en cause devant nous.

#### *L'équité du procès*

Dans l'arrêt *Collins*, précité, la Cour a dit que le premier groupe de facteurs à examiner en vertu du par. 24(2) se rapporte à l'équité du procès. Notre

[1997] 1 S.C.R. 607, building on *Collins* and more recent authorities, refined and clarified the trial fairness aspect of the *Collins* test. Cory J. provided a helpful summary of trial fairness analysis at para. 119:

1. Classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the evidence is non-conscriptive, its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.
2. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.
3. If the evidence is found to be conscriptive and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. [Emphasis in original.]

Thus, the first step in the trial fairness analysis is to consider whether the particular evidence is conscriptive or non-conscriptive. In defining non-conscriptive evidence, Cory J. stated at para. 75:

If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence (i.e., the evidence existed independently of the *Charter* breach in a form

Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, s'est fondée sur *Collins* et d'autres arrêts plus récents pour préciser et clarifier l'aspect «équité du procès» du critère de l'arrêt *Collins*. Le juge Cory fait un résumé utile de l'analyse concernant l'équité du procès, au par. 119:

1. Qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si la preuve est une preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.
2. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.
3. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Toutefois, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. [Souligné dans l'original.]

La première étape de l'analyse concernant l'équité du procès consiste donc à déterminer si la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. En définissant la preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, le juge Cory affirme, au par. 75:

Si l'accusé n'a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve (en ce sens que la preuve existait indépendamment de la violation de la

useable by the state), the evidence will be classified as non-conscriptive.

In defining conscriptive evidence, Cory J. stated at para. 80:

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples.

64 Characterizing the evidence in the case at bar, the first step in the trial fairness inquiry, I conclude that the bloody shirt is non-conscriptive, and thus its admission does not go to trial fairness. The bloody shirt existed in a form useable by the state independent of any actions by the state. Moreover, with respect to the bloody shirt, the appellant was not compelled to incriminate himself by means of a statement, the use of the body, or the production of bodily samples. While the appellant was asked to step into the light in order better to see him, equally the police could have simply turned on a light or inspected the shirt closely in order to examine it. The taking of the shirt did not involve the use of the appellant's body or bodily samples in a manner that rendered the evidence conscriptive; his body was not integral to the taking of the bloody shirt and thus the shirt is not conscriptive.

65 On the other hand, the statements obtained by the police in the trailer in violation of the appellant's s. 10(b) rights are clearly conscriptive evidence. By not informing the appellant of his immediate right to counsel, the police in effect compelled the statements, which statements are paradigmatic self-incriminating evidence. Having found the statements conscriptive, the next question set out in *Stillman* is whether alternative legal means to obtain the conscriptive evidence existed. As the Crown did not attempt to prove that the

*Charte* sous une forme utilisable par l'État), la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

En définissant la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, le juge Cory dit, au par. 80:

La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles.

Pour qualifier la preuve en l'espèce, soit la première étape de l'analyse concernant l'équité du procès, je conclus que la chemise tachée de sang n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que, par conséquent, son utilisation ne compromet pas l'équité du procès. Elle existait sous une forme utilisable par l'État indépendamment des actes de ce dernier. De plus, eu égard à la chemise tachée de sang, l'appellant n'a pas été forcé de s'incriminer lui-même au moyen d'une déclaration ou de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles. Bien qu'on ait demandé à l'appellant de se placer dans un endroit éclairé afin de mieux le voir, la police aurait pu simplement allumer la lumière ou examiner la chemise de près. La saisie de la chemise n'a pas impliqué l'utilisation du corps de l'appellant ou de ses substances corporelles d'une manière qui a fait de la preuve une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même; son corps ne faisait pas partie intégrante de la saisie de la chemise tachée de sang, qui ne constituait donc pas une preuve obtenue en mobilisant l'appellant contre lui-même.

En revanche, les déclarations obtenues par la police dans la remorque en violation des droits garantis à l'appellant par l'al. 10b) constituent nettement une preuve obtenue en mobilisant l'appellant contre lui-même. En n'informant pas l'appellant de son droit de consulter immédiatement un avocat, la police l'a effectivement forcé à faire les déclarations en cause, lesquelles sont un exemple de preuve auto-incriminante. Une fois qu'il a été établi que les déclarations constituent une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, il

statements would have been made even in the absence of a violation of s. 10(b) (see *Harper, supra*, where such proof was tendered), I conclude that the statements were conscriptive and would not have been obtained without breaching the *Charter*. Thus, following the *Stillman* analysis, the statements were not “discoverable”. The admission of the statements therefore would affect the fairness of the trial. Given that no exceptional circumstances exist in this case, the admission of the conscriptive, non-discoverable statements would render the trial unfair; thus the statements are inadmissible under s. 24(2).

The shoes were observed by the police during the initial unconstitutional search of the trailer. The shoes were later seized in a search which I have concluded violated s. 8. The shoes are clearly non-conscriptive evidence, given that they are not compelled statements or bodily samples, and did not involve the use of the appellant’s body. The admission of the shoes would thus not affect trial fairness.

The cigarettes were also observed by the police in the initial unconstitutional search of the trailer. Later, the appellant, in the inadmissible statements given at Williams Lake, told the police that he had stolen both cash and cigarettes from Boyle. While the cigarettes, like the shoes, are facially non-conscriptive, *Stillman*, following on earlier cases such as *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, confirmed that evidence may be considered conscriptive if it was found as the result of other conscriptive evidence, typically a statement. A characterization of such evidence as conscriptive, “derivative evidence” is appropriate where the initial conscriptive evidence is a necessary cause of the obtention of the derivative evidence. In the present case, the statements given to the police at

faut ensuite décider, selon l’arrêt *Stillman*, s’il existait d’autres moyens légaux d’obtenir cette preuve. Comme le ministère public n’a pas tenté de prouver que les déclarations auraient été faites même en l’absence de violation de l’al. 10b) (voir *Harper*, précité, où une telle preuve a été présentée), je conclus que les déclarations constituent une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même et qu’elles n’auraient pas été obtenues sans la violation de la *Charte*. En conséquence, selon l’analyse faite dans *Stillman*, ces déclarations n’auraient pas «pu être découvertes». Leur utilisation compromettrait donc l’équité du procès. Vu l’absence de circonstances exceptionnelles en l’espèce, l’admission des déclarations obtenues en mobilisant l’accusé contre lui-même, qui ne pouvaient pas être découvertes, rendrait le procès inéquitable; en conséquence, les déclarations sont inadmissibles en vertu du par. 24(2).

Les chaussures ont été observées par la police durant la perquisition initiale inconstitutionnelle dans la remorque. Elles ont ensuite été saisies au cours d’une perquisition qui, selon ce que j’ai conclu, violait l’art. 8. Il est clair qu’elles ne constituent pas une preuve obtenue en mobilisant l’appellant contre lui-même, étant donné que ce ne sont pas des déclarations forcées ni des substances corporelles, et qu’elles n’ont pas impliqué l’utilisation du corps de l’appellant. L’utilisation en preuve des chaussures ne nuirait donc pas à l’équité du procès.

Les cigarettes ont également été observées par la police lors de la perquisition initiale inconstitutionnelle dans la remorque. Par la suite, dans les déclarations inadmissibles qu’il a faites à Williams Lake, l’appellant a dit à la police qu’il avait volé de l’argent et des cigarettes à Boyle. Quoique, à l’instar des chaussures, les cigarettes ne constituent pas à première vue une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, l’arrêt *Stillman*, appliquant des arrêts antérieurs comme *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, a confirmé qu’une preuve peut être considérée comme obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, si elle a été découverte grâce à une autre preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, qui consiste habituellement en une déclaration. Il convient de

66

67

Williams Lake did not indicate the location of the cigarettes; thus the statements could not even have been a sufficient cause for obtaining the cigarettes. While the statements might, if admissible, have added evidentiary significance to the cigarettes, the statements were not related to the discovery and seizure of the evidence; thus the cigarettes are not conscriptive, derivative evidence. Their admission would not affect trial fairness.

qualifier une telle preuve de «preuve dérivée» obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, si la preuve obtenue initialement de l'accusé en le mobilisant contre lui-même est la cause nécessaire de l'obtention de la preuve dérivée. En l'espèce, les déclarations faites à la police à Williams Lake n'indiquaient pas où se trouvaient les cigarettes, de sorte qu'elles n'auraient même pas pu être une cause suffisante d'obtention des cigarettes. Même si elles avaient pu, si elles avaient été admissibles, augmenter la valeur probante des cigarettes, les déclarations en cause n'étaient pas liées à la découverte et à la saisie des éléments de preuve; les cigarettes ne constituent donc pas une preuve dérivée obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Leur utilisation ne nuirait pas à l'équité du procès.

68

Also in making a conscriptive statement at Williams Lake, the appellant told police that he had stolen cash and had hidden it under his mattress. In the second unconstitutional search of the trailer, the police seized the cash. Like the cigarettes and the shoes, the cash is facially non-conscriptive evidence. Unlike the statement about the cigarettes, however, the conscriptive statement at Williams Lake about the cash was a sufficient cause for obtaining the cash, stating as it did the location of the cash. However, in my view, the statement was not a necessary cause of the taking of the cash. The police clearly intended to search the trailer again and I am satisfied would have done so even in the absence of the statement as to the location of the money. In conducting a second search, in my view they would have located the cash under the mattress. Given that the conscriptive statement was not a necessary cause of the taking of the money, the money was not conscriptive, derivative evidence. In this respect, this situation is similar to *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

De même, en faisant une déclaration obtenue en le mobilisant contre lui-même à Williams Lake, l'appelant a dit à la police qu'il avait volé de l'argent et l'avait caché sous son matelas. Au cours de la seconde perquisition inconstitutionnelle dans la remorque, la police a trouvé cet argent. À l'instar des cigarettes et des chaussures, l'argent découvert n'est pas à première vue une preuve obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même. Toutefois, contrairement à la déclaration concernant les cigarettes, la déclaration faite à Williams Lake au sujet de cet argent par suite de la mobilisation de l'appelant contre lui-même était une cause suffisante de son obtention, vu qu'elle indiquait où il se trouvait. J'estime cependant, que, la déclaration n'était pas une cause nécessaire de la saisie de l'argent. La police avait clairement l'intention de fouiller la remorque à nouveau et je suis convaincu qu'elle l'aurait fait même en l'absence de la déclaration indiquant où se trouvait l'argent. Je suis d'avis qu'en effectuant une deuxième perquisition elle aurait trouvé l'argent caché sous le matelas. Vu que la déclaration obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même n'était pas une cause nécessaire de la saisie de la somme, l'argent ne constituait pas une preuve dérivée obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même. À cet égard, la présente situation est semblable à celle de l'affaire *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

It is important to note the distinction between the test for characterizing evidence as conscriptive, derivative evidence and the test for determining whether conscriptive evidence is discoverable. Discoverability is concerned with whether a *Charter* breach was necessary to the discovery and obtaining of conscriptive evidence. If the conscriptive evidence would have been obtained even if the *Charter* had not been breached, the evidence is discoverable and its admission, despite the conscription of the accused, would not affect trial fairness. In determining discoverability, therefore, the alternative means to obtain the evidence must comply with the *Charter*.

The derivative evidence inquiry, on the other hand, is directed at determining whether a piece of evidence should be viewed as having a conscriptive nature because of its intimate relationship with other conscriptive evidence. Evidence is derivative evidence if it would not have been obtained but for the conscriptive evidence. In analyzing this question, it is not relevant whether the means by which the evidence would have been discovered in the absence of the conscription were constitutional. The inquiry is directed at whether evidence should be treated as a product of the accused's mind or body for the purposes of s. 24(2), which treatment does not depend on the constitutionality of the alternative means of discovery. Thus, in the present case, to conclude that the cash is not derivative evidence, it is sufficient to conclude that the police would have discovered the cash even if the conscripted statement at Williams Lake had not been made. It is irrelevant for the purpose of the derivative evidence inquiry that the police would have found the evidence by unconstitutional means such as the second search. Given the probable, although unconstitutional, discovery of the cash even if the conscripted statement had not been made, the cash was not conceptually a product of the appellant's mind or body. The cash, therefore, should be treated not as derivative evidence, but as non-conscriptive evidence; its admission would

Il importe de souligner la distinction entre le critère applicable pour qualifier la preuve de preuve dérivée obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, et celui applicable pour déterminer si la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même pouvait être découverte. Pour déterminer s'il était possible de découvrir un élément de preuve, il faut se demander si une violation de la *Charte* était nécessaire pour découvrir et saisir une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Si la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même avait été obtenue même sans la violation de la *Charte*, sa découverte était possible et son utilisation, malgré la mobilisation de l'accusé contre lui-même, ne nuirait pas à l'équité du procès. Lorsqu'il s'agit de décider de la possibilité de découvrir la preuve, les autres moyens d'obtenir la preuve doivent respecter la *Charte*.

Par contre, l'examen concernant la preuve dérivée vise à déterminer si un élément de preuve devrait être perçu comme tenant d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même en raison de son lien étroit avec d'autres éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. La preuve dérivée est celle qui n'aurait pas été obtenue n'eût été la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Pour analyser cette question, il n'importe pas que les moyens qui auraient permis de découvrir la preuve, sans la mobilisation de l'accusé contre lui-même, aient été conformes à la Constitution. Il s'agit de décider si la preuve devrait être considérée comme étant le produit de l'esprit ou du corps de l'accusé aux fins du par. 24(2), ce qui ne dépend pas de la constitutionnalité des autres moyens de la découvrir. Ainsi, pour décider en l'espèce que l'argent n'est pas une preuve dérivée, il suffit de conclure que la police l'aurait découvert même en l'absence de la déclaration obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même à Williams Lake. Il n'importe pas, aux fins de l'examen relatif à la preuve dérivée, que la police aurait découvert la preuve par des moyens inconstitutionnels comme la seconde perquisition. Vu que la découverte de l'argent aurait été probable, quoique inconstitutionnelle, même si la déclaration obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même n'avait pas été faite, l'argent n'était pas, en

not affect trial fairness. I note, of course, that the unconstitutionality of the second search is a factor to be considered under other branches of the *Collins* test.

71 The fingerprints, as stated above, were taken in violation of the *Charter*. Moreover, they were conscriptive evidence — the appellant was compelled to provide evidence from his body, his fingerprints, which incriminated him. The police would not have obtained this evidence without violating the appellant's *Charter* rights as they did not have reasonable and probable grounds to arrest him. The fingerprints were not discoverable. The fingerprints were conscriptive, non-discoverable evidence whose admission, given the absence of exceptional circumstances, would render the trial unfair. Consequently, the fingerprints are inadmissible.

72 Summarizing the trial fairness analysis, the bloody shirt, the shoes, the cigarettes and the money were not conscriptive evidence and thus their admission would not affect trial fairness; the statements in the trailer, as well as those at the Williams Lake detachment, and the fingerprints were conscriptive and were not discoverable, thus their admission would affect trial fairness. The statements and the fingerprints are inadmissible. The other evidence which does not affect trial fairness must be analyzed in light of the second and third branches. Analyses under these branches of the *Collins* test may require exclusion of the evidence.

théorie, un produit de l'esprit ou du corps de l'appelant. L'argent devrait donc être considéré non pas comme une preuve dérivée, mais plutôt comme une preuve non obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même; son utilisation ne nuirait pas à l'équité du procès. Je souligne naturellement que l'inconstitutionnalité de la seconde perquisition est un facteur à prendre en considération selon d'autres volets du critère de l'arrêt *Collins*.

Comme nous l'avons déjà vu, les empreintes digitales ont été prises en violation de la *Charte*. De plus, elles constituaient une preuve obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même — celui-ci a été forcé de fournir des éléments de preuve provenant de son corps, à savoir ses empreintes digitales, qui l'incriminaient. La police n'aurait pas obtenu cette preuve sans violer les droits garantis à l'appelant par la *Charte*, étant donné qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables et probables de l'arrêter. Les empreintes digitales ne pouvaient pas être découvertes. Il s'agissait d'une preuve non susceptible d'être découverte qui avait été obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même, et dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable vu l'absence de circonstances exceptionnelles. En conséquence, les empreintes digitales sont inadmissibles en preuve.

Pour résumer l'analyse concernant l'équité du procès, la chemise tachée de sang, les chaussures, les cigarettes et l'argent n'étaient pas des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même, et leur utilisation ne nuirait donc pas à l'équité du procès; les déclarations dans la remorque, comme celles faites au détachement de Williams Lake, de même que les empreintes digitales avaient été obtenues en mobilisant l'appelant contre lui-même et n'auraient pas pu être découvertes, par conséquent leur utilisation nuirait à l'équité du procès. Les déclarations et les empreintes digitales sont inadmissibles en preuve. Les autres éléments de preuve qui ne compromettent pas l'équité du procès doivent être analysés en fonction des deuxième et troisième volets. Les analyses fondées sur ces volets du critère de l'arrêt *Collins* peuvent commander l'exclusion des éléments de preuve.

*Seriousness of the Violation*

The violations were, in my view, very serious in the present case. One of the *indicia* of seriousness is whether the violations were undertaken in good faith: see *Therens, supra*, at p. 652; *Collins, supra*, at p. 285. One indication of bad faith is that the *Charter* violation was undertaken without any lawful authority. In *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, for example, the Court held that a search in violation of well-known common law principles was performed in bad faith. In the instant case, the police did not even have subjective belief in reasonable and probable grounds for the appellant's arrest prior to their warrantless, forced entry into his dwelling house where he was sleeping. Aside from the impact of the *Charter* on the requirements for warrantless arrests in dwelling houses, the absence of subjective belief in reasonable grounds indicated that the police could not have lawfully arrested the appellant under s. 495 of the *Code* even had he been in a public place. That they flagrantly disobeyed the law of warrantless arrests in dwelling houses as set out in *Landry* certainly renders the more serious the violation which directly led to the taking of the bloody shirt, and indirectly led to the taking of the shoes, cigarettes and money.

The trial judge found that the breach in searching the trailer "was not deliberate, wilful or flagrant and that if it occurred, it was committed in good faith". In my view, the following passage from the majority in *Kokesch, supra*, at p. 32, is instructive in the present case:

The police must be taken to be aware of this Court's judgments in *Eccles* and *Colet*, and the circumscription of police powers that those judgments represent.

Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in "good faith", as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence.

*La gravité de la violation*

À mon avis, les violations commises en l'espèce étaient très graves. La question de savoir si les violations ont été commises de bonne foi est un indice de gravité: voir *Therens*, précité, à la p. 652; *Collins*, précité, à la p. 285. Le fait que la violation de la *Charte* a été commise sans autorisation légale est un indice de mauvaise foi. Dans *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, par exemple, la Cour a décidé qu'une perquisition était faite de mauvaise foi si elle était effectuée en violation de principes de common law bien connus. En l'espèce, la police ne croyait même pas subjectivement qu'il y avait des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant avant d'entrer par la force, sans mandat, dans la maison où il dormait. Outre l'incidence de la *Charte* sur les conditions requises pour effectuer des arrestations sans mandat dans une maison d'habitation, l'absence de croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables indiquait que la police n'aurait pas pu arrêter l'appellant légalement en vertu de l'art. 495 du *Code*, même s'il s'était trouvé dans un lieu public. Le fait que les policiers ont violé de manière flagrante le droit relatif aux arrestations sans mandat dans une maison d'habitation, énoncé dans l'arrêt *Landry*, accentue certainement la gravité de la violation qui a conduit directement à la saisie de la chemise tachée de sang et, indirectement, à celle des chaussures, des cigarettes et de l'argent.

Le juge du procès a conclu que la violation commise en perquisitionnant dans la remorque [TRA-DUCTION] «n'était pas délibérée, volontaire ou flagrante et, si tant est qu'elle ait été commise, elle l'a été de bonne foi». À mon avis, l'extrait suivant des motifs de la majorité dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 32, est intéressant en l'espèce:

La police est censée être au courant des arrêts *Eccles* et *Colet* de notre Cour et de la restriction des pouvoirs policiers qui découle de ces jugements.

Ou bien les policiers savaient que c'était une intrusion, ou bien ils auraient dû le savoir. Dans l'un ou l'autre cas, on ne peut pas dire qu'ils ont agi «de bonne foi», au sens où on l'entend dans la jurisprudence fondée sur le par. 24(2).

In the present case, the police did not have subjective grounds to arrest, and thus the requirements for a warrantless arrest in a dwelling house set out in *Landry* were not met. Indeed, the statutory requirements to make a warrantless arrest in any location were not met. In these circumstances, as in *Kokesch*, the police either knew they were trespassing, or they ought to have known. The police could not be held to have acted in good faith and the trial judge erred in this respect.

75 The respondent submits that the seriousness of the violation is mitigated by the fact that if the grounds for arrest fell short of reasonable and probable grounds, they did not fall far short. I disagree that this is a mitigating factor. As discussed above, Sgt. Madrigga himself did not believe that there were reasonable grounds to arrest the appellant. In my view, the absence of a subjective belief that a necessary element of a lawful entry and arrest was present is a strong suggestion of bad faith.

76 The respondent argued that the evidence of the bloody shirt would have been discovered in any event, stating in its factum: "The police could have waited outside the trailer until the appellant eventually came out. At that time they would have observed the bloodstains on him, unless he had destroyed that evidence." The respondent assumes that the appellant would walk out in broad daylight with bloodstains on his shirt. In my view, this suggestion is unrealistic. Moreover, the appellant need not have destroyed the evidence on the shirt in order to avoid displaying it in public, but simply could have stored the shirt in the trailer. In any event, the availability of alternative constitutional means to discover the shirt does not mitigate the seriousness of the violation even if such means did exist. As Lamer J. (as he then was) stated in *Collins*, *supra*, at p. 285, "the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* vio-

Dans la présente affaire, la police n'avait pas de motifs d'arrestation subjectifs et, en conséquence, les conditions pour effectuer une arrestation sans mandat dans une maison d'habitation, énoncées dans l'arrêt *Landry*, n'étaient pas remplies. En fait, les conditions établies par la loi pour effectuer une arrestation sans mandat dans quelque lieu que ce soit n'étaient pas remplies. Dans ces circonstances, comme dans *Kokesch*, les policiers savaient ou auraient dû savoir qu'ils commettaient une intrusion. Il n'était pas possible de conclure qu'ils avaient agi de bonne foi et le juge du procès a commis une erreur à cet égard.

L'intimée soutient que la gravité de la violation est atténuée par le fait que, si les motifs d'arrestation n'étaient pas raisonnables et probables, ils n'étaient pas loin de l'être. Je ne suis pas d'accord pour dire qu'il s'agit d'un facteur atténuant. Comme nous l'avons vu, le sergent Madrigga lui-même ne croyait pas qu'il y avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant. À mon avis, l'absence de croyance subjective à l'existence d'une condition nécessaire pour effectuer une entrée et une arrestation légales laisse fortement entendre qu'il y a eu mauvaise foi.

L'intimée a fait valoir que la preuve constituée de la chemise tachée de sang aurait été découverte de toute façon, affirmant dans son mémoire: [TRADUCTION] «La police aurait pu attendre à l'extérieur de la remorque que l'appelant en sorte. Lorsqu'il serait sorti, elle aurait pu observer la présence des taches de sang sur lui, sauf s'il avait détruit ces éléments de preuve.» L'intimée présume que l'appelant serait sorti en plein jour, la chemise maculée de sang. À mon avis, ce n'est pas réaliste. De plus, l'appelant n'aurait pas eu besoin de détruire les éléments de preuve présents sur sa chemise pour éviter de les montrer en public, mais aurait pu simplement ranger la chemise dans la remorque. De toute façon, l'existence d'autres moyens constitutionnels de découvrir la chemise n'atténue pas la gravité de la violation même si de tels moyens existaient effectivement. Comme l'affirme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 285, «l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait

lation more serious". If other techniques were indeed available, it is demonstrative of bad faith and is particularly serious that the police chose to violate the appellant's rights.

A conclusion that the violations were serious is reinforced by the fact that they involved the unconstitutional entry of the appellant's dwelling house. The sanctity of the home has been recognized time and again by courts at least since *Semayne's Case, supra*. The police in the present case did not have sufficient grounds either to arrest the appellant, or to obtain a search warrant, yet they forcibly entered the sleeping appellant's one-room dwelling with guns drawn, shook him awake and began questioning him. Such behaviour is antithetical to the privacy interests protected by the *Charter* and cannot be condoned. I note that the respondent suggested that the police did not know the trailer was a dwelling house, but this is clearly contradicted by the evidence that Spurn had told police that the appellant was living on land he owned and that Russell had told police that the appellant was sleeping in the trailer.

The respondent argued that the seriousness of the intrusion into the dwelling house is mitigated by Sgt. Madrigga's belief that the owner of the trailer had given his tacit consent to enter the trailer. In my view, this submission is unacceptable. First, the owner of the trailer did not consent to the search, but rather did not object when the police stated that they were going to "check it out" at the trailer. An inference of consent to a warrantless, forcible entry from Russell's silence is dubious. However, even accepting that Russell had consented, this would not have justified the search nor should it mitigate the seriousness of the violation entailed by the search. *Hunter, supra*, was clear that an ownership interest is unnecessary in invoking s. 8; what is required is a reasonable expectation of privacy. It would be inconsistent with this emphasis on the expectation of privacy to mitigate the seriousness of the violation based on the consent of the owner of the premises rather

pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*». S'il existait effectivement d'autres techniques, cela démontre qu'il y avait mauvaise foi, et le fait que la police a choisi de violer les droits de l'appelant est particulièrement grave.

Le fait que les violations ont comporté l'entrée inconstitutionnelle dans la maison de l'appelant renforce la conclusion qu'elles étaient graves. L'inviolabilité du foyer a été reconnue à maintes reprises par les tribunaux, au moins depuis l'affaire *Semayne*, précitée. Les policiers n'avaient pas, en l'espèce, de motifs suffisants pour arrêter l'appelant ni pour obtenir un mandat de perquisition, et pourtant ils sont entrés par la force, pistolet à la main, dans le studio où dormait l'appelant, l'ont réveillé en le secouant et ont commencé à l'interroger. Ce comportement est incompatible avec les droits à la vie privée garantis par la *Charte* et ne saurait être toléré. Je remarque que l'intimée a laissé entendre que les policiers ignoraient que la remorque était une maison d'habitation, ce que vient toutefois clairement contredire la preuve que Spurn avait informé la police que l'appelant vivait sur sa propriété, et que Russell avait dit à la police que l'appelant dormait dans la remorque.

L'intimée a prétendu que la gravité de l'intrusion dans la maison d'habitation est atténuée par la croyance du sergent Madrigga que le propriétaire de la remorque avait consenti tacitement à ce qu'on y entre. À mon avis, cet argument est inacceptable. Premièrement, le propriétaire de la remorque n'a pas consenti à la perquisition, mais s'est plutôt abstenu de s'opposer quand les policiers ont dit qu'ils allaient [TRADUCTION] «jeter un coup d'œil» à la remorque. Il est douteux que l'on puisse déduire du silence de Russell l'existence d'un consentement à une entrée sans mandat par la force. Toutefois, même en admettant que Russell a consenti, cela n'aurait pas justifié la perquisition et ne devrait pas non plus atténuer la gravité de la violation qu'elle a entraînée. Dans l'arrêt *Hunter*, précité, on précise clairement que, pour invoquer l'art. 8, il n'est pas nécessaire de posséder un droit de propriété; ce qui est requis, c'est une attente raisonnable en matière de vie privée. Il serait incom-

77

78

than the person with the profound expectation of privacy associated with his dwelling house.

79 The respondent also argued that there were exigent circumstances in this case, which, according to *Silveira, supra*, may be a relevant consideration in a s. 24(2) analysis. As discussed above, in my view exigent circumstances did not exist in this case any more than they would exist in any situation following a serious crime. After any crime is committed, the possibility that evidence might be destroyed is inevitably present. To tend to admit evidence because of the mitigating effect of such allegedly exigent circumstances would invite the admission of all evidence obtained soon after the commission of a crime. In my view, however, there were no exigent circumstances in this case that mitigated the seriousness of the *Charter* breach. This is not to say that there may not be exigent circumstances arising out of matters other than the recent commission of the offence that serve to mitigate the seriousness of the breach.

80 In summary, the violations in the instant case that were associated with the gathering of the shirt, shoes, cigarettes and money were serious. The police flagrantly disregarded the appellant's privacy rights and moreover showed little regard for his s. 10(b) rights. Indeed, while such misconduct was not directly responsible for the gathering of the shirt, shoes, cigarettes and money, the fact that the appellant did not speak with a lawyer for two days following his detention, yet the police did not cease in their efforts to gather evidence from him, indicates the lack of respect for the appellant's rights displayed by the police. In light of this pattern of disregard for the rights of the appellant, in my view the obtention of the shirt, shoes, cigarettes and money was associated with very serious *Charter* violations.

patible avec cette insistance sur les attentes en matière de vie privée d'atténuer la gravité de la violation en fonction du consentement du propriétaire des lieux, plutôt que de celui de la personne qui a des attentes profondes en matière de vie privée relativement à sa maison d'habitation.

L'intimée a également fait valoir qu'il y avait, en l'espèce, une situation d'urgence qui, selon *Silveira*, précité, peut être un facteur pertinent dans une analyse fondée sur le par. 24(2). Comme nous l'avons vu, j'estime que la situation n'était pas plus urgente en l'espèce qu'après la perpétration d'un crime grave. Après qu'un crime a été commis, il y a inévitablement un risque que des éléments de preuve soient détruits. La tendance à admettre des éléments de preuve à cause de l'effet atténuant de cette prétendue situation d'urgence constituerait une invitation à admettre tous les éléments de preuve obtenus peu après la perpétration d'un crime. J'estime, cependant, qu'il n'existait pas en l'espèce de situation d'urgence qui atténuait la gravité de la violation de la *Charte*. Cela ne revient pas à dire qu'il ne peut pas y avoir de situation d'urgence résultant de facteurs autres que la perpétration récente de l'infraction, qui contribue à atténuer la gravité de la violation commise.

En résumé, les violations que comportait, en l'espèce, la saisie de la chemise, des chaussures, des cigarettes et de l'argent étaient graves. La police a méprisé, de manière flagrante, les droits à la vie privée de l'appelant et, en outre, a fait peu de cas des droits que lui garantissait l'al. 10b). En fait, bien que cette inconduite ne soit pas directement à l'origine de la saisie de la chemise, des chaussures, des cigarettes et de l'argent, le fait que l'appelant ne s'est entretenu avec un avocat que deux jours après sa mise en détention, sans que les policiers n'aient cessé de tenter de lui soutirer des éléments de preuve, montre l'absence de respect des droits de l'appelant, dont a fait preuve la police. Vu ce mépris systématique des droits de l'appelant, je suis d'avis que l'obtention de la chemise, des chaussures, des cigarettes et de l'argent comportait de très graves violations de la *Charte*.

*Effect of Exclusion on the Repute of the Administration of Justice*

The admission of the conscriptive evidence, the statements and the fingerprints, would, as discussed above, impact on the fairness of the trial. Consequently, the repute of the administration of justice would be harmed by their admission and they are inadmissible. The other evidence, while not conscriptive, was obtained as the result of a very serious intrusion of the appellant's privacy rights. Moreover, the evidence was associated with serious violations of the appellant's s. 10(b) rights, indicating a pattern of disregard for the *Charter* by the police in the present case.

While the appellant stood accused of a very serious crime, in my view the following words of Iacobucci J. in *Burlingham, supra*, at p. 242, apply to the present case:

... we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused, but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

The serious disregard for the appellant's *Charter* rights in the case at bar suggests that the admission of the evidence would bring greater harm to the repute of the administration of justice than its exclusion. The shirt, shoes, cigarettes and money were inadmissible under s. 24(2), along with the statements and the fingerprints. If the exclusion of this evidence is likely to result in an acquittal of the accused as suggested by L'Heureux-Dubé J. in her reasons, then the Crown is deprived of a conviction based on illegally obtained evidence. Any price to society occasioned by the loss of such a

*Effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice*

Comme nous l'avons déjà vu, l'admission de la preuve obtenue en mobilisant l'appelant contre lui-même, des déclarations et des empreintes digitales compromettrait l'équité du procès. En conséquence, la considération dont jouit l'administration de la justice serait diminuée par l'utilisation de ces éléments de preuve, qui sont donc inadmissibles. Les autres éléments de preuve, quoiqu'ils n'aient pas été obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même, sont le fruit d'une très grave atteinte aux droits à la vie privée de l'appelant. De plus, l'obtention de ces éléments de preuve comportait de graves violations des droits garantis à l'appelant par l'al. 10b), qui traduisaient un mépris systématique de la *Charte* de la part des policiers en l'espèce.

Même si l'appelant était accusé d'un crime très grave, j'estime que les propos suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *Burlingham*, précité, à la p. 242, s'appliquent à la présente affaire:

... il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

Le grave mépris des droits garantis à l'appelant par la *Charte* en l'espèce porte à croire que l'utilisation de la preuve obtenue nuirait davantage à la considération dont jouit l'administration de la justice que leur exclusion. La chemise, les chaussures, les cigarettes et l'argent étaient inadmissibles en vertu du par. 24(2), tout comme les déclarations et les empreintes digitales. Si l'exclusion de cette preuve est susceptible d'entraîner l'acquiescement de l'accusé, comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs, le ministère public est privé d'une déclaration de culpabilité fondée sur une

81

82

83

conviction is fully justified in a free and democratic society which is governed by the rule of law.

#### *Conclusion on Section 24(2)*

84 As stated, in my view the statements, fingerprints, shirt, shoes and money are inadmissible under s. 24(2). The respondent pointed out that this Court has stated that appellate courts owe deference to lower courts on the question of the admissibility of evidence under s. 24(2): see, e.g., *Grant, supra*. In the case at bar, both the trial judge and the Court of Appeal held, as alternative holdings, that they would admit the evidence in question even if there had been breaches of the *Charter*. In my view, both the trial judge and the Court of Appeal erred in these alternative conclusions, and it is difficult to evaluate their reasoning since very little was said in this respect. The trial judge simply listed the factors set out in *Collins, supra*, with a brief conclusion on each point. The trial judge did not group the points into the three broad factors, nor did he set out his reasons for each conclusion. The Court of Appeal listed the *Collins* factors and stated its conclusion that, on balance, the evidence should be admitted. In my view, neither of these judgments should be afforded particular deference. First, neither the trial judge nor the Court of Appeal found a breach with respect to the taking of the evidence in question, which error in law likely influenced their alternative conclusion that the breaches, if they existed, were not serious. Second, as noted above, the trial judge erred in concluding that the police acted in good faith. Third, the reasons of the trial judge and the Court of Appeal were so brief and conclusionary that it is difficult to say whether other errors were made. In my view, pursuant to s. 24(2), the shirt, the state-

preuve illégalement obtenue. Tout coût social que la perte d'une telle déclaration de culpabilité est susceptible d'engendrer est pleinement justifié dans une société libre et démocratique régie par la primauté du droit.

#### *Conclusion concernant le paragraphe 24(2)*

Je répète que je suis d'avis que les déclarations, les empreintes digitales, la chemise, les chaussures et l'argent sont inadmissibles en vertu du par. 24(2). L'intimée a souligné que notre Cour a déclaré que les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers les tribunaux d'instance inférieure sur la question de l'admissibilité de la preuve sous le régime du par. 24(2): voir, par exemple, l'arrêt *Grant*, précité. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel ont tous les deux conclu subsidiairement qu'ils admettraient la preuve en question même s'il y avait eu des violations de la *Charte*. À mon avis, ils ont tous les deux commis une erreur en tirant ces conclusions subsidiaires et il est difficile d'évaluer leur raisonnement étant donné que peu de propos ont été tenus à cet égard. Le juge du procès a simplement énuméré les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité, en tirant une brève conclusion sur chaque point. Il n'a pas rassemblé les points dans les trois grandes catégories de facteurs et il n'a pas motivé non plus chacune de ses conclusions. La Cour d'appel a énuméré les facteurs de l'arrêt *Collins* et formulé sa conclusion que, tout compte fait, il y avait lieu d'utiliser la preuve. À mon avis, on ne devrait faire preuve d'aucune retenue particulière à l'égard de l'un ou l'autre de ces jugements. Premièrement, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu à l'existence d'une violation concernant la saisie des éléments de preuve en question, et cette erreur de droit a vraisemblablement influé sur leur conclusion subsidiaire que les violations, si tant est qu'elles aient existé, n'étaient pas graves. Deuxièmement, comme je l'ai déjà souligné, le juge du procès a conclu à tort que la police avait agi de bonne foi. Troisièmement, les motifs du juge du procès et de la Cour d'appel étaient si brefs et non étayés qu'il est difficile de dire si d'autres erreurs ont été commises. À mon avis, aux termes du par. 24(2), la chemise, les

ments, the shoes, the cigarettes, the cash and the fingerprints should not have been admitted.

### Conclusion and Disposition

The trial judge erred by failing to find a *Charter* breach with respect to the taking of the bloody shirt, the statements in the trailer, the shoes, the cigarettes and the fingerprints. Moreover, the evidence was inadmissible according to s. 24(2) of the *Charter*. I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The main issue raised in this appeal concerns the authority of the police to enter a private dwelling without a warrant in order to effect an arrest. I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka, but am unable to agree with his disposition of this case, or with many of his conclusions. Although Sopinka J. has set out the facts and judgments, the particular circumstances of this case are important to the ultimate decision I reach, and I will thus recount the salient facts in some detail and outline aspects of the judgments which I find of particular relevance to the issues.

#### I. Facts

Early on the morning of June 8, 1991, at around 8:20 a.m., 85-year-old Frank Boyle was found dead in his home, the victim of several vicious blows to the head from a blunt, metal instrument. The blows were apparently struck with such force that the pathologist called to give evidence testified that any one of them by itself could have caused death. The murder scene was covered with the deceased's blood which was spattered over the surrounding walls and furniture. The murder took

déclarations, les chaussures, les cigarettes, l'argent et les empreintes digitales n'auraient pas dû être admis en preuve.

### Conclusion et dispositif

Le juge du procès a commis une erreur en ne concluant pas que la *Charte* avait été violée en ce qui concernait l'obtention de la chemise tachée de sang, des déclarations faites dans la remorque, des chaussures, des cigarettes et des empreintes digitales. De plus, ces éléments de preuve étaient inadmissibles selon le par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La principale question que soulève ce pourvoi concerne les pouvoirs des policiers d'entrer sans mandat dans une maison privée pour y effectuer une arrestation. J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Sopinka, mais je ne puis être d'accord avec sa façon de trancher ce litige ni avec un bon nombre de ses conclusions. Bien qu'il ait exposé les faits et les jugements rendus, les circonstances particulières de la présente affaire sont importantes en vue de la conclusion à laquelle j'en arrive. En conséquence, je relaterai les faits saillants de façon assez détaillée et je signalerai les aspects des jugements que j'estime particulièrement pertinents en ce qui concerne les questions en litige.

#### I. Les faits

Tôt dans la matinée du 8 juin 1991, vers 8 h 20, Frank Boyle, qui était âgé de 85 ans, a été trouvé mort chez lui, victime de plusieurs coups violents qui lui avaient été portés à la tête à l'aide d'un objet contondant en métal. Les coups avaient apparemment été assénés avec une telle force que le pathologiste assigné à témoigner a déclaré que n'importe lequel d'entre eux aurait pu, à lui seul, causer la mort. Les lieux du crime étaient couverts du sang de la victime, qui avait éclaboussé les

85

86

87

place near the town of Likely, British Columbia, a small, isolated community with a population of roughly 300 people.

88

The nearest RCMP detachment was in Williams Lake, over one hour's drive from the Boyle residence. Among the first officers to arrive, at around 9:30 a.m., was Sergeant Madrigga, who took charge of the investigation. After examining the murder scene, the officers learned that the victim's red Datsun pickup truck had been found abandoned in a ditch, driven off the road that morning about half a kilometer west of the Boyle residence on Cedar Creek Road. The police attended there and were met by a resident of the area, Cindy Potter, who informed them that she had driven along that road near the victim's home earlier that morning. At that time, she noticed the appellant walking away from the scene of the truck accident toward his home. He had something in his hand which looked like a stick or a beer.

89

The police also spoke with Kelly Spurn, another resident of the area, who informed them that there had been a second accident at exactly the same spot earlier that morning. Spurn had been told by Dale Russell that the appellant, who lived on the property of his sister and Mr. Russell, had stolen a vehicle off Russell's property that morning and crashed it on the same spot as the pickup truck which was later discovered. Spurn examined the site and assumed that the two accidents were caused by the same person because "the skid marks were the same and it was crashed on the same side of the road". Neither resident believed Boyle had been driving his vehicle at the time of the crash as he was known to be a slow, extremely cautious driver. Spurn urged the police to speak with Russell who, he said, had some information about the crime. At this point, the police began to proceed on the assumption that whoever had stolen the victim's vehicle was likely to have been involved in the murder as well. Sgt. Madrigga also

murs et les meubles environnants. Le meurtre est survenu près du village de Likely, en Colombie-Britannique, une localité isolée d'à peu près 300 habitants.

Le détachement de la GRC le plus proche était situé à Williams Lake, à plus d'une heure de route de la résidence de Boyle. Le sergent Madrigga fut l'un des premiers policiers à arriver sur les lieux, vers 9 h 30, et il s'est chargé de l'enquête. Après avoir examiné les lieux du crime, les policiers ont appris que la camionnette rouge de marque Datsun de la victime avait été trouvée, ce matin-là, abandonnée dans un fossé longeant la route, à environ un demi-kilomètre à l'ouest de la résidence de Boyle sur le chemin Cedar Creek. Les policiers s'y sont rendus et ont rencontré une résidente du secteur, Cindy Potter, qui leur a dit qu'elle avait circulé sur cette route près de la maison de la victime plus tôt ce matin-là. Elle avait alors vu l'appellant s'éloigner à pied des lieux de l'accident et se diriger chez lui. Il avait à la main quelque chose qui ressemblait à un bâton ou à une bouteille de bière.

Les policiers ont également parlé avec Kelly Spurn, un autre résident du secteur, qui leur a déclaré qu'il y avait eu un deuxième accident exactement au même endroit plus tôt ce matin-là. Spurn avait appris de Dale Russell que, ce matin-là, l'appellant, qui vivait sur la propriété de sa sœur et de M. Russell, avait volé un véhicule qui se trouvait sur la propriété de Russell et avait eu un accident à l'endroit même où la camionnette avait été découverte plus tard. Spurn a examiné les lieux et a supposé que les deux accidents avaient été causés par la même personne parce que [TRADUCTION] «les traces de pneus étaient les mêmes et que l'accident avait eu lieu du même côté de la route». Ni l'un ni l'autre des résidents ne croyait que Boyle conduisait son véhicule au moment de l'accident, car il avait la réputation d'être un conducteur très prudent qui roulait lentement. Spurn a conseillé aux policiers de parler avec Russell qui, d'après lui, détenait certains renseignements au sujet du crime. Les policiers ont alors commencé à soupçonner que celui qui avait volé le véhicule de la victime pouvait aussi être impliqué dans le meurtre. Le sergent Madrigga croyait également que le meurtrier

suspected that the murderer would likely be covered in blood, given the severity of the crime.

When the police arrived at the property where the appellant was living, Russell confirmed that the appellant was staying with them as a guest. He added that earlier that morning the appellant had stolen a vehicle and crashed it into a telephone pole just down from Boyle's residence, in exactly the same spot as Boyle's truck was later found. After retrieving the vehicle, Russell returned home. Around 7:00 a.m. he saw the appellant return home and go to bed in a small storage trailer behind the house where he normally slept.

After receiving all this information, Sgt. Madrigga, accompanied by two other officers, went to the trailer, knocked on the door and yelled, "Police". There was no answer. With his gun drawn, but by his side, he opened the door and entered. He saw the appellant lying on a bunk at the back of the trailer, apparently asleep. Sgt. Madrigga walked into the trailer, shook the appellant's leg and said, "Wake up, police. I want to talk to you." The officer asked the appellant to step to the entrance because the trailer was dark and he could not see well. They moved toward the door, and the officer saw that the appellant's shirt was splattered with blood. Sgt. Madrigga then placed the appellant under arrest and advised another officer to read him his rights. The appellant acknowledged that he understood his rights.

Sgt. Madrigga then asked the appellant how he got the blood on him. He replied that he had been hit in the face by a baseball the previous day. The appellant had no marks on his face. The police removed the shirt the appellant was wearing and took him to the Williams Lake RCMP detachment. Nothing was seized from the trailer at that time. The police subsequently obtained a search warrant and retrieved a sum of money hidden under a mattress, a package of cigarettes, and the appellant's running shoes.

serait vraisemblablement couvert de sang, étant donné la violence du crime.

Lorsque les policiers sont arrivés là où demeurait l'appellant, Russell a confirmé que celui-ci était leur invité. Il a ajouté que, plus tôt ce matin-là, l'appellant avait volé un véhicule et percuté un poteau de téléphone non loin de la résidence de Boyle, à l'endroit exact où le camion de ce dernier a été trouvé plus tard. Après avoir récupéré le véhicule, Russell est retourné chez lui. Vers 7 h, il a vu l'appellant rentrer et aller se coucher dans une petite remorque d'entreposage derrière la maison, là où il dormait habituellement.

Muni de tous ces renseignements, le sergent Madrigga, accompagné de deux autres policiers, s'est rendu à la remorque, a frappé à la porte et a crié [TRADUCTION] «Police». Il n'a pas eu de réponse. Tenant à la main son pistolet pointé vers le sol, il a ouvert la porte et est entré. Il a vu l'appellant étendu sur un lit à l'arrière de la remorque, apparemment endormi. Le sergent Madrigga s'est approché de l'appellant, lui a secoué la jambe et a dit [TRADUCTION] «Réveille-toi, c'est la police. Je veux te parler.» Le policier a demandé à l'appellant de venir à l'entrée parce qu'il faisait sombre dans la remorque et qu'il ne pouvait pas bien voir. Ils se sont dirigés vers la porte, et le policier a constaté que la chemise de l'appellant était éclaboussée de sang. Le sergent Madrigga l'a alors mis en état d'arrestation et lui a fait lire ses droits par un autre policier. L'appellant a reconnu qu'il comprenait ses droits.

Le sergent Madrigga a ensuite demandé à l'appellant d'où provenait ce sang sur ses vêtements. Il a répondu qu'il avait reçu une balle de base-ball au visage la veille. Il ne portait aucune marque au visage. Les policiers ont retiré sa chemise à l'appellant et ont conduit ce dernier au détachement de la GRC à Williams Lake. Rien n'a été saisi dans la remorque à ce moment-là. Les policiers ont, par la suite, obtenu un mandat de perquisition et ont récupéré un montant d'argent caché sous un matelas, un paquet de cigarettes et les espadrilles de l'appellant.

90

91

92

93 Once at the police station, the appellant tried several times unsuccessfully to contact a lawyer. A few minutes later, the police administered a breathalyser test without telling the appellant he had any choice in the matter. His alcohol blood readings, taken 17 minutes apart, were .08 and .07.

94 That evening, despite the fact that he wished to speak with a lawyer and had not yet done so, the appellant was questioned. He eventually admitted striking Boyle, and stealing beer, money and cigarettes from his residence. The next morning, the appellant was fingerprinted and photographed and finally spoke with a lawyer.

## II. Judgments

### *Supreme Court of British Columbia*

95 During the course of a lengthy *voir dire*, the appellant challenged the admissibility of most of the evidence sought to be adduced against him, alleging violations of ss. 7, 8, 9 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Essentially, the appellant's position was that the initial entry into the trailer was an unlawful one as the police officers lacked any legal authority to enter. As such, it was an unreasonable search which contravened s. 8 of the *Charter*. The arrest which subsequently took place was an arbitrary one as it was not based on reasonable and probable grounds as required by law. The appellant argued that the officer who entered the trailer had only a mere suspicion that the appellant was involved in the crime, which was confirmed when he saw the bloody shirt. As for the statements, breathalyser results and fingerprints, these were the product of the appellant's not having been properly informed of his right to counsel and being prevented from exercising it. As a result, the appellant asked the court to exclude the evidence pursuant to s. 24(2) as admitting it would bring the administration of justice into disrepute.

96 Leggatt J. made several important findings of fact in making his ruling. At the outset, he stated

Une fois au poste de police, l'appelant a tenté en vain, à plusieurs reprises, de communiquer avec un avocat. Quelques minutes plus tard, les policiers ont fait subir à l'appelant un alcootest sans l'informer qu'il pouvait refuser de le subir. Les tests, pris à 17 minutes d'intervalle, indiquaient que son alcoolémie atteignait .08 et .07 respectivement.

Ce soir-là, l'appelant a été soumis à un interrogatoire malgré le fait qu'il souhaitait parler à un avocat et qu'il ne l'avait pas encore fait. Il a admis, par la suite, avoir frappé Boyle et volé de la bière, de l'argent et des cigarettes dans sa résidence. Le lendemain matin, on a pris des photos de l'appelant ainsi que ses empreintes digitales, et il a pu enfin parler à un avocat.

## II. Les jugements

### *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Au cours d'un long voir-dire, l'appelant a contesté l'admissibilité de la plupart des éléments de preuve qu'on tentait de présenter contre lui, alléguant qu'il y avait eu violation des art. 7, 8, 9 et de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant a essentiellement soutenu que l'entrée initiale des policiers dans la remorque était illégale, car ceux-ci n'avaient aucune autorisation légale en ce sens. Comme telle, la perquisition était donc abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'arrestation qui a eu lieu par la suite était arbitraire puisqu'elle n'était fondée sur aucun motif raisonnable et probable comme l'exige la loi. L'appelant a affirmé que le policier qui était entré dans la remorque ne faisait que le soupçonner d'être impliqué dans le crime, soupçon confirmé à la vue de la chemise tachée de sang. Quant aux déclarations, aux résultats de l'alcootest et aux empreintes digitales, étant donné qu'il n'avait pas été adéquatement informé de son droit de consulter un avocat et avait été empêché d'exercer ce droit, l'appelant a demandé au tribunal l'exclusion de ces éléments de preuve conformément au par. 24(2), leur utilisation étant susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Leggatt a tiré plusieurs conclusions de fait importantes en rendant sa décision. Il a

that “it [was] important to note that Likely is a small community of about 300 people”. He found that normally there tended to be very little traffic on Cedar Creek Road that early in the morning and it was therefore an unusual occurrence to see an accident and the appellant walking away from it at that time. Taking into consideration the totality of the circumstances, it was reasonable to assume that the appellant was a prime suspect in the murder. In addition, he found that the investigating officer “had to be concerned about the destruction of vital evidence” when he went to the trailer and that he was “in active pursuit of what had to be his prime suspect, not long after the alleged crime”. He also accepted the testimony of the investigating officer that a proper announcement was made before entry. Perhaps most importantly, he found that when Sgt. Madrigga entered the trailer, objectively, there were reasonable and probable grounds for the arrest of the appellant.

The trial judge found that both the entry and the subsequent arrest were lawful, concluding:

Given the surrounding circumstances I have outlined, the need to preserve evidence, the clear indication that the accused was a prime suspect, I believe the arrest took place in compliance with both the Criminal Code and the Charter. I rule the arrest is lawful.

The arrest being lawful, the action to seize the accused’s shirt was reasonable. That being the case the incidental search to the arrest was also lawful.

He subsequently went on to discuss s. 24(2), and found that in the event he was mistaken with regard to the arrest and entry, he would admit the evidence anyway, as to exclude it would bring the administration of justice into disrepute. Since the initial entry was ruled lawful, it also followed that the search warrant withstood scrutiny.

As for the statements, Leggatt J. found that the appellant’s initial response regarding why his shirt

d’abord dit qu’[TRADUCTION] «il [était] important de souligner que Likely est une petite localité d’environ 300 habitants». Il a conclu qu’il y avait habituellement très peu de circulation sur le chemin Cedar Creek aussi tôt le matin et qu’il aurait été surprenant d’y voir un accident et l’appelant s’éloigner des lieux à cette heure-là. Compte tenu de toutes les circonstances, il était raisonnable de supposer que l’appelant était le principal suspect du meurtre. De plus, il a conclu que le policier chargé de l’enquête [TRADUCTION] «devait se préoccuper de la destruction d’éléments de preuve essentiels» lorsqu’il s’est rendu à la remorque, et qu’il [TRADUCTION] «recherchait activement celui qui devait nécessairement être le principal suspect, peu après la perpétration du crime allégué». Le juge a également accepté le témoignage du policier chargé de l’enquête selon lequel une annonce régulière avait été faite avant d’entrer. Ce qui plus est peut-être plus important, il a trouvé que, lorsque le sergent Madrigga est entré dans la remorque, il existait, objectivement, des motifs raisonnables et probables d’arrêter l’appelant.

Le juge du procès a conclu que l’entrée dans la remorque et l’arrestation qui s’en est suivie étaient toutes deux légales: 97

[TRADUCTION] Vu les circonstances que j’ai décrites, la nécessité de préserver des éléments de preuve, l’indication claire que l’accusé était le principal suspect, je crois que l’arrestation a été faite conformément au Code criminel et à la Charte. J’estime que l’arrestation était légale.

Étant donné la légalité de l’arrestation, la saisie de la chemise de l’accusé n’était pas abusive. Cela étant, la perquisition accessoire à l’arrestation était également légale.

Il a analysé ensuite le par. 24(2) et a conclu que, dans le cas où il aurait commis une erreur au sujet de l’arrestation et de l’entrée dans les lieux, il admettrait la preuve de toute façon, car le fait de l’écarter serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Comme l’entrée initiale dans les lieux avait été jugée légale, il s’ensuivait que le mandat de perquisition résistait à l’examen.

Quant aux déclarations, le juge Leggatt a conclu que la réponse initiale de l’appelant relativement à 98

was covered with blood was made after the appellant had been properly informed of his rights under s. 10(b) of the *Charter* and thus, was admissible. He did find, however that both the breathalyser evidence and the statements made at the police station were obtained as a result of a breach of the right to counsel. Pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, this evidence was excluded. The rulings with respect to the statements at the police station and the breathalyser results were not disputed on appeal by the respondent, and are not at issue here.

99 After the impugned evidence was admitted, the appellant was found guilty by a jury of second degree murder.

*British Columbia Court of Appeal* (1995), 54 B.C.A.C. 228

100 A unanimous court dismissed the appeal. The court refrained from dealing individually with each of the alleged *Charter* breaches related to the entry of the trailer, as it found that even had the trial judge made an error on the resolution of these issues, the police conduct in question was justified by the existence of exigent circumstances. Lambert J.A. concluded at p. 234:

... in my opinion, the search of the premises constituted by the trailer was lawful within recognized additions to the rule that a search must be based on reasonable and probable grounds. Those additions are that reasonable and probable grounds may not be necessary where there is an emergency or where there are exigent circumstances or where the prevention of the destruction of evidence on an immediate basis is called for. It is therefore not necessary in this case to deal with any particular principle relating to articulable cause creating a basis for entry and search at a level less than reasonable and probable cause.

The same emergency and exigency and fear for the destruction of evidence also made lawful the detention of the appellant in his bed, if it was a detention, and the requirement that he move to the door of the trailer where his clothing and appearance could be seen.

la raison pour laquelle sa chemise était couverte de sang a été fournie après qu'il eut été informé adéquatement de ses droits en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, et qu'elle était donc admissible. Il a effectivement conclu, toutefois, que la preuve de l'alcootest et les déclarations faites au poste de police avaient été obtenues par suite de la violation de son droit à un avocat. Conformément au par. 24(2) de la *Charte*, cette preuve a été écartée. Les décisions rendues au sujet des déclarations faites au poste de police et des résultats d'alcootest n'ont pas été contestées en appel par l'intimée et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

Après l'admission de la preuve contestée, le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au deuxième degré.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1995), 54 B.C.A.C. 228

La cour a rejeté l'appel à l'unanimité. Elle s'est abstenue de traiter chacune des prétendues violations de la *Charte* liées à l'entrée dans la remorque, car elle a estimé que, même si le juge du procès avait commis une erreur en tranchant ces questions, la conduite policière en question était justifiée par l'existence d'une situation d'urgence. Le juge Lambert conclut, à la p. 234:

[TRADUCTION] ... à mon avis, la perquisition dans les lieux que constituait la remorque était légale au sens des ajouts reconnus à la règle voulant qu'une fouille ou perquisition soit fondée sur des motifs raisonnables et probables. Suivant ces ajouts, il se peut que l'existence de motifs raisonnables et probables ne soit pas nécessaire lorsqu'il y a urgence, lorsqu'il existe une situation d'urgence ou lorsqu'il faut empêcher la destruction d'éléments de preuve dans l'immédiat. Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce d'examiner un principe particulier relatif à une cause précise, qui soit moins qu'un motif raisonnable et probable, justifiant l'entrée et la perquisition.

Les mêmes urgence, situation d'urgence et crainte de destruction d'éléments de preuve rendaient également légales la détention de l'appelant dans son lit, s'il s'agissait bien d'une détention, et la demande qu'il se rende à la porte de la remorque où on pourrait voir ses vêtements et ce dont il avait l'air.

Continuing, Lambert J.A. said *inter alia*:

Quite separately, even if there could be said to have been a *Charter* breach or a number of *Charter* breaches lying in the police conduct before the arrest, it is my opinion that “having regard to all of the circumstances” (to use the words of s. 24(2) of the *Charter*) the admission of the evidence that was obtained by the police conduct and admitted by the trial judge was not such that its “admission . . . in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”.

Lambert J.A. went on to address s. 10(b) and concluded that the warning given to the accused was in compliance with the requirements mandated by the decision of this Court in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

### III. Analysis

The appellant’s position before this Court is that the police investigation included several violations of the *Charter*. During the course of their inquiries, the police are alleged to have breached ss. 7, 8, 9 and 10(b) of the *Charter*. Essentially, with the exception of the s. 10(b) argument, with which I propose to deal separately, the allegations focus upon the conduct of the police from the point they entered the trailer where the appellant was sleeping. According to the appellant, the police did not have reasonable and probable grounds to believe that he was the perpetrator of the crime, and thus the entry into the trailer was unlawful. As a result, the entry, along with the search that followed, contravened s. 8 of the *Charter*. The appellant also maintains that the arrest only occurred after the police officer confirmed his “hunch” by discovering new evidence, and thus violated ss. 7 and 9 of the *Charter*. Finally, the subsequent search of the trailer was performed on the basis of a search warrant obtained primarily on the strength of unconstitutionally obtained evidence and the resulting evidence should also be excluded.

As can be seen, all of these contentions are linked by a common focal point: they stand or fall on the strength of the appellant’s argument that the original entry by the police into the trailer was

Le juge Lambert ajoute notamment:

[TRADUCTION] Indépendamment de cela, même si on pouvait dire que la conduite des policiers avant l’arrestation avait comporté une ou plusieurs violations de la *Charte*, j’estime que, «eu égard aux circonstances» (pour utiliser les termes du par. 24(2) de la *Charte*), les éléments de preuve qui ont été obtenus grâce à la conduite des policiers et qui ont été admis par le juge du procès n’étaient pas tels que leur «utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice».

Le juge Lambert a ensuite étudié l’al. 10b) et conclu que la mise en garde donnée à l’accusé respectait les exigences imposées par l’arrêt de notre Cour *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

### III. Analyse

L’appelant soutient devant notre Cour qu’au cours de leur investigation, les policiers auraient violé les art. 7, 8, 9 et l’al. 10b) de la *Charte*. Essentiellement, à l’exception de l’argument fondé sur l’al. 10b), que je me propose de traiter séparément, ces allégations mettent l’accent sur la conduite des policiers à partir du moment où ils sont entrés dans la remorque où dormait l’appelant. Selon ce dernier, les policiers n’avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire qu’il était l’auteur du crime, et leur entrée dans la remorque était donc illégale. Par conséquent, l’entrée dans la remorque et la perquisition qui s’en est suivie contrevenaient à l’art. 8 de la *Charte*. L’appelant maintient également que l’arrestation est survenue seulement après que le policier eut confirmé son [TRADUCTION] «intuition» en découvrant de nouveaux éléments de preuve, et qu’il a donc violé les art. 7 et 9 de la *Charte*. Enfin, la perquisition subséquente de la remorque a été effectuée sur la base d’un mandat de perquisition obtenu principalement en vertu d’éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle, et les éléments de preuve qu’elle a permis d’obtenir devraient aussi être écartés.

Comme on peut le constater, ces allégations ont un point commun: elles reposent sur l’argument de l’appelant selon lequel l’entrée initiale des policiers dans la remorque était illégale. Après avoir

101

102

103

unlawful. The trial judge, after carefully weighing the evidence, determined that the police entered the trailer in order to arrest the appellant and were justified in so doing. In my view, this finding was a proper one, and this appeal therefore need not be resolved in the manner chosen by the Court of Appeal.

(A) *Section 8 of the Charter — The Initial Entry*

104 The appellant has contended that the initial entry by the police trespassed upon his right to privacy under s. 8 of the *Charter*. In analyzing a potential s. 8 breach, two inquiries must take place. The first is concerned with determining whether the police conduct, taking into account all of the circumstances, interfered with the reasonable expectations of privacy enjoyed by the appellant. If so, the second part of the s. 8 analysis relates to whether this interference was reasonable: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33.

105 The first inquiry is easily satisfied here. Notwithstanding the fact that he was not the owner of the trailer, the appellant clearly enjoyed a reasonable expectation of privacy there: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 158-59. The facts demonstrate that he was the usual occupant of the premises, paid rent to his sister, and thus, under normal circumstances had a right to be left alone.

106 The second inquiry raises more cause for concern. A warrantless entry such as the one in the case at hand is presumed to be unreasonable and in contravention of s. 8 of the *Charter*. The Crown can rebut this presumption, and demonstrate that the invasion of privacy was reasonable if:

- (a) the search was authorized by law;
- (b) the law authorizing the search was reasonable, and;
- (c) the manner in which the search was conducted was reasonable.

soigneusement examiné la preuve, le juge du procès a statué que les policiers étaient entrés dans la remorque en vue de procéder à l'arrestation de l'appelant et qu'ils étaient justifiés de le faire. À mon avis, cette conclusion est correcte, et il n'y a donc pas lieu de trancher le pourvoi comme l'a fait la Cour d'appel.

(A) *L'article 8 de la Charte — L'entrée initiale*

L'appelant a prétendu que l'entrée initiale des policiers dans la remorque a enfreint le droit à la vie privée que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Pour analyser s'il y a eu violation de l'art. 8, il faut se poser deux questions. Il faut d'abord se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, la conduite des policiers a empiété sur les attentes raisonnables de l'appelant en matière de respect de sa vie privée. Dans l'affirmative, la deuxième partie de l'analyse fondée sur l'art. 8 se rapporte à la question de savoir si cet empiétement était ou non raisonnable: *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au par. 33.

Il est facile de répondre à la première question en l'espèce. Il est évident que, même s'il n'était pas le propriétaire de la remorque, l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée à cet endroit: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 158 et 159. Il ressort des faits qu'il était l'occupant habituel des lieux, qu'il payait un loyer à sa sœur et que, par conséquent, dans des circonstances normales, il avait droit à sa tranquillité.

La deuxième question est plus problématique. Une entrée sans mandat dans les lieux, comme celle dont il est question en l'espèce, est présumée abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Le ministère public peut repousser cette présomption et démontrer que l'atteinte à la vie privée était raisonnable si:

- a) la perquisition était autorisée par la loi;
- b) la loi autorisant la perquisition n'a rien d'abusif;
- c) la perquisition n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

(See *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, and *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140.)

The respondent has argued that the entry in this instance was authorized by law as a valid exercise of the police arrest power. According to this theory, Sgt. Madrigga's entry into the trailer was justified on the basis of its being necessary to exercise his power of arrest without a warrant under s. 495(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In addition, reliance is placed upon the common law authority to enter a private residence for the purpose of arrest as described in the pre-*Charter* case of *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, and the post-*Charter* case of *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145 (although the offence was committed prior to the advent of the *Charter*).

My colleague Sopinka J. has concluded that the entry and subsequent search in the case at bar did, in fact, violate s. 8 of the *Charter*. He comes to this conclusion essentially for two reasons: (1) the entry did not comply with the common law and statutory requirements, and hence was not authorized by law and, (2) even assuming the entry was authorized by law, the common law as set out in *Landry, supra*, and *Eccles, supra*, cannot withstand *Charter* scrutiny. With respect, I am unable to agree with either of these conclusions. As will be seen, I am of the view that the officers did, in fact, comply with the legal requirements necessary to effect an arrest upon private premises, and that arrests of this kind maintain the appropriate balance between privacy and the need to enforce the law in the *Charter* era.

#### Was the Search Authorized by Law?

The *Code* provides for several situations where a police officer may arrest a suspect without a warrant. These are specifically enumerated in s. 495(1) which states:

(*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278, et *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140.)

L'intimée a soutenu que, dans le présent cas, l'entrée dans les lieux était autorisée par la loi, car il s'agissait d'un exercice valide du pouvoir d'arrestation dont sont investis les policiers. Selon cette théorie, l'entrée du sergent Madrigga dans la remorque était justifiée parce qu'elle était nécessaire pour qu'il puisse exercer le pouvoir de procéder à une arrestation sans mandat, pouvoir que lui confère le par. 495(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. De plus, l'intimée s'appuie sur le pouvoir de common law d'entrer dans une maison privée pour y procéder à une arrestation, lequel pouvoir est décrit dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, rendu avant l'adoption de la *Charte*, et dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145 (bien que l'infraction ait été commise avant l'adoption de la *Charte*), rendu après l'adoption de la *Charte*.

Mon collègue le juge Sopinka a conclu que l'entrée dans la remorque et la perquisition subséquente en l'espèce ont effectivement violé l'art. 8 de la *Charte*. Il en arrive à cette conclusion essentiellement pour les deux raisons suivantes: 1) l'entrée dans la remorque ne respectait pas les conditions établies par la common law et par la loi et n'était donc pas autorisée par la loi, et 2), même si on supposait que l'entrée dans la remorque était autorisée par la loi, la common law telle qu'énoncée dans les arrêts *Landry* et *Eccles*, précités, ne peut pas résister à un examen fondé sur la *Charte*. En toute déférence, je ne saurais être d'accord avec ni l'une ni l'autre de ces conclusions. Comme nous le verrons plus loin, je suis d'avis que les policiers ont effectivement respecté les conditions légales nécessaires pour effectuer une arrestation dans des lieux privés et que les arrestations de ce genre maintiennent l'équilibre approprié entre la vie privée et la nécessité d'appliquer la loi à l'ère de la *Charte*.

#### La perquisition était-elle autorisée par la loi?

Le *Code* prévoit plusieurs cas où un policier peut arrêter un suspect sans mandat. Ils sont énumérés précisément au par. 495(1):

107

108

109

495. (1) A peace officer may arrest without warrant

(a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;

(b) a person whom he finds committing a criminal offence; or

(c) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :

a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;

c) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduite à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

110 Aside from these requirements, however, the *Code* does not offer guidance as to exactly where an arrest can be effected. In the case at bar, the appellant's concern is that the arrest occurred in a private residence, where, it has been suggested, different rules apply as to exactly when the police may enter without the consent of the occupant.

À part ces conditions, cependant, le *Code* ne donne pas d'indications sur l'endroit exact où une arrestation peut être effectuée. Ce qui préoccupe ici l'appelant c'est que l'arrestation est survenue dans une résidence privée, où, a-t-on laissé entendre, des règles différentes s'appliquent quant aux circonstances exactes dans lesquelles les policiers peuvent entrer sans le consentement de l'occupant.

111 As Sopinka J. sets out, however, the power to arrest without warrant on private premises was confirmed at common law in the cases of *Eccles, supra* and *Landry, supra*. In *Landry*, Dickson C.J., at p. 165, set out four requirements necessary to effect a lawful arrest on private premises:

Toutefois, comme le mentionne le juge Sopinka, le pouvoir d'effectuer une arrestation sans mandat dans des lieux privés a été confirmé en common law dans les arrêts *Eccles* et *Landry*, précités. Dans l'arrêt *Landry*, le juge en chef Dickson énonce, à la p. 165, quatre conditions nécessaires pour procéder à une arrestation légale dans des lieux privés:

(1) The offence must be indictable.

1) Il doit s'agir d'un acte criminel.

(2) The person who is the subject of the arrest must have committed the offence in question, or the peace officer, on reasonable and probable grounds, must believe that the person has committed the offence.

2) La personne arrêtée doit avoir commis l'infraction en question, ou l'agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne a commis l'infraction.

(3) There must be reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises.

3) Il doit exister des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux.

(4) There must be a proper announcement before entry.

4) Il faut qu'une annonce régulière ait été faite avant d'entrer.

112 I agree with my colleague Sopinka J. that both criteria 1 and 3 were fulfilled in the case at bar. Therefore, the issues remaining to be resolved are whether the requisite reasonable and probable

Je suis d'accord avec mon collègue le juge Sopinka pour dire qu'on a satisfait aux premier et troisième critères en l'espèce. Par conséquent, il reste à déterminer si les motifs raisonnables et

grounds for arrest existed, and whether proper announcement was made prior to entry.

The police are never required to demonstrate that they possessed anything more than reasonable and probable grounds prior to making an arrest. It is not necessary to establish that proof of culpability exists beyond a reasonable doubt, or that there is even a *prima facie* case for conviction: *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at p. 250. In *Storrey*, this Court ruled that in order to arrest, the officer must have a subjective belief in these reasonable and probable grounds, and that this belief must be justifiable objectively as well.

The trial judge found that, objectively speaking, there were reasonable and probable grounds to arrest the appellant. In my view, he was justified in coming to that conclusion. A reasonable person with the officer's knowledge would have had little difficulty in believing that the appellant had committed the offence in question. The reasonable grounds could be based on the following:

- (a) the victim had been very recently murdered and his home ransacked;
- (b) the killing took place in a small community at a time when there would not be very many people moving around;
- (c) the victim's pickup truck was driven off the road one-half kilometer from his home at some time between 6:20 a.m. and 6:48 a.m.;
- (d) the circumstances of the accident made it apparent that the driver of the pickup was not the victim since he was known to be a very slow and cautious driver;
- (e) the garage where the pickup was normally kept was left open which, according to one witness, was rather unusual;
- (f) the reasonable inference from these facts that someone had stolen the victim's vehicle and that this person was also the one who had ransacked

probables requis pour effectuer une arrestation existaient vraiment et si une annonce régulière a été faite avant d'entrer.

Les policiers ne sont jamais tenus de démontrer autre chose que des motifs raisonnables et probables d'agir avant de procéder à une arrestation. Il n'est pas nécessaire d'établir que la preuve de la culpabilité existe hors de tout doute raisonnable ni même d'avoir une preuve *prima facie* pour justifier une déclaration de culpabilité: *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, à la p. 250. Dans l'arrêt *Storrey*, notre Cour a jugé que, pour effectuer une arrestation, le policier doit croire subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables et que cette croyance doit aussi pouvoir se justifier objectivement.

Le juge du procès a conclu que, objectivement parlant, il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant. À mon avis, il était justifié d'arriver à cette conclusion. Une personne raisonnable possédant les connaissances du policier aurait eu peu de difficulté à croire que l'appelant avait commis l'infraction en question. Les motifs raisonnables pouvaient se fonder sur les éléments suivants:

- a) la victime avait été tuée très récemment et sa résidence avait été saccagée;
- b) le meurtre avait eu lieu dans une petite localité à un moment où peu de gens y circulaient;
- c) la camionnette de la victime avait quitté la route à un demi-kilomètre de sa résidence à un moment quelconque entre 6 h 20 et 6 h 48;
- d) les circonstances de l'accident indiquaient manifestement que le conducteur de la camionnette n'était pas la victime, car celle-ci avait la réputation de conduire très lentement et très prudemment;
- e) le garage où la camionnette était remise ordinairement avait été laissé ouvert, ce qui, selon un témoin, était plutôt inhabituel;
- f) on pouvait raisonnablement déduire de ces faits que quelqu'un avait volé le véhicule de la victime et que cette personne était également

113

114

his home and killed him, or at least had been involved in the crime;

(g) a witness who saw the appellant walking along the road away from the scene of the accident toward his home;

(h) the fact that earlier the same morning, the appellant had stolen another vehicle and had driven it off the road in exactly the same spot;

(i) the statement of a resident of the community who had examined skid marks from both accidents and based on his knowledge of the circumstances of the first accident, believed that the appellant had also taken the victim's car.

celle qui avait saccagé la résidence de la victime et commis le meurtre, ou qui du moins avait été impliquée dans le crime;

g) un témoin avait vu l'appellant s'éloigner à pied des lieux de l'accident et se diriger chez lui;

h) le fait que, plus tôt durant la même matinée, l'appellant avait volé un autre véhicule et l'avait conduit en dehors de la route exactement au même endroit;

i) la déclaration d'un résident local qui avait examiné les traces de pneus laissées lors des deux accidents et qui, d'après sa connaissance des circonstances du premier accident, croyait que l'appellant avait également pris la voiture de la victime.

115 My colleague, at para. 36, has concluded that these facts, taken together, do not constitute sufficient reasonable and probable grounds, as all the police were aware of was the following:

The salient facts known to the police prior to their entry of the trailer are as follows: (a) it appeared that Boyle's truck had been stolen before being in an accident, and Cindy Potter claimed to have seen "Michael" walking near the site of the accident; (b) Kelly Spurn told police that he assumed the appellant had crashed Boyle's truck since the appellant had crashed earlier that morning in about the same place with a different truck; and (c) Dale Russell told police that the appellant came home around 7:00 a.m. after drinking all night and that the appellant had earlier crashed a vehicle at the spot where Boyle's truck was found. In my view, these facts did not constitute reasonable and probable grounds to arrest the appellant for the murder of Boyle. Whether or not the appellant had been involved in two similar truck accidents, or might have stolen Boyle's truck, does not raise reasonable and probable grounds to believe that he had murdered Boyle. This evidence may have pointed to the appellant as a suspect, but these facts without more do not justify an arrest.

Mon collègue a conclu, au par. 36, que ces faits, pris dans leur ensemble, ne constituent pas des motifs raisonnables et probables suffisants, car les seuls faits dont les policiers étaient au courant étaient les suivants:

Les faits saillants qu'ils connaissaient avant d'entrer dans la remorque sont les suivants: a) il semblait que le camion de Boyle avait été volé avant d'être accidenté, et Cindy Potter a prétendu avoir vu «Michael» marcher près du lieu de l'accident, b) Kelly Spurn a dit à la police qu'il supposait que l'appellant avait eu un accident avec le camion de Boyle étant donné qu'il avait eu un accident plus tôt le même matin à peu près au même endroit avec un autre camion, et c) Dale Russell a dit à la police que l'appellant était entré chez lui vers 7 h après avoir passé la nuit à boire et que l'appellant avait déjà eu un accident avec un véhicule à l'endroit où le camion de Boyle a été trouvé. Selon moi, ces faits ne constituaient pas des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant pour le meurtre de Boyle. La question de savoir si l'appellant avait été ou non impliqué dans deux accidents de camion semblables, ou s'il se pouvait qu'il ait volé le camion de Boyle ne suscite pas des motifs raisonnables et probables de croire qu'il a assassiné Boyle. Il se peut que ces éléments de preuve aient fait naître des soupçons sur l'appellant, mais ces faits ne justifient pas en soi une arrestation.

116 In my view, this approach, with respect, fails to take into account the combined effect of the facts in light of the particular context of this case. On the contrary, it would seem that my colleague has

J'estime, en toute déférence, que cette approche ne tient pas compte de l'incidence combinée des faits au regard du contexte particulier de la présente affaire. Il m'apparaît que mon collègue a

lifted these circumstances from where they occurred and instead, treated them as if they took place in a vacuum. Once the facts are returned to their proper setting, however, I believe a much different picture emerges.

As the trial judge recognized, this crime occurred in a very small community, at a time of day when there was not likely to be a lot of traffic on the road. For the appellant to be seen walking a short distance away from the scene of a motor vehicle accident involving the victim's car at that time of the morning, was, as three separate witnesses testified, an extremely unusual occurrence. While the mere fact of the appellant's being present at the scene of an accident involving the deceased's car might not be particularly probative in a city with thousands of people, it is extremely probative given the location, the time in which it occurred and the remote possibility, given the corroborating evidence to that effect, that someone else in the small community was the person who had driven the car off the road. I find it extremely significant that several officers as well as residents of the area all immediately came to the conclusion that it was the appellant who had taken the victim's car and driven it off the road. As one witness put it, "A led to B and C and we assumed that it was caused by him." In my view, it was a logical inference for the police to suppose that whoever had stolen the vehicle was also the person who had committed the murder. Once the police linked the appellant to the accident scene, it was obvious that he was the prime suspect.

In this regard, I note that our Court has previously discussed the different standards applicable to rural and urban settings in *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291. What may not reach the level of reasonable and probable grounds in one place may well in another. Here, the unusual circumstances of the offence that the officers were informed of should not be examined as if they occurred in downtown Vancouver. The trial judge demonstrated that he was sensitive to the nature of the

plutôt examiné ces circonstances hors de leur contexte et qu'il les a traitées comme si elles s'étaient passées dans un vacuum. Une fois ces faits replacés dans le contexte approprié, cependant, je crois qu'un tableau bien différent émerge.

Comme le juge du procès l'a reconnu, ce crime est survenu dans une très petite localité, à un moment de la journée où il n'y a vraisemblablement pas beaucoup de circulation sur la route. Le fait que l'appelant ait été vu en train de marcher près des lieux d'un accident de la circulation impliquant la voiture de la victime, à ce moment de la matinée, constituait, comme trois témoins distincts l'ont déclaré, un événement très inhabituel. Alors que le simple fait pour l'appelant de se trouver sur les lieux d'un accident impliquant la voiture de la victime pourrait ne pas être particulièrement probant dans une ville de plusieurs milliers d'habitants, il est extrêmement probant étant donné le lieu, le moment où il est survenu et la vague possibilité, étant donné la preuve corroborante en ce sens, que quelqu'un d'autre dans la petite localité fût la personne qui était sortie de la route avec la voiture. Je trouve qu'il est très significatif que plusieurs policiers et des résidents du secteur soient tous arrivés immédiatement à la conclusion que c'était l'appelant qui avait pris la voiture de la victime et était sorti de la route avec cette voiture. Selon les dires d'un témoin, [TRADUCTION] «A menait à B et à C et nous avons supposé qu'il avait été causé par lui.» À mon avis, il était logique que les policiers supposent que celui qui avait volé le véhicule était également la personne qui avait commis le meurtre. Une fois que les policiers eurent relié l'appelant au lieu de l'accident, il devenait évident qu'il était le suspect important.

À cet égard, je fais remarquer que notre Cour a déjà examiné les différentes normes applicables au milieu rural et au milieu urbain, dans l'arrêt *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291. Ce qui peut ne pas être des motifs raisonnables et probables à un endroit peut bien l'être ailleurs. En l'espèce, les circonstances inhabituelles de l'infraction dont les policiers ont été informés ne devraient pas être examinées comme si l'infraction avait été commise dans le centre-ville de Vancouver. Le juge du

117

118

information received and to the setting in which it was discovered. On the basis of these facts, I concur with his finding that there existed reasonable and probable grounds to conclude that it was the appellant who had committed the offence.

procès a montré qu'il tenait compte de la nature des renseignements obtenus et du contexte dans lequel ils ont été découverts. Compte tenu de ces faits, je suis d'accord avec sa conclusion qu'il existait des motifs raisonnables et probables de conclure que c'était l'appellant qui avait commis l'infraction.

119

This finding of objectively reasonable and probable grounds is not determinative, however. As aforementioned, a peace officer, before arresting without warrant, must possess a subjective belief that reasonable and probable grounds to arrest exist. The appellant has alleged that in the case at bar, this subjective belief was manifestly lacking. In support of his argument he has referred to Sgt. Madrigga's testimony on the *voir dire*, in which the officer responded to cross-examination as follows:

Cette conclusion quant à l'existence de motifs objectivement raisonnables et probables n'est toutefois pas déterminante. Ainsi que mentionné précédemment, un agent de la paix doit, avant d'effectuer une arrestation sans mandat, avoir une croyance subjective qu'il existe des motifs raisonnables et probables d'y procéder. L'appellant a soutenu qu'en l'espèce cette croyance subjective était manifestement inexistante. À l'appui de son argument, il s'est reporté au témoignage du sergent Madrigga lors du voir-dire, dans lequel le policier répond au contre-interrogatoire de la façon suivante:

[TRADUCTION]

Q Okay. Now at that point, the three of you were going to see Mr. Feeney?

Q D'accord. Maintenant à ce moment-là, vous alliez tous les trois voir M. Feeney?

A That's correct.

R C'est exact.

Q Because you wanted to question him about this, right?

Q Parce que vous vouliez l'interroger à ce sujet, n'est-ce pas?

A That's correct.

R C'est exact.

Q And at that point as you are going to the trailer, you would agree with me you had no intention of arresting Mr. Feeney?

Q Et à ce moment-là, quand vous vous dirigiez vers la remorque, n'aviez-vous pas l'intention d'arrêter M. Feeney?

A No, I just wanted to check what he had been doing.

R Non, je voulais juste vérifier ses allées et venues.

Q And, of course, you didn't have a warrant for his arrest?

Q Et, bien entendu, vous n'aviez pas de mandat vous autorisant à l'arrêter?

A No, I did not.

R Non, je n'en avais pas.

Q Because basically there wouldn't have been enough information to obtain a warrant?

Q Parce qu'essentiellement il n'y aurait pas eu assez de renseignements pour obtenir un mandat?

A That's correct.

R C'est exact.

A few minutes later, the following exchange occurred:

Quelques minutes plus tard, l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION]

Q And from the time you went into the trailer, there was no suggestion that you were going to let Mr. Feeney walk out of the trailer and go away?

Q Et à partir du moment où vous êtes entré dans la remorque, rien ne laissait croire que vous laisseriez M. Feeney sortir et s'en aller?

- A If I had no further evidence. If I had — when I went in and talked to him, if I had nothing to indicate that he was involved in this, I would — it was shaky if I would have had grounds for his arrest at that time, but I had to check it out because I had people ask or tell me that this person was in the area.
- Q All right, so let's see if we agree on something. At the time you went into the trailer, you didn't feel that you had grounds for his arrest, but when you saw the blood splatter on him after looking at him, that's why you said —
- A I had grounds to suspect he could have been involved, sir, and I would be negligent in my duty if I did not check that out.
- Q Oh, I'm not arguing that point, Sargent [*sic*]. But you didn't have grounds for an arrest?
- A Not for an arrest at that time.
- R Si je n'avais pas d'autre preuve. Si — quand je suis entré et je lui ai parlé, si rien ne m'indiquait qu'il était impliqué dans cela, je — n'étais pas très sûr d'avoir des motifs de l'arrêter à ce moment-là, mais je devais vérifier parce que des gens m'avaient demandé de le faire ou m'avaient dit que cet individu se trouvait dans les parages.
- Q Très bien, alors voyons si nous nous entendons sur quelque chose. Quand vous êtes entré dans la remorque, vous ne pensiez pas avoir des motifs de l'arrêter, mais quand vous avez aperçu les éclaboussures de sang sur lui après l'avoir regardé, c'est pourquoi vous avez dit —
- R J'avais des motifs de soupçonner qu'il pouvait avoir été impliqué, Monsieur, et il y aurait eu négligence de ma part si je n'avais pas vérifié cela.
- Q Ah mais je ne conteste pas cela, Sargent. Mais vous n'aviez pas de motifs de l'arrêter?
- R Pas pour l'arrêter à ce moment-là.

The appellant alleges that these paragraphs support the inference that Sgt. Madrigga, upon entering the trailer, did not have reasonable and probable grounds to arrest. In my view, these paragraphs must be viewed in context and cumulatively with all the evidence of the officer. Later on in Sgt. Madrigga's testimony, he said the following:

- Q On the other hand, what made you think you could walk in [to the trailer]?
- A Well, I had, in my mind, sir, I had, as far as I was concerned, I had a suspect. If he would have, as I stated, if he would have come out when I knocked on the door, then I wouldn't have gone in. However, I had two people stating he had been in the area. I had Dale telling me that a vehicle of his had been dumped basically in the same spot that Mr. Boyle's vehicle had been dumped a short time after, like Mr. [*sic*] or Dale had moved his vehicle and then this other vehicle was dumped there, puts Mr. Feeney right at the area. I have him walking away from the area a short while later. To me that gave me —
- Q Walking to his home?
- A Walking to his home, coming from, basically from the area. Now, in Likely there is not a lot of people walking on the streets maybe at night in Likely but
- L'appelant allègue que ces passages permettent de déduire que, lorsqu'il est entré dans la remorque, le sergent Madrigga n'avait pas de motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation. À mon avis, ces passages doivent s'interpréter dans leur contexte et en tenant compte du témoignage du policier dans son entier. Plus tard au cours de sa déposition, le sergent Madrigga a dit ceci:
- [TRADUCTION]
- Q Par ailleurs, qu'est-ce qui vous a fait croire que vous pouviez entrer [dans la remorque]?
- R Eh bien, j'avais, dans l'idée, Monsieur, que j'avais, quant à moi, j'avais un suspect. Si, comme je l'ai dit, il était sorti quand j'ai frappé à la porte, je ne serais pas entré. Cependant, deux personnes avaient dit qu'il était dans les parages. Dale m'avait dit qu'un de ses véhicules avait été abandonné pratiquement au même endroit où le véhicule de M. Boyle l'a été un peu plus tard, comme si M. (*sic*) ou Dale avait déplacé son véhicule, puis qu'un autre y avait été abandonné, ce qui fait que M. Feeney se trouvait justement là. Je sais qu'il s'était éloigné de là peu après. Quant à moi, cela constituait —
- Q Il se dirigeait vers chez lui?
- R Il se dirigeait vers chez lui et venait, en fait, des parages. Or, à Likely il n'y a pas beaucoup de gens dans les rues peut-être le soir à Likely sauf le matin,

in the morning, I policed this area for seven years and I'm not saying that it is not unusual but when the people first started moving, which Cindy Potter was going to work, and she drives that road quite regular and to her, it was unusual that this person was walking down there because that's why she mentioned it to us.

j'ai patrouillé ce secteur pendant sept ans et je ne dis pas que cela n'est pas inhabituel sauf quand les gens commençaient d'abord à circuler, comme Cindy Potter qui s'en allait travailler, et elle emprunte régulièrement cette route qui lui est familière, il était inhabituel que cette personne marche à cet endroit et c'est pourquoi elle nous en a fait part.

Q Let's get this plain. You had no permission from anybody to walk into that building? Permission, not somebody stopping you?

Q Parlons franchement. Vous n'aviez obtenu la permission de personne pour entrer dans cet édifice? Permission, pas quelqu'un qui vous a arrêté?

A No, not verbal permission as such but, yes, but then I felt a person who was involved in a crime was in that residence.

R Non, aucune permission verbale comme telle, mais, oui, mais je pensais alors qu'une personne impliquée dans un crime se trouvait dans cette résidence.

121 These passages in their totality give a much better impression of the arresting officer's state of mind leading up to the arrest. What they illustrate is an officer who knew that a suspect, someone involved in a crime, was inside the trailer. These responses demonstrate that, contrary to what some of the earlier passages might suggest, the officer did indeed possess the requisite reasonable and probable grounds to enter the house.

Ces passages pris dans leur ensemble donnent une bien meilleure impression de l'état d'esprit du policier qui a mené à l'arrestation. Ils montrent un policier qui savait qu'un suspect, c'est-à-dire quelqu'un d'impliqué dans un crime, se trouvait dans la remorque. Ces réponses indiquent que, contrairement à ce que certains passages précédents pourraient laisser supposer, le policier avait effectivement les motifs raisonnables et probables requis pour entrer dans la maison.

122 Of course, the phrase "reasonable and probable grounds" is not a term of everyday usage and when precisely that threshold is reached is open to some debate. A police officer seeking to apply this standard should not be held to the strict exactitude of a lawyer, or justice swearing out a warrant. Where, as here, a skillful cross-examination elicits the desired responses from an officer, it should not automatically be assumed that the officer lacked the required justification to effect an arrest. The statements of Macfarlane J.A. in *R. v. Grunwald*, [1991] B.C.J. No. 235, at pp. 19-20, are apposite:

Naturellement, l'expression «motifs raisonnables et probables» n'est pas d'un usage quotidien et la question de la détermination du seuil prête à la controverse. Le policier qui tente d'appliquer cette norme ne devrait pas être tenu à la stricte exactitude d'un avocat ou du juge de paix qui décerne un mandat. Lorsque, comme en l'espèce, un contre-interrogatoire habile permet d'obtenir d'un policier les réponses souhaitées, il ne faudrait pas présumer automatiquement que le policier n'était pas dûment justifié d'effectuer une arrestation. Les propos tenus par le juge Macfarlane, dans l'arrêt *R. c. Grunwald*, [1991] B.C.J. No. 235, aux pp. 19 et 20, sont ici appropriés:

In short, the appellant submits that the police had nothing but suspicion before the vehicle was searched, and that the appellant had the right to be left alone. Reference is made to the cross-examination of Constable McGowan who testified that he "was speculating" that a drug transaction had occurred between Cundict and the

[TRADUCTION] Bref, l'appellant soutient que les policiers n'avaient que des soupçons avant de fouiller le véhicule et que l'appellant avait le droit de ne pas être dérangé. Il est fait allusion au contre-interrogatoire de l'agent McGowan qui a témoigné qu'il «supposait» que Cundict et l'appellant avaient conclu une vente de

appellant and that "I believed there were narcotics in that blue bag and I wanted to confirm my suspicions".

Taken at face value, these words would support a conclusion that "he did not believe on reasonable grounds" but one must be careful when addressing a question of this kind of proceeding on the footing that police constables use words with the precision of a judge or a professor of classics. [Emphasis added.]

(See also: *R. v. Zastowny* (1992), 76 C.C.C. (3d) 492 (B.C.C.A.), at p. 499.)

I find further support for this conclusion in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Breton* (1994), 74 O.A.C. 99. In that case, a police officer was questioned on a *voir dire* as to whether he believed he possessed the requisite reasonable and probable grounds to obtain a search warrant. Under cross-examination, the officer testified that he "suspected" the accused was engaging in criminal behavior. After adopting *Grunwald, supra*, Morden A.C.J.O., at p. 106, went on to say that the officer "used the term 'suspected' to refer to persons whom he believed had committed an offence". Virtually identical language was used by the arresting officer in this case.

The existence of reasonable and probable grounds is a legal standard and is subject to interpretation. Furthermore, I believe that, at its core, reasonable and probable grounds is "a 'common-sense' concept which should incorporate the experience of the officer": Christopher Slobogin, "Testifying: Police Perjury and What to Do About It" (1996), 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037, at p. 1056. There are no absolute magic words necessary to define when this standard has been reached. As the United States Supreme Court stated in *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), at pp. 231-32:

... the central teaching of our decisions bearing on the probable-cause standard is that it is a "practical, non-technical conception." *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 176 ... (1949). "In dealing with probable cause, ... as the very name implies, we deal with probabilities. These are not technical; they are the fac-

drogue et qu'il «croyai[t] que le sac bleu contenait des stupéfiants et [qu'il] voulai[t] confirmer [s]es soupçons».

À première vue, ces propos permettraient de conclure qu'«il n'avait pas de motifs raisonnables de croire» mais on doit se garder, en abordant une question de ce genre, de supposer que les agents de police utilisent les mots avec la précision d'un juge ou d'un professeur de latin et de grec. [Je souligne.]

(Voir également: *R. c. Zastowny* (1992), 76 C.C.C. (3d) 492 (C.A.C.-B.), à la p. 499.)

J'estime que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Breton* (1994), 74 O.A.C. 99, appuie cette conclusion. Dans cette affaire, un policier a été interrogé, dans le cadre d'un *voir-dire*, pour savoir s'il croyait avoir les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat de perquisition. En contre-interrogatoire, le policier a témoigné qu'il [TRADUCTION] «soupçonnait» l'accusé de s'adonner à une activité criminelle. Après avoir adopté l'arrêt *Grunwald*, précité, le juge en chef adjoint Morden a ajouté, à la p. 106, que le policier [TRADUCTION] «utilisait le mot «soupçonner» en parlant des personnes qui, d'après ce qu'il croyait, avaient commis une infraction». Le policier qui a procédé à l'arrestation en l'espèce a utilisé un langage presque identique.

L'existence de motifs raisonnables et probables est une norme juridique et elle est susceptible d'interprétation. De plus, je crois que, fondamentalement, les motifs raisonnables et probables constituent [TRADUCTION] «une notion de «bon sens» qui devrait comprendre l'expérience du policier»: Christopher Slobogin, «Testifying: Police Perjury and What to Do About It» (1996), 67 *U. Colo. L. Rev.* 1037, à la p. 1056. Il n'y a pas de mots magiques absolus pour déterminer quand cette norme est respectée. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a déclaré dans *Illinois c. Gates*, 462 U.S. 213 (1983), aux pp. 231 et 232:

[TRADUCTION] ... le principal enseignement que l'on peut tirer de nos arrêts portant sur la norme des motifs probables est qu'il s'agit d'une «notion pratique et non technique». *Brinegar c. United States*, 338 U.S. 160, 176 [...] (1949). «En soulevant la question des motifs probables, [...] comme le nom même l'indique, nous

tual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men, not legal technicians, act." Our observation in *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411, 418 . . . (1981), regarding "particularized suspicion," is also applicable to the probable-cause standard:

"The process does not deal with hard certainties, but with probabilities. Long before the law of probabilities was articulated as such, practical people formulated certain common-sense conclusions about human behavior; jurors as fact-finders are permitted to do the same — and so are law enforcement officers. Finally, the evidence thus collected must be seen and weighed not in terms of library analysis by scholars, but as understood by those versed in the field of law enforcement."

As these comments illustrate, probable cause is a fluid concept — turning on the assessment of probabilities in particular factual contexts — not readily, or even usefully, reduced to a neat set of legal rules. [Emphasis added.]

125

Here, an officer believed he was legally justified in entering a private dwelling to pursue a suspect whom he felt had been involved in a serious criminal offence. His belief was also supported by an objective assessment of the evidence at hand. The fact that a skillful cross examination elicited a response which could be interpreted as doubt should not detract from this intention. An officer's inability to articulate the legal terminology properly which granted the authority to enter should not invalidate a proper entry.

126

In summary, I conclude that in effecting the arrest of the appellant, the officer possessed the requisite reasonable and probable grounds. As a result, it is unnecessary for me to consider the suggestion of the Court of Appeal that, had the police not possessed reasonable and probable grounds to arrest, they would have nonetheless been authorized to enter because of the presence of exigent circumstances.

traitions de probabilités. Elles ne sont pas techniques; ce sont les considérations factuelles et pratiques de la vie quotidienne qui amènent les hommes raisonnables et prudents à agir, et non les techniciens du droit.» L'observation que nous avons faite dans l'arrêt *United States c. Cortez*, 449 U.S. 411, 418 [. . .] (1981), au sujet de «suspçons particularisés» s'applique également à la norme des motifs probables:

«Il s'agit non pas de certitudes absolues, mais de probabilités. Bien avant que la loi des probabilités soit énoncée comme telle, les gens pratiques tiraient certaines conclusions fondées sur le bon sens au sujet du comportement humain; les jurés sont autorisés à faire de même en tant que juges des faits — ainsi que les policiers chargés d'appliquer la loi. Enfin, les éléments de preuve ainsi recueillis doivent être vus et examinés non pas suivant une analyse effectuée en bibliothèque par des chercheurs, mais comme ayant été compris par ceux qui s'y connaissent dans le domaine de l'application de la loi.»

Comme l'indiquent ces observations, les motifs probables constituent une notion fluide — reposant sur l'évaluation de probabilités dans des contextes factuels particuliers — qui ne se réduit pas facilement, ni même utilement, à un ensemble ordonné de règles de droit. [Je souligne.]

Ici, un policier se croyait légalement justifié d'entrer dans une maison privée pour y poursuivre un suspect qui, d'après lui, avait été impliqué dans la perpétration d'une infraction criminelle grave. Une évaluation objective des éléments de preuve disponibles venait également étayer cette conviction. Le fait qu'un contre-interrogatoire habile ait permis d'obtenir une réponse qui pouvait être interprétée comme un doute ne devrait pas déroger à cette intention. L'incapacité d'un policier d'utiliser correctement la terminologie juridique qui accordait le pouvoir d'entrer ne devrait pas invalider une entrée régulière.

En résumé, je conclus que, lorsqu'il a effectué l'arrestation, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que j'examine l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle, si les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables d'effectuer l'arrestation, ils auraient néanmoins été autorisés à entrer en raison de l'existence d'une situation d'urgence.

As a secondary argument, counsel for the appellant also stressed that upon entry Sgt. Madrigga did not possess an intention to arrest the appellant, and that that shortcoming is fatal to any claim to have entered lawfully on that basis. According to this view, upon entrance into a private dwelling the police must be focused solely upon arrest, and cannot enter, as here, with the subsidiary intention of investigating to either “clear or implicate Mr. Feeney”. I disagree. It is well established that the key element of an arrest is the existence of reasonable and probable grounds. The police are not obliged to arrest in all situations. On the contrary, it is perfectly acceptable for the police to enter for the purpose of arrest, while recognizing that evidence discovered within may well dispel their reasonably held belief. As Traynor J., for a majority of the Supreme Court of California said in *People v. Simon*, 290 P.2d 531 (1955), at p. 533:

Thus, if the officer is entitled to make an arrest on the basis of information available to him before he searches, and as an incident to that arrest is entitled to make a reasonable search of the person arrested and the place where he is arrested, there is nothing unreasonable in his conduct if he makes the search before instead of after the arrest. In fact, if the person searched is innocent and the search convinces the officer that his reasonable belief to the contrary is erroneous, it is to the advantage of the person searched not to be arrested. On the other hand, if he is not innocent or the search does not establish his innocence, the security of his person, house, papers, or effects suffers no more from a search preceding his arrest than it would from the same search following it. In either case the important considerations are whether the officer had reasonable cause before the search to make an arrest and whether the search and any seizures incident thereto were or were not more extensive than would reasonably be justified as incident to an arrest. [Emphasis added.]

À titre d'argument accessoire, le procureur de l'appelant a également souligné qu'au moment d'entrer dans la remorque, le sergent Madrigga n'avait pas l'intention d'arrêter l'appelant et que cela porte un coup fatal à toute prétention d'être entré ainsi légalement dans la remorque. Selon cette opinion, au moment d'entrer dans une maison privée, les policiers doivent se concentrer uniquement sur l'arrestation et ne peuvent pas entrer, comme en l'espèce, dans le but subsidiaire d'enquêter afin de [TRADUCTION] «disculper ou impliquer M. Feeney». Je ne suis pas d'accord. Il est bien établi que l'élément clé d'une arrestation est l'existence de motifs raisonnables et probables. Les policiers ne sont pas obligés d'effectuer une arrestation dans tous les cas. Au contraire, il est tout à fait acceptable que les policiers entrent dans les lieux dans le but de procéder à une arrestation, tout en reconnaissant que les éléments de preuve découverts à cet endroit pourraient bien dissiper leur conviction raisonnable. Comme l'a dit le juge Traynor, au nom de la Cour suprême de la Californie à la majorité, dans l'arrêt *People c. Simon*, 290 P.2d 531 (1955), à la p. 533:

[TRADUCTION] Donc, si le policier a le droit d'effectuer une arrestation en se fondant sur les renseignements dont il dispose avant de fouiller et de perquisitionner et si, accessoirement à cette arrestation, il a le droit de fouiller la personne arrêtée et de perquisitionner dans l'endroit où cette dernière est arrêtée, il n'y a rien d'abusif dans sa conduite s'il procède à la fouille et à la perquisition antérieurement à l'arrestation plutôt qu'après. En fait, si la personne fouillée est innocente et si la fouille convainc le policier qu'il avait tort de croire raisonnablement le contraire, c'est à l'avantage de la personne fouillée de ne pas être arrêtée. Par ailleurs, si elle n'est pas innocente ou si la fouille ou la perquisition n'établit pas son innocence, la sécurité de sa personne, sa maison, ses documents ou ses biens ne subissent rien de plus d'une fouille ou perquisition précédant son arrestation qu'ils n'en subiraient de la même fouille ou perquisition effectuée après son arrestation. Dans l'un ou l'autre cas, les questions importantes sont de savoir si le policier avait des motifs raisonnables avant la fouille ou perquisition d'effectuer une arrestation et si la fouille ou perquisition et toutes saisies accessoires ont été ou n'ont pas été plus élaborées qu'elles n'étaient raisonnablement justifiées de l'être à titre d'accessoires à l'arrestation. [Je souligne.]

This statement has been approved of by the United States Supreme Court: *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), at pp. 109-110; and by various appellate courts in Canada: *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), at p. 225, appeal dismissed without reference to this point, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272, at p. 280.

128 This approach has much to commend it. As Martin J.A. stated in *Debot*, *supra*, at p. 225:

The reasoning of Traynor J. contemplates the situation where an officer has probable cause to arrest the suspect but postpones his or her decision to arrest the suspect. The officer, thus, avoids making an actual arrest, if the search proves that his or her belief that there was probable cause was erroneous. In my view, it may also very well be that a police officer, notwithstanding that he or she has reasonable and probable grounds upon which to make an arrest, may decide that, if the search does not disclose evidence of the offence, there would be no chance of obtaining a conviction. Hence, the officer may decide not to proceed further by making an arrest.

129 This type of procedure has the benefit of being less intrusive than an arrest. By seeking to confirm the reasonable belief they held, the police are able to avoid using the more intrusive procedure (an arrest) by substituting the less intrusive procedure (the search) first. There is, of course, nothing improper about continuing an investigation after an arrest is made: *Storrey*, *supra*, at pp. 252-55.

130 It follows, therefore, that the arrest in the case at bar complied with the second requirement set out in *Landry*, *supra*, in that the necessary reasonable and probable grounds were present. The sole remaining factor to consider is whether a proper announcement was made before the police entered the premises.

131 My colleague Sopinka J. implies, albeit without firmly deciding, that the announcement in this case was somehow deficient by virtue of the fact that the police did not state their purpose prior to entry

Ces propos ont reçu l'approbation de la Cour suprême des États-Unis: *Rawlings c. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), aux pp. 109 et 110, de même que celle de diverses cours d'appel au Canada: *R. c. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 225, pourvoi rejeté sans référence à ce point, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272, à la p. 280.

Cette approche est recommandée à plusieurs égards. Comme le juge Martin le mentionnait dans l'arrêt *Debot*, précité, à la p. 225:

[TRADUCTION] Le raisonnement du juge Traynor envisage le cas où un policier a des motifs probables d'arrêter le suspect, mais remet à plus tard sa décision d'effectuer l'arrestation. Le policier évite donc d'effectuer une arrestation réelle, si la fouille ou perquisition montre qu'il avait tort de croire qu'il existait des motifs probables. À mon avis, il se peut également très bien qu'un policier, tout en ayant des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation, décide que, si la fouille ou perquisition ne révèle pas de preuve de la perpétration de l'infraction, il n'y aurait aucune chance d'obtenir une déclaration de culpabilité. En conséquence, le policier peut décider de ne pas aller plus loin et de ne pas effectuer d'arrestation.

Ce genre de procédure a l'avantage d'être moins envahissant qu'une arrestation. En cherchant à confirmer leur conviction raisonnable, les policiers peuvent éviter de recourir à la procédure la plus envahissante (une arrestation) en lui substituant d'abord la procédure la moins envahissante (la fouille ou perquisition). Il n'y a rien d'inapproprié à poursuivre une enquête après qu'une arrestation a été effectuée: *Storrey*, précité, aux pp. 252 à 255.

Il s'ensuit donc que l'arrestation en l'espèce respectait la deuxième condition énoncée dans l'arrêt *Landry*, précité, en raison de l'existence des motifs raisonnables et probables nécessaires. Le seul autre facteur à prendre en considération est de savoir si les policiers ont annoncé leur présence de façon adéquate avant de pénétrer dans les lieux.

Mon collègue le juge Sopinka suggère, sans toutefois le décider, que l'annonce des policiers en l'espèce était en quelque sorte déficiente du fait qu'ils ont omis de préciser le but de leur visite

as required by *Eccles, supra*. In that case, Dickson J. (as he then was) described the requirements for a proper announcement as follows, at p. 747:

In the ordinary case police officers, before forcing entry, should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. Minimally they should request admission and have admission denied although it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required.

It is not contested by the appellant that, in the case at bar, the first two criteria were satisfied. He does submit, however, that the notice of purpose was not properly made. I agree with him to the extent that no notice of purpose was given prior to entry. Nevertheless, in my view, such a shortcoming is not necessarily fatal.

This is not the first time this Court has been faced with an allegedly deficient notice requirement. In *R. v. Miller*, [1988] 1 S.C.R. 230, aff'g (1986), 25 C.C.C. (3d) 554 (Sask. C.A.), the police entered a dwelling house and did not make an announcement of their purpose until they actually encountered the owner of the property. The trial judge found that this late notice of purpose was unlawful. The Saskatchewan Court of Appeal, however, unanimously reversed, making it clear that the exact requirements of an announcement would depend on the unique circumstances of each case. As stated by Vancise J.A., at pp. 565-66:

In the circumstances of this case, I am satisfied that the police officers made "a proper announcement" of their identity and their purpose as soon as possible to the owner and that in these circumstances they discharged their duty to gain entry for the purpose of arresting without warrant . . . [Emphasis added.]

avant d'entrer, comme l'exige l'arrêt *Eccles*, précité. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) décrit, à la p. 747, les conditions d'une annonce régulière:

D'ordinaire les agents de police, avant d'entrer par la force, devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Au minimum ils devraient demander l'admission et se voir dénier l'admission même s'il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis pourra ne pas être requis.

L'appelant ne conteste pas qu'en l'espèce il a été satisfait aux deux premiers critères. Il soutient, toutefois, que l'avis du but de la visite des policiers n'a pas été donné correctement. Je suis d'accord avec lui dans la mesure où les policiers n'ont pas donné avis du but de leur visite avant d'entrer. J'estime, néanmoins, qu'une telle omission n'est pas nécessairement fatale.

Ce n'est pas la première fois que notre Cour se trouve en présence d'un avis qui serait déficient. Dans l'arrêt *R. c. Miller*, [1988] 1 R.C.S. 230, conf. (1986), 25 C.C.C. (3d) 554 (C.A. Sask.), les policiers étaient entrés dans une maison d'habitation et n'avaient annoncé le but de leur visite qu'après avoir rencontré le propriétaire des lieux. Le juge du procès a conclu que cet avis tardif du but de la visite était illégal. Cependant, la Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé cette décision à l'unanimité, en précisant que les conditions exactes d'une annonce dépendraient des circonstances particulières de chaque cas. Comme l'a dit le juge Vancise, aux pp. 565 et 566:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, dans les circonstances de la présente affaire, les policiers ont fait «une annonce régulière» de leur identité et du but de leur visite dès que possible au propriétaire et que, dans ces circonstances, ils se sont acquittés de leur devoir d'obtenir l'autorisation d'entrer pour effectuer une arrestation sans mandat . . . [Je souligne.]

132

133

134 This Court unanimously dismissed the appeal as of right, Dickson C.J. stating at p. 230 that "We find no error on the part of the Court of Appeal".

135 In *R. v. Jenkins*, [1992] O.J. No. 672 (Prov. Div.), a similar situation arose. In that case, the officers had good reason to believe that the subject of the arrest was choosing to ignore the arrival of the officers. After knocking for some time, and aware that the suspect was inside, one of the officers finally entered the apartment. The accused contended that the entry was unlawful as there was no notice of purpose. MacDonnell Prov. Div. J. disagreed, holding:

In my opinion, it follows that while the police must satisfy certain requirements before entering a dwelling house to effect an arrest, and in particular must make a proper announcement, the person sought cannot yet obtain sanctuary by placing him or herself within the house in a position where no proper announcement can be heard and no request for permission to enter can be made. If the ability of the officers to make an announcement is frustrated by the refusal of the person sought to come to the door, the officers' obligation to provide complete notice is suspended, and they may enter the premises. The duty to announce their purpose is re-engaged when it becomes feasible to do so, that is, once they encounter someone to whom notice can be given. [Emphasis added.]

See also: *R. v. Bennett*, [1996] O.J. No. 4137 (Gen. Div.).

136 I agree. Simply stated, the notice of purpose requirement would be rather hollow if it had to be made, in all cases, in such a way that the entire reason for giving it would be defeated. As stated by Dickson C.J. in *Landry, supra*, at p. 161 the notice requirement "permit[s] the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself." The approach suggested above recognizes that in some cases it would be contrary to common sense to announce the purpose of entry once it was clear that the per-

Notre Cour a rejeté à l'unanimité le pourvoi de plein droit, le juge en chef Dickson déclarant, à la p. 230, que « nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur ».

Dans l'affaire *R. c. Jenkins*, [1992] O.J. No. 672 (Div. prov.), la situation était semblable. Dans cette affaire, les policiers avaient de bonnes raisons de croire que la personne qu'ils comptaient arrêter avait choisi de ne pas tenir compte de leur arrivée. Après avoir frappé à la porte pendant un certain temps, en sachant que le suspect se trouvait à l'intérieur, l'un des policiers est finalement entré dans l'appartement. L'accusé a prétendu que cette entrée était illégale parce que les policiers n'avaient pas annoncé le but de leur visite. Le juge MacDonnell s'est dit en désaccord avec cette allégation:

[TRADUCTION] À mon avis, il s'ensuit que, bien que les policiers doivent satisfaire à certaines exigences avant d'entrer dans une maison d'habitation pour y effectuer une arrestation, et qu'ils doivent notamment faire une annonce régulière, la personne recherchée ne peut pas cependant se réfugier dans la maison de façon à ne pouvoir entendre aucune annonce régulière et à empêcher les policiers de demander l'autorisation d'entrer. Si les policiers ne peuvent pas s'annoncer en raison du refus de la personne recherchée de venir à la porte, leur obligation de fournir un avis complet est suspendue et ils peuvent entrer dans les lieux. L'obligation de donner avis du but de leur visite renaît lorsqu'il devient possible de ce faire, c'est-à-dire une fois qu'ils rencontrent quelqu'un à qui ils peuvent donner avis. [Je souligne.]

Voir également *R. c. Bennett*, [1996] O.J. No. 4137 (Div. gén.).

Je suis d'accord. Plus simplement, l'obligation d'annoncer le but de la visite serait plutôt dénuée de sens si cet avis devait être donné, dans tous les cas, de telle manière que sa raison d'être ne tiendrait plus. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson, à la p. 161 de l'arrêt *Landry*, précité, l'obligation de donner avis « perme[t] au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant ». Selon l'approche suggérée ci-dessus, dans certains cas, il serait contraire au bon sens d'annoncer le but de la visite une fois qu'il est devenu évident que la personne se trouvant à l'intérieur refuse ou est incapa-

son inside was refusing or unable to answer the request to enter.

In my view, we are clearly faced with such a case here. Before entering, the officers were informed that the appellant was, in all likelihood, sound asleep. After knocking on the door, calling out "police" and receiving no answer, they were perfectly entitled to assume that the appellant was either asleep or ignoring their requests to enter. In either case, it would have been useless for them to have called out their purpose for entry. On the contrary, the only effective way to satisfy the notice requirement was to suspend its delivery until the appellant was in a position to receive it.

It is clear from the facts that the arresting officer informed the appellant of his purpose for entry, and restated his identity the moment it was feasible to do so. As he woke the appellant, Sgt. Madrigga stated: "Wake up, it's the police. I want to talk to you." While this is not the most complete notice of purpose imaginable, I do not believe this requirement was ever intended to compel the police to make complex legal statements: *R. v. Dupuis* (1994), 162 A.R. 197 (C.A.), at p. 199. In this light, I agree with the comments of Hill J. in *R. v. Anderson* (1996), 49 C.R. (4th) 305 (Ont. Gen. Div.), at p. 317, that "[p]rovided that the words of the police bear some rough equivalency in terms of communicating notice of a lawful exercise of duty the announcement is adequate". In my view, given the circumstances of this case, the wording utilized by the officer was sufficient.

I note in passing that my colleague Sopinka J. also appears to suggest that the announcement requirement might not have been met in this case because of the fact that the officers were not denied admission prior to entering. I disagree. Having admission denied does not require a formal refusal by the person within the premises into which entrance is sought. Such a requirement would be completely inconsistent with the entire

ble de répondre à la demande d'autorisation d'entrer.

J'estime que nous nous trouvons ici clairement en présence d'un tel cas. Avant d'entrer, les policiers avaient été informés que l'appelant, selon toute vraisemblance, dormait profondément. Après avoir frappé à la porte, avoir crié «police» et n'avoir obtenu aucune réponse, ils avaient parfaitement le droit de supposer que l'appelant était endormi ou qu'il ne tenait pas compte de leurs demandes d'autorisation d'entrer. Dans l'un ou l'autre cas, il aurait été inutile qu'ils annoncent le but de leur visite. Au contraire, la seule manière efficace de respecter cette exigence était de suspendre cet avis jusqu'à ce que l'appelant soit en mesure de le recevoir.

Les faits indiquent clairement que le policier qui a effectué l'arrestation a informé l'appelant du but de sa visite et a décliné de nouveau son identité dès le moment où il était possible de le faire. Lorsqu'il a réveillé l'appelant, le sergent Madrigga a dit: [TRADUCTION] «Réveille-toi, c'est la police. Je veux te parler.» Bien que ce ne soit pas l'avis le plus complet du but d'une visite que l'on puisse imaginer, je ne crois pas que cette exigence ait jamais eu pour but de contraindre les policiers à faire des déclarations juridiques complexes: *R. c. Dupuis* (1994), 162 A.R. 197 (C.A.), à la p. 199. Ainsi, je suis d'accord avec les observations du juge Hill dans la décision *R. c. Anderson* (1996), 49 C.R. (4th) 305 (Div. gén. Ont.), à la p. 317, pour dire que [TRADUCTION] «[p]ourvu que les termes utilisés par les policiers ressemblent en gros à ceux qui font connaître l'accomplissement légal d'un devoir, l'annonce est adéquate». À mon sens, vu les circonstances de la présente affaire, le langage utilisé par le policier était suffisant.

Je souligne, en passant, que mon collègue le juge Sopinka paraît également laisser entendre que l'obligation de s'annoncer pouvait ne pas avoir été respectée parce que les policiers ne s'étaient pas vu refuser préalablement la permission d'entrer. Je ne suis pas d'accord. Pour qu'il y ait refus de l'autorisation d'entrer, il n'est pas nécessaire que la personne se trouvant à l'intérieur des lieux où l'on veut entrer ait opposé un refus formel. Une telle

137

138

139

justification for entry. It would be a rather strange result if a person evading arrest could avoid capture merely by ignoring the request of the police for admission. Surely, where the police have reasonable and probable grounds to believe the person is actually on the premises, silence must be taken to amount to an implied denial of the request to enter.

140 I conclude therefore, that the announcement in this case was properly made. It follows, therefore, that the criteria set out in *Landry* were indeed met, and correspondingly that the entry into the appellant's trailer was indeed authorized as part of a lawful arrest. It remains to consider whether or not the law authorizing this entry is reasonable under the *Charter*.

Is the law reasonable?

141 As my colleague Sopinka J. points out, the law concerning warrantless arrests following forcible entry into a dwelling house was set out in *Landry*, *supra*, which was, at least technically, a pre-*Charter* case. Essentially, *Landry* stands for the proposition that an entry into private premises is, assuming certain steps are followed, permissible any time the police wish to effect an arrest. Sopinka J. concludes that, at least in the case of a standard arrest in which there is no urgency present, this wide discretion is "overly expansive in the era of the *Charter*" (para. 42). He explicitly refrains from deciding upon situations in which exigent circumstances exist, as he is of the view that no such circumstances are present in this case.

142 I am unable to agree with my colleague that exigent circumstances were not present here, especially given the conclusions of the trial judge and the Court of Appeal in that regard. As such, it is neither necessary nor desirable for me to make a conclusive determination as to whether *Landry* is constitutionally sound in all cases in which the police wish to make an arrest in a dwelling house.

exigence irait tout à fait à l'encontre de la justification même de l'entrée dans les lieux. Il serait plutôt étrange qu'une personne qui cherche à se soustraire à une arrestation puisse éviter d'être capturée simplement en ignorant la demande d'autorisation d'entrer des policiers. Lorsque les policiers ont des motifs raisonnables et probables de croire que la personne se trouve réellement dans les lieux, sûrement le silence doit être considéré comme équivalant à un refus implicite d'accorder l'autorisation d'entrer.

Par conséquent, je conclus que l'avis a été donné correctement en l'espèce. Il s'ensuit donc que les policiers ont satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Landry* et qu'ainsi leur entrée dans la remorque de l'appelant était effectivement autorisée comme partie d'une arrestation légale. Il reste à décider si la loi autorisant cette entrée est ou non abusive au sens de la *Charte*.

La loi est-elle abusive?

Comme le souligne mon collègue le juge Sopinka, le droit relatif aux arrestations sans mandat dans une maison d'habitation à la suite d'une entrée par la force a été énoncé dans l'arrêt *Landry*, précité, qui, du moins techniquement, a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. Essentiellement, l'arrêt *Landry* veut qu'une entrée dans des lieux privés, en présumant que certaines étapes sont suivies, soit permise chaque fois que des policiers veulent effectuer une arrestation. Le juge Sopinka conclut qu'au moins dans le cas d'une arrestation ordinaire où il n'y a pas d'urgence, ce vaste pouvoir discrétionnaire a «une portée excessive au regard de la *Charte*» (par. 42). Il évite expressément de se prononcer sur des cas où il existe une situation d'urgence, car, selon lui, aucune telle circonstance n'est présente ici.

Je ne souscris pas à l'avis de mon collègue qu'une situation d'urgence n'existait pas ici, particulièrement compte tenu des conclusions du juge du procès et de la Cour d'appel à cet égard. Il n'est, toutefois, ni nécessaire ni souhaitable que je me prononce sur la question de savoir si l'arrêt *Landry* est valable sur le plan constitutionnel dans tous les cas où les policiers veulent effectuer une

The reasonableness of the common law was a relatively minor issue at trial and on appeal, and I am wary of addressing such an important question in the absence of argument with regards to the potential impact a change in this area would have upon the police, as well as some context regarding the frequency in which these types of arrests occur. In addition, when this issue was decided by the United States Supreme Court, in *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980), it provoked strong opposing views which are also worthy of consideration. While the majority adopted a solution similar to that of Sopinka J., there was a forceful dissent by White J. who was gravely concerned about the effect this restriction would have upon legitimate law enforcement techniques.

I believe it is preferable to deal with each situation as it arises, consistent with the approach taken by this Court in *R. v. Macooh*, [1993] 2 S.C.R. 802. Therefore, I propose to analyze whether the presence of exigent circumstances, combined with the requirements established by *Landry*, can be considered "reasonable" for the purposes of s. 8 of the *Charter*.

The common law limitations to the principle of the sanctity of the home have recently been addressed by this Court in *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297. It is well recognized, of course, that a private residence does not guarantee sanctuary from a police investigation. The policy underlying the common law cases is that there should be no place which gives an offender sanctuary. As Dickson J. stated in *Eccles*, *supra*, at p. 743: "[t]he criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends".

In *Landry*, *supra*, Dickson C.J., examining the common law, found no reason to limit the ability of the police to enter a private dwelling to situations where they possessed a warrant. In his view, police officers could not afford to waste valuable time searching out a warrant when a suspect could

arrestation dans une maison d'habitation. Le caractère raisonnable de la common law constituait un point assez mineur au procès et en appel, et j'hésite à aborder une question aussi importante en l'absence d'un examen des répercussions qu'un changement dans ce domaine pourrait avoir sur la police, et en l'absence d'information en ce qui concerne la fréquence de ces genres d'arrestation. De plus, lorsque cette question a été tranchée par la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Payton c. New York*, 445 U.S. 573 (1980), cela a provoqué une forte divergence d'opinions qui méritent également d'être prises en considération. Bien que, majoritairement, la cour ait adopté une solution semblable à celle préconisée par le juge Sopinka, il y a eu dissidence énergique de la part du juge White qui se préoccupait grandement de l'effet que cette restriction aurait sur les techniques légitimes d'application de la loi.

Je crois qu'il est préférable de traiter chaque cas lorsqu'il se présente, ce qui va dans le sens de la méthode suivie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802. Par conséquent, je me propose d'examiner si l'existence d'une situation d'urgence, combinée aux conditions établies par l'arrêt *Landry*, peut être considérée comme étant «non abusive» aux fins de l'art. 8 de la *Charte*.

Les restrictions imposées par la common law au principe de l'inviolabilité du domicile ont été étudiées récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297. Il est bien établi qu'une résidence privée ne garantit aucun refuge contre une enquête policière. Le principe qui soutient la jurisprudence de common law veut qu'aucun endroit n'offre un refuge à un contrevenant. Comme le juge Dickson l'a dit dans l'arrêt *Eccles*, précité, à la p. 743: «[l]e criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis».

Dans l'arrêt *Landry*, précité, le juge en chef Dickson, examinant la common law, n'a trouvé aucune raison de limiter aux cas où ils possèdent un mandat le pouvoir des policiers d'entrer dans une maison privée. À son avis, les policiers ne pourraient pas se permettre de gaspiller un temps

143

144

145

easily flee the premises and remain at large in a community. While there are obvious privacy interests at issue, these are balanced to a large extent by the requirements set out by the *Code* and the common law (at p. 161):

This intrusiveness is carefully delineated and restricted by the requirement of reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises, and the requirements of notice of presence, notice of authority and notice of purpose. These requirements minimize the invasiveness of arrest in a dwelling and permit the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself.

146 In concurring reasons, Estey J. added in *Landry* (Betz and McIntyre JJ. concurring), at p. 166, that the ancient principle of the inviolability of the home “must yield to the legitimate requirements of law enforcement” and cited the following passage from the case of *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, where for the majority he wrote, at p. 657:

The home is not a castle in isolation; it is a castle in a community and draws its support and security of existence from the community. The law has long recognized many compromises and outright intrusions on the literal sense of this concept. . . . [Emphasis added.]

147 In *Macooh, supra*, this Court considered the constitutionality of arrests made without warrant in residential premises in cases of “hot pursuit” and concluded that these types of entries were acceptable under the *Charter*. I would note that, in a real sense, “hot pursuit” is actually nothing more than a variety of exigent circumstances, and not really a separate doctrine. While there are several criteria which must be satisfied for “hot pursuit” to apply, the underlying concern is to prevent the escape of the offender, in the sense that he or she could frustrate a police investigation merely by closing the front door.

précieux à obtenir un mandat lorsqu’un suspect pourrait facilement s’enfuir des lieux et rester en liberté dans une localité. Bien que des droits à la vie privée soient manifestement en cause, ils sont contrebalancés dans une large mesure par les exigences prévues par le *Code* et la common law (à la p. 161):

Cette ingérence est soigneusement délimitée et restreinte par l’obligation d’avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est dans les lieux, et l’obligation de donner avis de sa présence, de son pouvoir et de l’objet de sa présence. Ces obligations minimisent l’empiétement que constitue l’arrestation dans un domicile et permettent au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant.

Dans des motifs concordants, le juge Estey a ajouté, à la p. 166 de l’arrêt *Landry* (les juges Betz et McIntyre souscrivant à son opinion), que l’ancien principe de l’inviolabilité du domicile «doit céder le pas aux exigences légitimes de l’application de la loi», et il a cité le passage suivant de l’arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, dans lequel il écrivait au nom de la majorité, à la p. 657:

La maison n’est pas un château isolé, c’est un château dans une société qui en assure et en protège l’existence. Le droit reconnaît depuis longtemps un bon nombre de compromis et d’empiétements purs et simples au sens littéral de ce concept. . . . [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Macooh*, précité, notre Cour a examiné la constitutionnalité des arrestations effectuées sans mandat dans des lieux résidentiels, à la suite d’une «prise en chasse» («*hot pursuit*»), et a conclu que ce genre d’entrée était acceptable en vertu de la *Charte*. Je ferai remarquer que la «prise en chasse» n’est vraiment rien de plus qu’une catégorie de situation d’urgence et ne constitue pas vraiment une doctrine distincte. Bien qu’il faille satisfaire à plusieurs critères pour que la «prise en chasse» s’applique, la préoccupation sous-jacente est d’éviter la fuite du contrevenant, en ce sens qu’il pourrait faire échouer une enquête policière simplement en fermant la porte d’entrée principale.

It is clear from the foregoing that the power of arrest is a crucial part of law enforcement. For that reason, it is unrealistic to suggest that the police can never enter private premises without a warrant for the purposes of arrest. As our jurisprudence has always recognized, this would severely impede the ability of police to capture persons suspected of criminal activity and to preserve evidence necessary to convict them. Neither can I accept that it is only in circumstances of hot pursuit that the police are permitted to enter a dwelling house without a warrant for the purpose of arrest.

This conclusion is not unique. In fact, it has been accepted in the United States for some time. While it is recognized that an arrest warrant is the preferable manner to proceed, the American experience clearly demonstrates that it is not always practical or possible for the officers to obtain a warrant. Where these types of exigent circumstances exist, arrests without warrant upon private premises have been deemed lawful: *Payton v. New York*, *supra*; *United States v. Reid*, 69 F.3d 1109 (11th Cir. 1995); *United States v. Scroger*, 98 F.3d 1256 (10th Cir. 1996). Simply as a matter of logic, it is reasonable to assume that aside from cases of hot pursuit, situations will arise in which the threat to society and the danger of having important law enforcement aims frustrated will outweigh concerns about privacy.

What types of circumstances will be considered exigent? While I believe a number of factors can indicate a situation of urgency, it is best not to attempt to define conclusively every possible type of exigent circumstances, as this can preferably be determined on a case by case basis. As stated by Barrett J. of the United States Court of Appeals, in *Scroger*, at p. 1259, quoting *United States v. Wicks*, 995 F.2d 964 (10th Cir. 1993), at p. 970, cert. denied 114 S.Ct. 482 (1993):

148 Il ressort clairement de ce qui précède que le pouvoir d'effectuer une arrestation constitue un élément très important de l'application de la loi. Pour cette raison, il n'est pas réaliste de dire que les policiers ne peuvent jamais entrer sans mandat dans des lieux privés pour y effectuer une arrestation. Ainsi que notre jurisprudence l'a toujours reconnu, cela diminuerait grandement la capacité des policiers de capturer des personnes soupçonnées d'activités criminelles et de préserver des éléments de preuve nécessaires à leur condamnation. Je ne peux pas accepter non plus que ce soit seulement dans les cas de prise en chasse que les policiers soient autorisés à entrer sans mandat dans une maison d'habitation pour y effectuer une arrestation.

149 Cette conclusion n'a rien d'exceptionnel. En fait, elle est acceptée aux États-Unis depuis un certain temps. Bien qu'il soit admis que le mandat d'arrestation soit la façon préférable d'agir, il ressort clairement de l'expérience américaine qu'il n'est pas toujours pratique ou possible pour les policiers d'obtenir un mandat. Les arrestations sans mandat dans des lieux privés ont été jugées légales, lorsque ce genre de situation d'urgence existait: *Payton c. New York*, précité; *United States c. Reid*, 69 F.3d 1109 (11th Cir. 1995); *United States c. Scroger*, 98 F.3d 1256 (10th Cir. 1996). En toute logique, il est raisonnable de présumer que, outre les cas de prise en chasse, il y aura des circonstances où la menace pour la société et le danger de voir contrecarrer des objectifs importants d'application de la loi l'emporteront sur les préoccupations relatives à la vie privée.

150 Quels genres de circonstances seront considérées urgentes? Bien que j'estime qu'un certain nombre de facteurs puissent indiquer l'existence d'une situation d'urgence, il vaut mieux ne pas essayer de définir de façon décisive tous les genres possibles de situation d'urgence, car il peut être préférable de les déterminer dans chaque cas. Comme le juge Barrett de la Court of Appeals des États-Unis l'a déclaré, dans *Scroger*, à la p. 1259, en citant *United States c. Wicks*, 995 F.2d 964 (10th Cir. 1993), à la p. 970, cert. refusé 114 S.Ct. 482 (1993):

“(T)here is no absolute test for the presence of exigent circumstances because such a determination depends on the unique facts of each controversy.”

See also *United States v. Scroger, supra*, and *Anderson, supra*.

151 In this vein, I do not wish to decide authoritatively upon exactly what is required to constitute exigent circumstances for the purposes of arrest, especially given that this is the first case on this subject to come before this Court. I would prefer to examine the particular factors at issue in the case at bar.

152 The main factor relied upon by the respondent, and also cited by both the trial judge and the Court of Appeal, was that the police were gravely concerned about the potential destruction of evidence. In addition, the Court of Appeal noted the serious and violent nature of the offence, the fact that it had very recently occurred, and that a murderer was likely at large in the community. I propose to examine each of these factors.

153 It has been recognized on more than one occasion that the potential destruction of evidence can constitute exigent circumstances: *Silveira, supra*; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *Collins, supra*. In *Silveira*, I stated that this rationale necessitated an exception to the principle of the sanctity of the home at paras. 112 and 114:

Finally, with respect to the American case law, Martin J.A. observed at p. 119 of *Rao* that a number of American appellate courts have specifically found that an entry and search of premises to prevent the removal or destruction of illicit drugs fall within the “exigent circumstances” exception. (See *United States v. Edwards*, 602 F.2d 458 (1st Cir. 1979); *Commonwealth v. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (Mass. 1983); for more recent examples, see *United States v. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987); *United States v. Riley*, 968 F.2d 422 (5th Cir. 1992).) It therefore appears that exigent circumstances are described by American case law in the same way as they have been defined by this Court, i.e., in terms of imminent loss of evidence, amongst others, notably in

[TRADUCTION] «(I) n'existe pas de critère absolu pour déterminer l'existence d'une situation d'urgence parce qu'une telle détermination dépend des faits uniques de chaque controverse.»

Voir aussi *United States c. Scroger et Anderson, précités*.

Dans le même esprit, je n'entends pas décider, de manière définitive, ce qui est nécessaire exactement pour qu'il y ait situation d'urgence aux fins d'une arrestation, étant donné tout particulièrement que c'est la première fois que notre Cour est saisie d'une affaire portant sur ce sujet. Je préfère examiner les facteurs particuliers en cause dans la présente affaire.

Le principal facteur invoqué par l'intimée, et également mentionné par le juge du procès et la Cour d'appel, était que les policiers s'inquiétaient grandement du risque de destruction d'éléments de preuve. De plus, la Cour d'appel a souligné le caractère grave et violent de l'infraction, le fait qu'elle était survenue très récemment et que le meurtrier était vraisemblablement en liberté dans la localité. Je me propose d'examiner chacun de ces facteurs.

Il a été admis à plus d'une occasion que la destruction possible d'éléments de preuve peut constituer une situation d'urgence: *Silveira, précité*; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Collins, précité*. Dans *Silveira*, je note, aux par. 112 et 114, que ce raisonnement commande une exception au principe de l'inviolabilité du domicile:

Enfin, en ce qui concerne la jurisprudence américaine, le juge Martin précise, à la p. 119 de l'arrêt *Rao*, qu'un certain nombre de cours d'appel américaines ont explicitement reconnu que l'entrée et la perquisition dans des lieux pour empêcher la suppression ou la destruction de drogues interdites relève de l'exception de la «situation d'urgence». (Voir *United States c. Edwards*, 602 F.2d 458 (1st Cir. 1979); *Commonwealth c. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (Mass. 1983); pour des exemples plus récents, voir les arrêts *United States c. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987); *United States c. Riley*, 968 F.2d 422 (5th Cir. 1992).) En conséquence, il appert que la jurisprudence américaine décrit la situation d'urgence de la même façon que notre Cour l'a fait dans les arrêts

the cases of *Eccles*, *Macooh* and more recently in *Grant*, *supra*.

Sopinka J. reiterated in *Grant*, at pp. 241-42, that exigent circumstances have generally been held to exist if there is an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. Although the case in *Grant* dealt with warrantless perimeter searches as opposed to warrantless entries into dwelling-houses, I am of the view that the same reasoning must apply in all cases of exigent circumstances. [Emphasis in original.]

As I stated in *Silveira*, *supra*, preventing the removal or destruction of evidence is a legitimate law enforcement concern which warrants setting aside the strict rules concerning the sanctity of the home. Frankly, I see no reason why this rationale should be addressed any differently in the context of arrest than it is in the context of a search. Indeed, given the restrictions needed to effect an arrest in a dwelling house, it is arguable that these types of intrusion are in most cases considerably less invasive of privacy than warrantless searches. The announcement requirement, for example, allows the suspect to surrender him- or herself at the door of the residence and prevent any real intrusion of the premises.

I also find it instructive that the prevention of the destruction of evidence is part of the basis upon which the "hot pursuit" exception to the arrest warrant requirement is founded. As the Chief Justice stated in *Macooh*, *supra*, at p. 816, without such an exception authorizing police entry into private dwellings, "evidence of the offence leading to the pursuit or a related offence may be lost".

In my view, where there is a genuine fear that evidence of the crime will be lost, this can consti-

*Eccles*, *Macooh* et plus récemment *Grant*, précités, soit, notamment, la situation où il y a risque imminent de perte d'éléments de preuve.

Le juge Sopinka a réitéré, dans l'arrêt *Grant*, aux pp. 241 et 242, que l'on a généralement statué qu'il existe une situation d'urgence lorsqu'il y a risque imminent de perte, de suppression, de destruction ou de disparition d'éléments de preuve si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée. Bien que l'arrêt *Grant* ait porté sur des perquisitions périphériques sans mandat par opposition à des entrées sans mandat dans des maisons d'habitation, je suis d'avis que le même raisonnement doit s'appliquer dans tous les cas de situation d'urgence. [Souligné dans l'original.]

Comme je l'ai déclaré dans l'arrêt *Silveira*, précité, empêcher la suppression ou la destruction d'éléments de preuve est, en matière d'application de la loi, une préoccupation légitime qui justifie que l'on mette de côté les règles strictes concernant l'inviolabilité du domicile. Je ne vois franchement aucune raison pour laquelle il faudrait, dans le contexte d'une arrestation, aborder ce raisonnement d'une autre façon que dans le contexte d'une fouille ou perquisition. En fait, étant donné les restrictions exigées pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation, on peut soutenir que ce genre d'intrusion attende beaucoup moins à la vie privée dans la plupart des cas que les perquisitions sans mandat. L'exigence de s'annoncer, par exemple, permet au suspect de se rendre à la porte de sa résidence et d'empêcher toute intrusion réelle dans les lieux.

Je trouve également intéressant que le fait d'empêcher la destruction d'éléments de preuve fasse partie du fondement sur lequel repose l'exception de la «prise en chasse» à l'obligation d'obtenir un mandat d'arrestation. Comme le Juge en chef l'a affirmé, à la p. 816 de l'arrêt *Macooh*, précité, sans une telle exception qui autorise les policiers à entrer dans les maisons privées, «[l]a preuve de l'infraction qui a donné lieu à la poursuite ou d'une infraction connexe peut être perdue».

À mon avis, lorsqu'il existe une crainte véritable que la preuve du crime se perde, cela peut consti-

154

155

156

tute the necessary exigent circumstances for a warrantless entry. Whether these exigent circumstances exist in a given case, is, of course, a finding of fact for the trial judge.

157 In this case, the trial judge, who had the advantage of hearing all the evidence, was of the view that a serious danger existed that had the police not immediately entered the trailer to arrest the appellant, evidence would have been destroyed. As he found, after reviewing the facts:

Were there other investigatory techniques available? The answer is no, when one looks at the bloody shirt evidence. There was a real risk that that shirt would not have been available had they simply sealed the premises.

158 The Court of Appeal came to the same conclusion, as Lambert J.A. stated at p. 234 that the police were "facing circumstances where the possibility of the destruction of evidence, particularly evidence in relation to bloodstains, was a real one and had to be addressed".

159 My colleague, however, concludes that both the trial judge and the Court of Appeal were in error, and that in actuality there was no fear that evidence would be destroyed. He states, at paras. 52 and 53:

In any event, even if they existed, safety concerns could not justify the warrantless entry into the trailer in the present case. A simple watch of the trailer in which the police were told the appellant was sleeping, not a warrantless entry, would have sufficiently addressed any safety concerns involving the appellant. With respect to concern about the potential destruction of evidence, at the time the police entered the trailer, they had no knowledge of evidence that might be destroyed; at best, they had a suspicion that the appellant was involved in the murder. Simply because the hunch may have turned out to be justified does not legitimize the actions of the police at the time they entered the trailer. As I stated in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 29, "[i]t should not be forgotten that *ex post facto* justification of

tuer la situation d'urgence nécessaire pour pouvoir effectuer une entrée sans mandat. La question de savoir si cette situation d'urgence existe ou non dans un cas donné est naturellement une conclusion de fait qui relève du juge du procès.

En l'espèce, le juge du procès, qui a eu l'avantage d'entendre l'ensemble de la preuve, était d'avis qu'il existait un risque grave que des éléments de preuve soient détruits, si les policiers n'entraient pas immédiatement dans la remorque pour arrêter l'appellant. Comme il l'a conclu, après examen des faits:

[TRADUCTION] D'autres techniques d'enquête étaient-elles disponibles? La réponse est négative, lorsque l'on considère l'élément de preuve constitué de la chemise tachée de sang. Il y avait un risque réel que cette chemise ne soit pas disponible s'ils avaient simplement scellé les lieux.

La Cour d'appel est arrivée à la même conclusion, car le juge Lambert a dit, à la p. 234, que la police [TRADUCTION] «faisait face à une situation où il y avait un risque réel de destruction d'éléments de preuve, en particulier ceux concernant des taches de sang, à laquelle il fallait parer».

Mon collègue conclut, cependant, que le juge du procès et la Cour d'appel ont tous deux commis une erreur et qu'en réalité il n'y avait aucune crainte que des éléments de preuve soient détruits. Il déclare, aux par. 52 et 53:

De toute façon, même si elles existaient, des craintes pour la sécurité ne pouvaient pas justifier l'entrée sans mandat dans la remorque en l'espèce. Une simple surveillance de la remorque où, avait-on dit à la police, dormait l'appellant, aurait suffi pour dissiper toute crainte pour la sécurité qu'il pouvait poser. Quant à la crainte de destruction d'éléments de preuve, au moment où ils sont entrés dans la remorque, les policiers ignoraient la présence d'éléments de preuve susceptibles d'être détruits; tout au plus, ils soupçonnaient que l'appellant était impliqué dans le meurtre. Le simple fait que leur intuition puisse s'être révélée juste n'excuse pas les actes que les policiers ont accomplis en entrant dans la remorque. Comme je l'ai affirmé dans *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, à la p. 29, «[i]l ne faut pas oublier que la justification après coup des fouilles et perquisitions par leurs

searches by their results is precisely what the *Hunter* standards were designed to prevent”.

The circumstances surrounding the police entry into the trailer were similar to those following any serious crime: a dangerous person is on the loose and there is a risk that he or she will attempt to destroy evidence linking him or her to the crime. To define these as exigent circumstances is to invite such a characterization of every period after a serious crime.

In my view, Sopinka J. has not shown appropriate deference to a factual finding made by the trial judge who was in a much better position to assess the particular circumstances. Furthermore, I find that the trial judge’s assessment was, in fact, the correct one in that there was good reason for the police to believe that absent immediate intervention, crucial evidence would have been destroyed. Several elements point to this conclusion, most importantly the fact that the police were pursuing the offender a short time after the occurrence of the crime. They had every reason to believe that the killer, if apprehended quickly, would still have bloodstains on him, which would be important evidence. I cannot agree with my colleague that “[the police] had no knowledge of evidence that might be destroyed” (para. 52). Sgt. Madrigga clearly testified as to his belief that the perpetrator of the crime would possess clothing with bloodstains on it. It was reasonable for him to fear that if he did not act quickly, the killer would have an opportunity to destroy that vital evidence.

As the trial judge stated, not only was there a real fear that evidence would be lost, but it was also crucial evidence which “form[ed] a very important part of the chain of evidence the Crown seeks to introduce”.

In any event, I would point out that it was not only the potential destruction of evidence which motivated the actions of the police in the case at bar. As stated by Lambert J.A. in the Court of Appeal, at p. 234, the police were investigating the

résultats est précisément ce que les critères énoncés dans l’arrêt *Hunter* visaient à éviter».

Les circonstances entourant l’entrée des policiers dans la remorque étaient semblables à la situation qui suit tout crime grave: un individu dangereux est en liberté et il y a un risque qu’il tente de détruire les éléments de preuve qui le relie au crime. Qualifier cela de situation d’urgence c’est inviter à le faire au sujet de chaque moment qui suit un crime grave.

À mon avis le juge Sopinka n’a pas fait preuve de retenue, comme il se doit, à l’égard d’une conclusion de fait tirée par le juge du procès, qui était davantage en mesure d’évaluer la situation particulière. De plus, j’estime que l’évaluation du juge du procès était, en fait, correcte en ce sens que les policiers avaient des motifs suffisants de croire que, s’ils n’intervenaient pas immédiatement, des éléments de preuve très importants seraient détruits. Plusieurs éléments menaient à cette conclusion, notamment le fait que les policiers poursuivaient le contrevenant peu après la perpétration du crime. Ils avaient toutes les raisons de croire que le meurtrier, s’il était appréhendé rapidement, aurait encore des taches de sang sur lui, ce qui constituerait un élément de preuve important. Je ne puis être d’accord avec mon collègue pour dire que «les policiers ignoraient la présence d’éléments de preuve susceptibles d’être détruits» (par. 52). Le sergent Madrigga a clairement témoigné de sa conviction que l’auteur du crime posséderait des vêtements tachés de sang. Il était raisonnable pour lui de craindre que, s’il n’agissait pas rapidement, le meurtrier aurait la possibilité de détruire cet élément de preuve essentiel.

Comme l’a dit le juge du procès, non seulement y avait-il une crainte réelle que des éléments de preuve soient perdus, mais encore il y avait des éléments de preuve essentiels qui [TRADUCTION] «form[aient] une partie très importante de la chaîne d’éléments de preuve que le ministère public cherche à produire».

De toute façon, je tiens à signaler que ce n’est pas seulement le risque de destruction d’éléments de preuve qui a motivé les actions des policiers en l’espèce. Comme l’a déclaré le juge Lambert en Cour d’appel, à la p. 234, les policiers enquêtaient

160

161

162

commission of an extremely violent crime, and they felt an obligation to find out for certain who the offender was as soon as possible:

The fundamental point in relation to the police conduct in this case was that there had been a savage attack on an elderly man in a small community which suggested a killer who was out of control in the community and that the police had a duty to protect the community. They also had a duty to try to locate and neutralize the killer and if possible to gather evidence that would satisfy them then and there that the killer had been apprehended, and that would later tend to establish that the correct person had been apprehended and made to stand trial.

In those circumstances it is my opinion that the police were facing a situation which could be classified as an emergency, or as exigent circumstances which would require immediate action, and that in addition they were facing circumstances where the possibility of the destruction of evidence, particularly evidence in relation to bloodstains, was a real one and had to be addressed.

163 I completely agree. The nature of the crime is an important factor to consider. There can be little doubt that there is a greater urgency to investigate quickly in a case of violence than, for example, a case of theft: see *United States v. Scroger, supra*, at p. 1260.

164 Additionally, the serious nature of the crime is not a factor to be examined in isolation. It must be recognized that, especially in the case of violent crimes, it is a sound practice for the police to try and apprehend the offender as quickly and with as much certainty as possible. In this regard the learned author of Wayne R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3rd ed. 1996), vol. 3, at p. 271, has noted that the courts should recognize a distinction between a "planned" arrest and one which is the product of an "in the field" investigation. Indeed, he believes, at pp. 271-74, that this should be the defining criterion in making a determination as to whether exigent circumstances are present in a given case:

Although it is not readily apparent how a more workable but yet fair warrantless entry standard could best be expressed, it would seem that a solution is most likely to

sur la perpétration d'un crime extrêmement violent et ils se sentaient tenus de s'assurer le plus tôt possible qui était le contrevenant:

[TRADUCTION] Le point fondamental en ce qui concerne la conduite des policiers en l'espèce était qu'un homme âgé avait été attaqué sauvagement dans une petite localité, ce qui portait à croire qu'un meurtrier était en liberté dans la localité, et que la police avait le devoir de protéger les citoyens. Les policiers avaient également le devoir de tenter de trouver et de neutraliser le meurtrier et, si possible, de rassembler des éléments de preuve qui les convaincraient alors qu'il avait été appréhendé, et qui tendraient plus tard à établir que la bonne personne avait été appréhendée et envoyée à son procès.

Je suis d'avis que, dans ces circonstances, la police faisait face à une situation qui pouvait être qualifiée de situation d'urgence, exigeant une réponse immédiate, et que, de plus, elle faisait face à une situation où il y avait un risque réel de destruction d'éléments de preuve, en particulier ceux concernant des taches de sang, à laquelle il fallait parer.

Je suis entièrement d'accord. La nature du crime est un facteur important à prendre en considération. Il y a peu de doute qu'il est plus urgent d'enquêter rapidement dans un cas de crime de violence que, par exemple, dans un cas de vol: voir *United States c. Scroger*, précité, à la p. 1260.

En outre, la gravité du crime n'est pas un facteur à examiner isolément. Il faut reconnaître que, particulièrement dans les cas de crime violent, les policiers ont la saine habitude de tenter d'appréhender le contrevenant à coup sûr et le plus rapidement possible. À cet égard, l'auteur Wayne R. LaFave a souligné, dans son ouvrage intitulé *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3<sup>e</sup> éd. 1996), vol. 3, à la p. 271, que les tribunaux devraient reconnaître qu'il existe une distinction entre une arrestation [TRADUCTION] «planifiée» et celle qui résulte d'une enquête «sur le terrain». En fait, il croit, aux pp. 271 à 274, que ce devrait être le critère déterminant pour décider s'il existe une situation d'urgence dans un cas donné:

[TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas évident comment on pourrait formuler une norme d'entrée sans mandat plus pratique mais encore équitable, il semblerait que la

be found by distinguishing the truly “planned” arrest from the arrest which is made in the course of an ongoing investigation in the field. A “planned” arrest is one which is made after a criminal investigation has been fully completed at another location and the police make a deliberate decision to go to a certain place, either the arrestee’s home or some other premises where he is believed to be in order to take him into custody . . . . Courts have understandably been reluctant to accept police claims of exigent circumstances in these situations, for it ordinarily appears that whatever exigencies thereafter arose were foreseeable at the time the arrest decision was made, when a warrant could have readily been obtained. In the “planned” arrest situation, then, the only exception to any existing warrant requirement would be the presence of exigent circumstances prior to the time the officers went out into the field for the purpose of making the arrest.

On the other hand, when the occasion for arrest arises while the police are already out in the field investigating the prior or ongoing conduct which is the basis for the arrest, there should be a far greater reluctance to fault the police for not having an arrest warrant. Here, the presumption should be in favor of a warrantless arrest rather than against it, as the probabilities are high that it is not feasible for the police to delay the arrest while one of their number leaves the area, finds a magistrate and obtains a warrant, and then returns with it. [Emphasis added.]

This rationale has been accepted in the U.S., and applied in a number of decisions with facts which closely mirror the situation in the case at bar. In *People v. Johnson*, 637 P.2d 676 (Cal. 1981), for example, the police investigated a shooting in which the accused shot a man whom he believed had kicked his car. Within 75 minutes of the incident, the police located the accused’s car at his girlfriend’s home, entered, and arrested him. The California Supreme Court ruled that this was permissible given the circumstances, concluding at p. 680:

As we . . . recently reaffirmed in *People v. Escudero* (1979) . . . 592 P.2d 312, “in appropriate circumstances the fresh pursuit of a fleeing felon may constitute a sufficiently grave emergency to justify an exception to the

solution consisterait fort probablement à distinguer l’arrestation vraiment «planifiée» de celle qui est effectuée au cours d’une enquête sur le terrain. L’arrestation «planifiée» est celle qui est effectuée après qu’une enquête criminelle a été menée à terme dans un autre endroit et que les policiers ont décidé de se rendre à un certain endroit, soit au domicile de la personne à arrêter soit dans d’autres lieux où on croit qu’elle se trouve dans le but de la mettre en détention [. . .] Il est compréhensible que les tribunaux aient hésité à accepter les prétentions des policiers qu’il existe une situation d’urgence dans ces cas-là, car il appert ordinairement que, quelle que soit l’urgence qui ait pris naissance par la suite, elle était prévisible au moment où la décision d’effectuer une arrestation a été prise, quand un mandat aurait pu être obtenu facilement. Dans le cas de l’arrestation «planifiée», alors, la seule exception à l’obligation d’obtenir un mandat serait le cas où une situation d’urgence existait avant que les policiers se rendent sur le terrain dans le but d’effectuer l’arrestation.

Par ailleurs, lorsque la possibilité d’effectuer l’arrestation se présente alors que les policiers sont déjà sur le terrain en train d’enquêter sur la conduite antérieure ou actuelle qui justifie l’arrestation, on devrait hésiter encore plus à reprocher aux policiers de ne pas s’être procuré un mandat d’arrestation. Ici, la présomption devrait jouer en faveur d’une arrestation sans mandat plutôt que contre elle, car il est fort probable qu’il ne sera pas possible aux policiers de retarder l’arrestation pendant que l’un d’eux quitte les lieux pour aller trouver un magistrat et obtenir un mandat, pour ensuite revenir avec ce mandat. [Je souligne.]

Ce raisonnement a été accepté aux États-Unis et appliqué dans un certain nombre d’arrêts dont les faits reflètent de très près la situation qui existe en l’espèce. Dans l’arrêt *People c. Johnson*, 637 P.2d 676 (Cal. 1981), par exemple, les policiers enquêtaient sur une fusillade au cours de laquelle l’accusé avait fait feu sur un homme qui, d’après lui, avait frappé sa voiture. Moins de 75 minutes après l’incident, les policiers ont repéré la voiture de l’accusé au domicile de son amie, sont entrés et l’ont arrêté. La Cour suprême de la Californie a décidé que cela était acceptable en raison des circonstances, concluant, à la p. 680:

[TRADUCTION] Comme nous l’avons [. . .] récemment affirmé de nouveau dans l’arrêt *People c. Escudero* (1979) [. . .] 592 P.2d 312, «dans une situation appropriée, la prise en chasse d’un criminel en fuite peut

warrant requirement and make it constitutionally reasonable for the police to enter a private dwelling without prior authorization of a magistrate". In that case we approved an arrest within a defendant's residence when he had been surprised in the act of committing a burglary, had escaped, and had been identified through a description and car registration. The police then proceeded directly to the defendant's residence, made a warrantless entry and arrested him. We observed "that although 'fresh pursuit' of a fleeing felon must be substantially continuous and afford the law enforcement authorities no reasonable opportunity to obtain a warrant, it is not necessary that the suspect be kept physically in view at all times." Here, the officers were in expeditious pursuit which was continuous and direct.

Moreover, as we have stated, defendant was suspected of a violent offense involving the repeated discharge of a firearm. Exigent circumstances validating a defendant's arrest within a dwelling may be deemed to exist when there is a "likelihood that one of the suspects may have been an armed killer (see *James v. Superior Court* (1978) . . . 151 Cal.Rptr. 270)".

166 Another decision worthy of consideration is *People v. Williams*, 641 N.E.2d 296 (Ill. 1994). In that case, the police investigated a murder where a woman was shot to death while in the process of entering her apartment building. After a 27-hour investigation, the officers proceeded to the accused's residence, and without a warrant forcibly entered and arrested him. Despite argument by the accused that the entry was unconstitutional, the court ruled at pp. 306-7 that in the circumstances, it was entirely proper:

The crime invoked was of the most serious nature, involving unprovoked, deadly violence against the victim. From the time of the murder until defendant's arrest only 27 hours later, the police conducted an around-the-clock investigation, acting on every lead they received without delay . . . .

Defendant's argument that, given the time lapse between Golden's statement and his arrest, the police could have obtained an arrest warrant is unpersuasive . . . . The officers clearly acted without delay in ini-

constituer une urgence suffisamment grave pour justifier une exception à l'obligation d'obtenir un mandat et faire en sorte qu'il est raisonnable sur le plan constitutionnel que les policiers entrent dans une maison privée sans avoir obtenu l'autorisation préalable d'un magistrat». Dans ce cas, nous avons approuvé une arrestation effectuée dans la résidence d'un défendeur après qu'il eut été surpris en train de commettre un cambriolage, se fut enfui et eut été identifié au moyen d'une description et de l'immatriculation d'une voiture. Les policiers sont alors allés directement à la résidence du défendeur, sont entrés sans mandat et l'ont arrêté. Nous avons fait remarquer «que, malgré que la «prise en chasse» d'un criminel en fuite doive être continue pour l'essentiel et ne pas accorder aux autorités chargées d'appliquer la loi la possibilité raisonnable d'obtenir un mandat, il n'est pas nécessaire que le suspect soit physiquement gardé à vue en tout temps». En l'espèce, les policiers participaient à une poursuite expéditive qui était continue et directe.

De plus, comme nous l'avons mentionné, le défendeur était soupçonné d'avoir commis une infraction violente impliquant la décharge à répétition d'une arme à feu. On peut considérer qu'il existe une situation d'urgence justifiant l'arrestation d'un défendeur dans une maison d'habitation lorsqu'il y a «probabilité que l'un des suspects ait été un meurtrier armé (voir *James c. Superior Court* (1978) [. . .] 151 Cal.Rptr. 270)».

Un autre arrêt digne d'examen est *People c. Williams*, 641 N.E.2d 296 (Ill. 1994). Dans cette affaire, les policiers enquêtaient sur le meurtre d'une femme tuée par balles alors qu'elle entraînait dans son immeuble d'appartements. Après une enquête de 27 heures, les policiers se sont rendus à la résidence de l'accusé, sont entrés par la force sans mandat et l'ont arrêté. Bien que l'accusé ait soutenu que l'entrée était inconstitutionnelle, la cour a jugé, aux pp. 306 et 307, que, dans les circonstances, elle était tout à fait appropriée:

[TRADUCTION] Le crime reproché était très grave et impliquait le recours à une violence mortelle et non provoquée contre la victime. Depuis la perpétration du meurtre jusqu'à l'arrestation du défendeur, 27 heures plus tard seulement, les policiers avaient mené leur enquête sans répit, suivant chaque piste sans délai . . . .

L'argument du défendeur selon lequel, vu le laps de temps écoulé entre la déclaration de Golden et son arrestation, les policiers auraient pu obtenir un mandat d'arrestation, n'est pas convaincant [. . .] Les policiers ont

tiating efforts to apprehend defendant following receipt of information from Golden concerning defendant and his possible whereabouts.

See also: *State v. Storvick*, 428 N.W.2d 55 (Minn. 1988); *State v. Gonsalves*, 553 A.2d 1073 (R.I. 1989); *People v. Smith*, 604 N.E.2d 858 (Ill. 1992).

In my view, these cases illuminate the difficulties which can be faced by police when conducting an investigation “in the field”. They also recognize that a finding of exigency will vary depending on the nature of the crime and the manner in which the investigation is conducted as a result of legitimate fears that the suspect will either abscond, commit further violence or otherwise frustrate law enforcement efforts.

Furthermore, I believe that many of the factors gleaned from the above noted authorities were present in the case at bar. In particular, I note that:

- (a) the police were investigating a very violent murder;
- (b) the arrest was made “in the field” in the midst of an ongoing investigation. As LaFave notes, this should lead to the presumption of a lawful arrest;
- (c) as set out previously, it was extremely impractical to obtain an arrest or search warrant given the location of the community;
- (d) the police were in the midst of a “fresh pursuit” which was continuous and direct;
- (e) the police had a reasonable fear that if they did not neutralize the killer, he would commit further violence.

This should not be taken as an exhaustive list of factors which are necessary in every case. Nevertheless, when combined with the earlier mentioned concern about the loss of evidence, they leave no doubt in my mind that exigent circumstances existed here. I am further persuaded by the fact

manifestement agi sans délai en déployant des efforts pour appréhender le défendeur à la suite des renseignements obtenus de Golden au sujet du défendeur et de l'endroit où il pouvait se trouver.

Voir également: *State c. Storvick*, 428 N.W.2d 55 (Minn. 1988); *State c. Gonsalves*, 553 A.2d 1073 (R.I. 1989); *People c. Smith*, 604 N.E.2d 858 (Ill. 1992).

À mon avis, ces affaires illustrent les difficultés auxquelles les policiers peuvent faire face lorsqu'ils mènent une enquête «sur le terrain». On y reconnaît également que la conclusion qu'il existe une situation d'urgence dépendra de la nature du crime et de la manière dont l'enquête est menée à la suite des craintes légitimes que le suspect s'enfuit, commette d'autres actes violents ou contre-carre les efforts des autorités chargées d'appliquer la loi.

En outre, je crois que plusieurs des facteurs dégagés par la doctrine et la jurisprudence susmentionnées étaient présents en l'espèce. En particulier, je note que:

- a) les policiers enquêtaient sur un meurtre très violent;
- b) l'arrestation a été effectuée «sur le terrain» au cours d'une enquête. Comme LaFave le fait remarquer, cela devrait mener à la présomption que l'arrestation était légale;
- c) comme il a été mentionné précédemment, il était extrêmement irréaliste de tenter d'obtenir un mandat d'arrestation ou un mandat de perquisition vu l'emplacement de la localité;
- d) les policiers étaient en train de se livrer à une «prise en chasse» qui était continue et directe;
- e) les policiers craignaient raisonnablement que, s'ils ne neutralisaient pas le meurtrier, il commettrait d'autres actes de violence.

Il ne faudrait pas penser qu'il s'agit là d'une liste exhaustive des facteurs requis dans chaque cas. Néanmoins, conjugués à la crainte susmentionnée de perte d'éléments de preuve, il n'y a aucun doute dans mon esprit qu'il existait en l'espèce une situation d'urgence. En outre, le fait que

167

168

169

that the officers involved, the trial judge and the Court of Appeal were all of the view that an emergency situation existed. This is not a factor which should be discounted lightly. As I stated in my minority reasons in *Silveira, supra*, at para. 121:

On the facts of this case, the trial judge, with the benefit of having heard the whole of the evidence regarding the circumstances which led the police to enter the appellant's private dwelling, did not find that in so doing, the police had acted in bad faith . . . It is not the proper function of this Court to now second-guess the trial judge on pure findings of fact, particularly when no error of the kind that would attract appellate intervention has been demonstrated with respect to the trial judge's findings of fact on this point (see, e.g., *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 467).

170

Sopinka J., however, suggests that simply watching the trailer would have been a sufficient response by the officers and would have prevented the appellant from committing any further harm or destroying evidence. In my view, this conclusion appears to utilize the same sort of *ex post facto* reasoning of which my colleague so strongly disapproves: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3. I agree that this type of reasoning is of little help in determining whether an entry was justified; however, I believe that, in fairness, the same approach should apply to a review of the presence of exigent circumstances. My colleague's conclusion is dependent upon the fact that the appellant was actually in the trailer and not in the process of committing other harm or destroying evidence. Given the urgency of the situation, if the police had adopted the procedure suggested by my colleague and had been incorrect as to their belief of his presence inside the trailer, this error could have had grave consequences.

171

While it may be true that the appellant at the time of arrest was asleep, in the trailer and not in the process of destroying evidence, this does not displace the legitimate concern the police possessed. It is highly likely that, given enough time, the appellant would have destroyed the evidence.

les policiers concernés, le juge du procès et la Cour d'appel ont tous été d'avis qu'il existait une situation d'urgence est très persuasif. Ce n'est pas un facteur qui devrait être écarté à la légère. Comme je l'ai affirmé dans ma dissidence dans l'arrêt *Silveira*, précité, au par. 121:

Compte tenu des faits de la présente affaire, le juge du procès, qui a eu l'avantage d'entendre toute la preuve concernant les circonstances qui ont amené la police à entrer dans la maison privée de l'appelant, n'a pas conclu qu'en ce faisant la police avait agi de mauvaise foi. [. . .] Il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer après coup sur une pure détermination des faits par le juge du procès, particulièrement lorsqu'on n'a démontré aucune erreur de la nature de celle qui entraînerait l'intervention d'une cour d'appel (voir, par exemple, l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 467).

Le juge Sopinka laisse cependant entendre que le simple fait pour les policiers de surveiller la remorque aurait été suffisant et aurait empêché l'appelant de causer d'autres torts ou de détruire des éléments de preuve. À mon avis, cette conclusion paraît faire appel au même genre de raisonnement *ex post facto* que mon collègue désapprouve si fortement: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Je suis d'accord pour dire que ce genre de raisonnement est de peu de secours pour déterminer si une entrée était justifiée; cependant, je crois, en toute justice, que la même approche devrait s'appliquer pour déterminer si une situation d'urgence existe. La conclusion de mon collègue dépend du fait que l'appelant était vraiment dans la remorque et non pas en train de causer d'autres torts ou de détruire des éléments de preuve. Étant donné l'urgence de la situation, si les policiers avaient adopté la procédure suggérée par mon collègue et avaient eu tort de croire à la présence de l'appelant dans la remorque, cette erreur aurait pu avoir de graves conséquences.

Bien qu'il puisse être vrai que l'appelant dormait dans la remorque au moment de l'arrestation et n'était pas en train de détruire des éléments de preuve, cela ne déplace pas la crainte légitime qu'avaient les policiers. Il est fort probable que, s'il avait eu suffisamment de temps, l'appelant aurait détruit les éléments de preuve.

Furthermore, the suggestion that the police could have simply watched the trailer while waiting for a warrant, fails to recognize that the nearest police station was over one hour's drive away. Even assuming that it would have been possible to see a Justice of the Peace and obtain a warrant at that time, the entire procedure of communicating with the station, conveying the necessary information and arranging for another officer to obtain a warrant and drive to Likely, would probably have taken, at a minimum, close to two hours. This would have given the appellant ample time to destroy evidence. In addition, as stated above, this delay would have had even greater significance if in actuality the police had been incorrect about the appellant's whereabouts or his involvement in the crime. In that case, the delay likely would have allowed for the offender to escape.

For all of the reasons set out above, I believe that exigent circumstances were indeed present in the case at bar. Additionally, I am of the view that where these circumstances exist, the common law authorizing entries onto private premises constitutes a "reasonable" entry for the purposes of s. 8 of the *Charter*.

Was the search conducted in a reasonable manner?

The entry into the trailer was conducted in as non-intrusive a manner as possible. Sergeant Madrigga announced himself and waited for the appellant to answer. As he testified, he would not even have entered had the appellant answered the door. He drew his gun, an entirely reasonable decision given the circumstances, but kept it at his side. Once inside, he woke the appellant, pulled him into the light and immediately arrested him. The search the police eventually conducted was also minimally intrusive. Despite having the legal authority to do so, the officer chose not to search the premises at that time but instead decided to obtain a search warrant. The search was reasonably conducted.

De plus, la suggestion selon laquelle les policiers auraient pu se contenter de surveiller la remorque en attendant d'obtenir un mandat ignore le fait que le poste de police le plus proche se trouvait à plus d'une heure de route. Même en supposant qu'il aurait alors été possible de voir un juge de paix et d'obtenir un mandat, toute la procédure consistant à communiquer avec le poste de police, à transmettre les renseignements nécessaires et à s'arranger pour qu'un autre policier obtienne un mandat et revienne à Likely aurait probablement duré près de deux heures au moins. Cela aurait donné à l'appelant amplement le temps de détruire des éléments de preuve. En outre, comme nous l'avons vu plus haut, ce délai aurait été encore plus considérable si, en réalité, les policiers s'étaient trompés quant au lieu où se trouvait l'appelant ou quant à son implication dans le crime. Dans ce cas, le délai aurait probablement permis au contrevenant de s'enfuir.

Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, je crois qu'il existait véritablement une situation d'urgence en l'espèce. De plus, je suis d'avis que, lorsque cette situation existe, la common law autorisant l'entrée dans les lieux privés constitue une entrée «non abusive» aux fins de l'art. 8 de la *Charte*.

La perquisition a-t-elle été effectuée de manière non abusive?

L'entrée dans la remorque a été effectuée d'une manière aussi peu envahissante que possible. Le sergent Madrigga s'est annoncé et a attendu que l'appelant réponde. Selon son témoignage, il ne serait même pas entré si l'appelant avait répondu à la porte. Il a dégainé son pistolet, décision tout à fait raisonnable dans les circonstances, mais il l'a gardé pointé vers le sol. Une fois à l'intérieur, il a réveillé l'appelant, l'a amené vers un endroit éclairé et l'a arrêté immédiatement. La perquisition que les policiers ont finalement effectuée était également la moins envahissante possible. Même si la loi l'autorisait à le faire, le policier a choisi de ne pas perquisitionner dans les lieux à ce moment-là, et a plutôt décidé d'obtenir un mandat de perquisition. La perquisition a été effectuée de façon non abusive.

172

173

174

Conclusion

175

It follows that as the police's entry was for the purpose of effecting an arrest, there was no breach of s. 8 at that time. Given my conclusion that the police lawfully entered the trailer to effect an arrest of the appellant, it naturally follows that they were entitled to search incident to arrest, and to seize the appellant's shirt as evidence. The authority to search incident to arrest is well established at common law and has withstood *Charter* scrutiny as well. In *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 180-81, I reviewed the history of this police power and concluded:

In general, despite certain comments in scholarly discussion, it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or provide evidence against him. The common thread in this line of authority is the objective of guaranteeing safety and applying the law effectively.

See also: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-4; *Debot, supra*, at p. 1146, *per* Lamer J. (as he then was).

176

The search of the appellant consisted mainly of the shirt that he was wearing and his immediate surroundings. While the police would have been justified in doing so, they refrained from searching the immediate area and seizing objects which obviously could have been used as evidence. This minimal search incident to arrest did not violate the *Charter*.

(B) *Section 8 — The Search Warrant*

177

The appellant has also submitted that the warrant which was obtained following the arrest was based on information obtained during an unlawful arrest. Given that I do not share the appellant's

Conclusion

Il s'ensuit que, parce que la police est entrée dans le but d'effectuer une arrestation, il n'y a eu aucune violation de l'art. 8 à ce moment-là. Étant donné ma conclusion que les policiers sont entrés légalement dans la remorque pour y arrêter l'appellant, il s'ensuit naturellement qu'ils avaient le droit d'effectuer une fouille ou perquisition accessoire à l'arrestation, et de saisir la chemise de l'appellant à titre d'élément de preuve. Le pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition accessoire à une arrestation est bien établi en common law et a également résisté à l'examen fondé sur la *Charte*. Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, aux pp. 180 et 181, j'ai conclu ceci, après avoir fait l'historique de ce pouvoir policier:

Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi.

Voir également: *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 et 404; *Debot*, précité, à la p. 1146, le juge Lamer (maintenant Juge en chef).

La fouille ou perquisition effectuée chez l'appellant a porté principalement sur la chemise qu'il portait et sur les objets dans son entourage immédiat. Même s'ils avaient été justifiés de le faire, les policiers se sont abstenus de perquisitionner dans les environs immédiats et de saisir des objets qui auraient pu, de toute évidence, servir d'éléments de preuve. Cette fouille ou perquisition minimale, effectuée accessoirement à l'arrestation, n'a pas violé la *Charte*.

(B) *L'article 8 — Le mandat de perquisition*

L'appellant a aussi fait valoir que le mandat obtenu à la suite de l'arrestation avait été décerné sur la foi de renseignements obtenus au cours d'une arrestation illégale. Étant donné que je ne

conclusion regarding the legality of the arrest, this line of argument must fail as well. In my view, the warrant was properly obtained.

Even were I to agree that the arrest which took place in this case was unlawful, I would have no difficulty concluding that the search warrant was properly issued. Where a warrant is obtained partially on the strength of tainted evidence, and partially on evidence which was properly obtained, the role of the court is to consider whether or not the warrant would have been issued solely on the strength of the evidence which was properly obtained: *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 26; *Grant*, *supra*, at pp. 251-52; *Kokesch*, *supra*. In the case at bar, the trial judge ruled that before the officers entered the trailer and arrested the appellant there existed reasonable and probable grounds to believe the appellant was the culprit. This ruling is sufficient to infer that a search warrant could properly have been issued based solely on the strength of the information which was obtained prior to the arrest.

(C) *Section 8 and the Fingerprints*

My colleague Sopinka J. has concluded that compelling the appellant to provide fingerprints was, in the circumstances of this case, a violation of s. 8 of the *Charter*, in that it occurred in the absence of a lawful arrest. As I have set out above, I am of the view that the arrest was, indeed, a lawful one. It is clear that fingerprinting as an incident of a legal arrest does not violate the *Charter*: *Beare*, *supra*. This ground of appeal must also be dismissed.

(D) *Sections 7 and 9 of the Charter*

The appellant has also raised arguments under ss. 7 and 9 of the *Charter*. His position is predicated on the assumption that the arrest which took place was unlawful. Given my finding that the arrest was not unlawful, it cannot be said that these sections of the *Charter* have been violated.

(E) *Right to Counsel*

partage pas la conclusion de l'appelant au sujet de la légalité de l'arrestation, cet argument doit échouer lui aussi. À mon avis, le mandat a été obtenu régulièrement.

Même si je convenais que l'arrestation qui a été effectuée en l'espèce est illégale, je n'aurais aucune difficulté à conclure que le mandat de perquisition a été décerné régulièrement. Lorsqu'un mandat est obtenu en partie sur la foi d'une preuve viciée, et en partie sur la foi d'une preuve obtenue régulièrement, la cour doit déterminer si le mandat aurait été délivré sur la seule foi de la preuve obtenue régulièrement: *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, au par. 26; *Grant*, précité, aux pp. 251 et 252; *Kokesch*, précité. En l'espèce, le juge du procès a statué que, avant que les policiers entrent dans la remorque et y arrêtent l'appelant, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant était le coupable. Cette décision est suffisante pour que l'on puisse déduire qu'un mandat de perquisition aurait pu être décerné régulièrement sur la seule foi des renseignements obtenus avant l'arrestation.

(C) *L'article 8 et les empreintes digitales*

Mon collègue le juge Sopinka a conclu que forcer l'appelant à fournir des empreintes digitales constituait, dans les circonstances de la présente affaire, une violation de l'art. 8 de la *Charte*, du fait que cela s'est produit en l'absence d'une arrestation légale. Comme je l'ai dit précédemment, je suis d'avis que l'arrestation était bel et bien légale. Il est clair que la prise d'empreintes digitales effectuée accessoirement à une arrestation légale ne viole pas la *Charte*: *Beare*, précité. Ce moyen d'appel doit également être rejeté.

(D) *Les articles 7 et 9 de la Charte*

L'appelant a aussi invoqué des arguments fondés sur les art. 7 et 9 de la *Charte*. Son point tient pour acquis que l'arrestation qui a eu lieu était illégale. Vu ma conclusion que l'arrestation n'était pas illégale, on ne saurait dire qu'il y a eu violation de ces articles de la *Charte*.

(E) *Le droit à l'assistance d'un avocat*

178

179

180

181

The appellant additionally submits that his right to counsel was violated when the police first entered the trailer. His argument on this point is two-fold. First, he asserts that from the moment Sgt. Madrigga entered the trailer and shook him by the foot in order to wake him up, he was "detained", and the officer was obliged to inform him of his right to counsel. The second branch of the argument deals with the caution itself, which was given a few minutes later after the appellant was arrested. The appellant asserts that the caution fell short of the standard mandated by this Court in the case of *Bartle, supra*. In my view, neither of these arguments possesses any merit.

182

Contrary to the appellant's submissions, the police are not obliged to read an accused his s.10(b) rights the instant he is detained or arrested. The police must be permitted the latitude to assess and gain control of the situation and determine whether a potentially dangerous situation exists: *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. Here, the appellant was being sought for a very serious and violent crime, and there was no way for the officer entering the premises to know how the appellant might have reacted. In addition, the officer was walking into a dark room and the appellant was sleeping. Surely, the officer was not supposed to read the appellant his rights while he was asleep. The caution was given at the first reasonable opportunity. The delay in this case between the time Sgt. Madrigga grabbed the appellant's leg to wake him up and the time he was read his right to counsel was no more than a few minutes. It is inconceivable that a *Charter* breach could be said to have occurred as the result of this short delay alone. I note in passing that a very similar situation occurred in the case of *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. In that case, the accused was detained by two officers for approximately five minutes before being formally arrested and given his right to counsel. Despite concluding that there had been a s.10(b) violation owing to other irregularities, this Court found that there was nothing wrong with

L'appelant allègue aussi que son droit à l'assistance d'un avocat a été violé lorsque la police est entrée pour la première fois dans la remorque. Son argument sur ce point comporte deux volets. Premièrement, il affirme qu'à partir du moment où le sergent Madrigga est entré dans la remorque et lui a secoué le pied pour le réveiller, il était «détenu» et le policier avait l'obligation de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Le second volet de l'argument concerne la mise en garde elle-même, qui a été faite quelques minutes plus tard après l'arrestation de l'appelant. L'appelant affirme que cette mise en garde ne respectait pas la norme établie par notre Cour dans l'arrêt *Bartle*, précité. À mon avis, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'est fondé.

Contrairement aux allégations de l'appelant, les policiers ne sont pas obligés de faire lecture à l'accusé des droits qui lui sont garantis par l'al. 10b), dès le moment précis où il est détenu ou arrêté. Les policiers doivent avoir la latitude d'évaluer et de maîtriser la situation et de déterminer s'il existe une situation potentiellement dangereuse: *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. En l'espèce, l'appelant était recherché pour un crime très grave et très violent, et le policier qui entra dans les lieux n'était nullement en mesure de savoir comment l'appelant réagirait. De plus, le policier avançait dans une pièce sombre et l'appelant dormait. Certes, le policier n'était pas supposé faire lecture à l'appelant de ses droits pendant que celui-ci dormait. La mise en garde a été faite à la première occasion raisonnable. En l'espèce, il ne s'est écoulé que quelques minutes entre le moment où le sergent Madrigga a saisi la jambe de l'appelant pour le réveiller et celui où on lui a fait lecture de son droit à l'assistance d'un avocat. Il est inconcevable que l'on puisse dire qu'il y a eu violation de la *Charte* à cause de ce bref délai seulement. Je souligne, en passant, que la situation était très semblable dans l'affaire *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. Dans cette affaire, l'accusé a été détenu par deux policiers pendant environ cinq minutes avant d'être formellement arrêté et de se voir accorder le droit de consulter un avocat. Bien qu'elle ait conclu qu'il y avait eu violation de l'al. 10b) en raison d'autres irrégularités, notre Cour a

a short delay prior to reading the accused his or her rights.

As to the second concern, there was no indication in the case at bar that the appellant received a deficient s.10(b) warning. After being arrested, the appellant was informed:

It is my duty to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you want. A Legal Aid duty lawyer is available to provide legal advice to you without charge and can explain the Legal Aid plan to you. If you wish to contact a Legal Aid duty lawyer, I can provide you with a telephone number. Do you understand?

After giving this portion of the warning, the appellant was asked if he understood. He nodded in assent. The officer then proceeded to warn the accused that he was “not obliged to say anything but anything [he did] say may be given in evidence.”

The officer then asked the appellant once again if he understood. After staring blankly at him, the officer repeated the question, to which the appellant replied: “Yes, what do you think, I am illiterate?”

The appellant has argued that this caution falls short of the requirements set out by a majority of this Court in *Bartle, supra*. In that decision, the scope of the right to counsel and the information required to be given to an accused upon arrest was considerably enlarged. Specifically, Lamer C.J. set out the expanded duty of police officers as follows at p. 198:

... police authorities are required to inform detainees about Legal Aid and duty counsel services which are in existence and available in the jurisdiction at the time of detention. In case there is any doubt, I would add here that basic information about how to access available services which provide free, preliminary legal advice should be included in the standard s.10(b) caution. This need consist of no more than telling a detainee in plain

jugé qu’il n’y avait rien de mal à ce qu’il s’écoule un bref délai avant que l’accusé obtienne lecture de ses droits.

Quant au deuxième point, rien ici n’indiquait que la mise en garde que l’appelant avait reçue en vertu de l’al. 10b) était déficiente. Après son arrestation, l’appelant a été informé:

[TRADUCTION] J’ai le devoir de vous informer que vous avez le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Vous avez le droit de téléphoner à l’avocat de votre choix. Vous avez également droit aux conseils gratuits d’un avocat de garde de l’aide juridique qui peut vous expliquer le Régime d’aide juridique. Si vous voulez appeler un avocat de garde de l’aide juridique, je peux vous fournir un numéro de téléphone. Comprenez-vous?

Après lui avoir lu cette partie de la mise en garde, on a demandé à l’appelant s’il comprenait. Il a fait un signe de tête affirmatif. Le policier a ensuite averti l’accusé qu’il n’était pas [TRADUCTION] «obligé de dire quoi que ce soit mais que tout ce [qu’il dirait] pourra[it] servir de preuve».

Le policier a alors demandé de nouveau à l’appelant s’il comprenait. Comme l’appelant le regardait fixement, le policier a répété sa question, à laquelle l’appelant a répondu: [TRADUCTION] «Oui, pensez-vous que je suis illettré?»

L’appelant a soutenu que cette mise en garde ne respecte pas les conditions énoncées par notre Cour à la majorité dans l’arrêt *Bartle*, précité. Dans cet arrêt, on a élargi considérablement la portée du droit à l’assistance d’un avocat et des renseignements à donner à un accusé lors de son arrestation. Plus précisément, le juge en chef Lamer énonce ainsi l’obligation accrue des policiers, à la p. 198:

... les autorités policières sont tenues d’informer les personnes qu’elles mettent en détention de l’existence dans leur province ou territoire de services d’aide juridique et d’avocats de garde. Pour dissiper tout doute, j’ajouterais ici que la mise en garde type faite en vertu de l’al. 10b) devrait comprendre des renseignements de base sur la façon d’avoir accès aux conseils juridiques préliminaires gratuits qui sont à leur disposition. Il suffi-

183

184

185

186

language that he or she will be provided with a phone number should he or she wish to contact a lawyer . . .

At the time, I stated at p. 224, that s. 10(b) should not require the police to inform all detainees of existing duty counsel programs, absent an expression of concern by the detainee regarding his or her ability to afford a lawyer. To require the police to do otherwise is to require a standard of perfection not mandated by s. 10(b) of the *Charter*.

187 In any event, the warning given in the case at bar clearly satisfied the components set out by the majority of this Court in *Bartle*. The appellant was informed that free legal advice was available to him and that he could telephone to receive it. In addition, the officer offered to provide the number to the appellant if requested. The appellant was advised that he was under no obligation to say anything at all. As the Chief Justice stated in *Bartle*, at p. 198, a satisfactory warning “need consist of no more than telling a detainee in plain language that he or she will be provided with a phone number should he or she wish to contact a lawyer”. This requirement was obviously satisfied here. The warning, therefore, was not deficient.

188 I would also note that the retroactive application of *Bartle* and its companion cases has recently come into question as a result of events following the Court’s decision in those cases. Immediately after the decisions were handed down, the Attorney General for Alberta, who had been a party to the case of *R. v. Cobham*, [1994] 3 S.C.R. 360, sought a stay of the operation of *Cobham* for a 21-day period until October 20, 1994. On October 20, 1994, this Court handed down an order which stated:

The application for a re-hearing is granted on the issue of whether there should be a transition period, and the operation of the judgment herein [i.e. *Cobham*] is stayed for a period of 21 days from the date such judgment was issued, namely September 29, 1994.

rait de dire simplement à la personne détenue qu’on lui donnera un numéro de téléphone si elle veut communiquer avec un avocat . . .

À l’époque, j’ai dit, à la p. 224, que l’al. 10b) ne devrait pas imposer aux policiers l’obligation d’informer tous les détenus des programmes existants d’avocats de garde, lorsque la personne détenue ne s’inquiète pas de sa capacité d’assumer les frais d’un avocat. Obliger les policiers à agir autrement, c’est prescrire une norme de perfection que ne commande pas l’al. 10b) de la *Charte*.

De toute façon, la mise en garde qui a été faite en l’espèce respectait nettement les éléments énoncés par notre Cour à la majorité dans l’arrêt *Bartle*. L’appelant a été informé de la possibilité d’obtenir des conseils juridiques gratuits et de téléphoner pour les obtenir. De plus, le policier a offert à l’appelant de lui donner le numéro à composer, s’il en faisait la demande. L’appelant a été avisé qu’il n’était pas tenu de dire quoi que ce soit. Comme le Juge en chef l’a affirmé dans l’arrêt *Bartle*, à la p. 198, pour qu’une mise en garde soit satisfaisante, il «suffirait de dire simplement à la personne détenue qu’on lui donnera un numéro de téléphone si elle veut communiquer avec un avocat». Il a été manifestement satisfait à cette exigence en l’espèce. La mise en garde n’était donc pas déficiente.

Je ferais également remarquer que l’application rétroactive de l’arrêt *Bartle* et de ses arrêts connexes a été récemment mise en question à la suite d’événements qui ont suivi l’arrêt rendu par la Cour dans ces affaires. Immédiatement après que les arrêts eurent été rendus, le procureur général de l’Alberta, qui avait été partie à l’affaire *R. c. Cobham*, [1994] 3 R.C.S. 360, a cherché à faire suspendre l’application de *Cobham* pendant une période de 21 jours jusqu’au 20 octobre 1994. Le 20 octobre 1994, notre Cour a rendu une ordonnance dans laquelle elle affirmait:

La demande de nouvelle audition est accordée sur la question de savoir s’il devrait y avoir une période de transition, et l’exécution du jugement en question [c.-à-d. *Cobham*] est suspendue pour une période de 21 jours à compter de la date à laquelle il a été rendu, soit le 29 septembre 1994.

There has been some question as to whether this order has the effect of suspending the retroactive application of *Bartle* throughout Canada to all potential violations which took place prior to October 20, 1994. I note that more than one court has reached exactly this conclusion: *R. v. Latimer* (1995), 99 C.C.C. (3d) 481 (Sask. C.A.), aff'd without reference to this point, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Lorincz* (1995), 9 M.V.R. (3d) 186 (Alta. C.A.); *R. v. Loudon*, [1995] B.C.J. No. 2446 (S.C.). In *Latimer*, *supra*, this issue was raised before this Court but the Chief Justice declined to address the point as it was not necessary to decide it in order to resolve the case. I take a similar position here.

Aside from the caution's actual wording, Sopinka J. finds that the police violated the appellant's s. 10(b) rights by not affording him a proper opportunity to contact counsel before questioning him. Additionally, the appellant submits that the police erred in merely reading him the standard warning. He asserts that the police were obligated to ensure that he understood exactly what his rights were. In my view, this reasoning is based upon a fundamental misconception of how the right to counsel operates.

Contrary to the appellant's submissions, the police are not under an obligation to assure themselves positively that an accused understands what his right to counsel entails. It was recognized very early in *Charter* jurisprudence that placing this burden on the police would be prohibitive and would inhibit legitimate police investigative techniques: *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.); *R. v. Sabourin* (1984), 13 C.C.C. (3d) 68 (Man. C.A.). This principle has been affirmed numerous times. As McLachlin J. stated in *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 891:

The purpose of s. 10(b) is to require the police to communicate the right to counsel to the detainee. In most cases one can infer from the circumstances that the accused understands what he has been told. In such

On s'est demandé si cette ordonnance a pour effet de suspendre l'application rétroactive de l'arrêt *Bartle*, partout au Canada, à toutes les violations potentielles antérieures au 20 octobre 1994. Je souligne que plus d'un tribunal est arrivé exactement à cette conclusion: *R. c. Latimer* (1995), 99 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Sask.), confirmé sans qu'il soit fait allusion à ce point, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Lorincz* (1995), 9 M.V.R. (3d) 186 (C.A. Alb.); *R. c. Loudon*, [1995] B.C.J. No. 2446 (C.S.). Dans l'arrêt *Latimer*, précité, cette question a été soulevée devant notre Cour, mais le Juge en chef a refusé d'aborder ce point, car il n'était pas nécessaire de le trancher pour régler l'affaire. J'adopte un point de vue similaire en l'espèce.

Outre le libellé même de la mise en garde, le juge Sopinka conclut que les policiers ont violé les droits garantis à l'appelant par l'al. 10(b), en ne lui accordant pas une possibilité suffisante de communiquer avec un avocat avant de l'interroger. De plus, l'appelant soutient que les policiers ont commis une erreur en lui faisant simplement lecture de la mise en garde habituelle. Il affirme que les policiers devaient s'assurer qu'il comprenait exactement quels étaient ses droits. À mon avis, ce raisonnement est fondé sur une méprise fondamentale quant à la façon dont s'applique le droit à l'assistance d'un avocat.

Contrairement aux allégations de l'appelant, les policiers ne sont pas tenus de s'assurer formellement qu'un accusé comprend ce que comporte son droit à l'assistance d'un avocat. Il a été reconnu très tôt dans la jurisprudence relative à la *Charte* qu'il serait prohibitif d'imposer ce fardeau aux policiers et que cela gênerait les techniques d'enquête policière légitimes: *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.); *R. c. Sabourin* (1984), 13 C.C.C. (3d) 68 (C.A. Man.). Ce principe a été confirmé à maintes reprises. Comme le juge McLachlin l'a dit dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 891:

L'objet de l'al. 10(b) est d'exiger des policiers qu'ils fassent connaître à la personne détenue son droit à l'assistance d'un avocat. Dans la plupart des cas, il est possible de conclure, d'après les circonstances, que l'accusé

189

190

cases, the police are required to go no further . . . [Emphasis in original.]

See also *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540; *Bartle*, *supra*, at p. 204; *Latimer*, *supra*.

191 Once an accused has indicated that he understands the rights which have been explained to him in plain language, the police are perfectly entitled, in the absence of clear indications demonstrating otherwise, to accept what he says and are not obliged to inquire further. Here, the police had no reason whatsoever to conclude that the appellant did not understand his s.10(b) rights. On the contrary, the appellant expressly responded twice that he did understand them. I see no reason why the police should not have taken him at his word.

192 I am also unable to agree with Sopinka J. that the police were obliged to refrain from questioning the appellant until he had an opportunity to exercise his right to counsel. An accused must indicate a desire to exercise this right before the police are under any obligation to provide an opportunity to do so. As the Chief Justice stated in *Bartle*, *supra*, at p. 192, s. 10(b) imposes the following duties on law enforcement agents:

- (1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;
- (2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and
- (3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger). [Emphasis added.]

(See also *Evans*, *supra*, at p. 890; *Manninen*, *supra*, at pp. 1241-42; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203-4.)

193 Lamer C.J. went on to add that, at p. 192, the second and third duties are "implementation duties

comprend ce qui lui est dit. Dans ces cas, les policiers ne sont pas tenus de faire plus . . . [Souligné dans l'original.]

Voir également *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540; *Bartle*, précité, à la p. 204; *Latimer*, précité.

Une fois qu'un accusé a indiqué qu'il comprend les droits qu'on lui a expliqués clairement, les policiers ont parfaitement le droit, en l'absence d'indications contraires, d'accepter ce qu'il dit et ne sont pas tenus de poser d'autres questions. En l'espèce, les policiers n'avaient aucune raison que ce soit de conclure que l'appelant ne comprenait pas les droits que lui garantit l'al. 10b). Au contraire, l'appelant a répondu expressément, à deux reprises, qu'il les comprenait bel et bien. Je ne vois aucune raison pour laquelle les policiers n'auraient pas dû le prendre au mot.

Je suis également incapable d'être d'accord avec le juge Sopinka pour dire que les policiers devaient s'abstenir d'interroger l'appelant jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Un accusé doit indiquer qu'il veut exercer ce droit pour que les policiers soient tenus de lui donner la possibilité de le faire. Comme le Juge en chef l'a déclaré dans l'arrêt *Bartle*, précité, à la p. 192, l'al. 10b) impose les obligations suivantes aux policiers chargés d'appliquer la loi:

- (1) informer la personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'avocats de garde;
- (2) si la personne détenue a indiqué qu'elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d'urgence ou de danger);
- (3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger). [Je souligne.]

(Voir également *Evans*, précité, à la p. 890; *Manninen*, précité, aux pp. 1241 et 1242; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux pp. 203 et 204.)

Le juge en chef Lamer a ajouté, à la p. 192, que les deuxième et troisième obligations participent

and are not triggered unless and until a detainee indicates a desire to exercise his or her right to counsel” (emphasis in original). This duty, thus, does not come into existence until the detainee invokes it. Consequently, it cannot be said that the police here were in violation of their s. 10(b) obligations in this regard.

The appellant in this case had the benefit of a caution which informed him of all the essential components mandated by *Bartle*, *supra*. Prior to their questioning him, the police had no indication from the accused that he wanted to speak with a lawyer or that he was confused as to the scope of his rights. I therefore conclude that at this stage of the investigation there was no breach of s. 10(b) of the *Charter*.

#### IV. Conclusion

As I have found that the actions of the police in this case did not breach the *Charter*, it is unnecessary for me to consider s. 24(2). Had it been necessary, however, I would have concurred with the findings of the trial judge and the Court of Appeal that considering the exigent circumstances and seriousness of the crime, excluding this evidence would clearly bring the administration of justice into disrepute, particularly since this result would likely preclude the appellant, who was convicted by a jury, of being brought to justice.

This is sufficient to dispose of the appeal. Before concluding, however, I feel compelled to address some of the statements made by my colleague Sopinka J. in his reasons. Reading his assessment of the conduct of the investigation in this case, one might draw the conclusion that the police officers were operating as lawless vigilantes, flagrantly and deliberately violating the *Charter* at every turn. Frankly, I could not disagree more. As I have described above, I am of the view that this “litany” of *Charter* abuses does not stand up to close scrutiny.

Indeed, although this is in no way determinative, if the conduct of the police was truly of such a

de «l’obligation de mise en application et ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu’elle veut exercer son droit à l’assistance d’un avocat» (souligné dans l’original). Cette obligation ne prend donc naissance que si la personne détenue l’invoque. Par conséquent, on ne saurait dire que les policiers en l’espèce ont manqué aux obligations que leur impose l’al. 10b) à cet égard.

Dans la présente affaire, l’appelant a eu l’avantage de recevoir une mise en garde qui l’informait de tous les éléments essentiels prescrits par l’arrêt *Bartle*, précité. Avant d’être interrogé, l’accusé n’avait pas indiqué aux policiers qu’il voulait communiquer avec un avocat ni qu’il ne comprenait pas bien la portée de ses droits. Je conclus donc qu’à ce stade de l’interrogatoire, il n’y a eu aucune violation de l’al. 10b) de la *Charte*.

#### IV. Conclusion

Comme j’ai conclu que les actes des policiers en l’espèce ne violaient pas la *Charte*, je n’ai pas à examiner le par. 24(2). Toutefois, s’il avait été nécessaire de le faire, j’aurais souscrit aux conclusions du juge du procès et de la Cour d’appel selon lesquelles, vu la situation d’urgence et la gravité du crime, l’exclusion de ces éléments de preuve déconsidérerait manifestement l’administration de la justice, étant donné particulièrement que cela empêcherait probablement l’appelant, qui a été déclaré coupable par un jury, d’être traduit en justice.

Cela suffit pour trancher le pourvoi. Avant de conclure, cependant, je me sens contrainte d’examiner certains propos tenus par mon collègue le juge Sopinka dans ses motifs. À la lecture de son évaluation du déroulement de l’enquête en l’espèce, on pourrait conclure que les policiers agissaient comme des justiciers sans foi ni loi, violant la *Charte* de façon flagrante et délibérée à chaque occasion qui se présentait. En toute franchise, je ne saurais être plus en désaccord. Comme je l’ai déjà affirmé, je suis d’avis que cette «litanie» d’abus de la *Charte* ne résiste pas à un examen approfondi.

En fait, bien que ce ne soit nullement déterminant, si la conduite des policiers avait été véritable-

194

195

196

197

horrific nature I find it rather peculiar that neither the trial judge nor three judges of the Court of Appeal had a similar appreciation of the facts. On the contrary, they found that for the most part, the actions of the police were not such as to have been in violation of the appellant's *Charter* rights.

198

In my view, from the first stages of the investigation through to the apprehension of the appellant the police proceeded in a forthright and proper manner; indeed, had the police not moved immediately to arrest, it is likely that they would have been criticized for allowing a murderer to continue to remain at large in the community. This was indeed the view of the Sgt. Madrigga, who testified:

... I had to check it out because I had people ask or tell me that this person was in the area.

. . .

I had grounds to suspect he could have been involved, sir, and I would be negligent in my duty if I did not check that out.

199

The police were in the process of investigating a serious crime, one which had recently been committed and involved a savage, physical beating inflicted on a helpless victim for no apparent reason. Given the brutality of the murder scene and the seeming randomness of the act, there is little doubt that the police felt obliged to act quickly in order to prevent any further violence of that nature in the community. For this foresight, they should be commended, not rebuked.

200

I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, LAMER C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lugosi & Company, Prince George.*

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

ment aussi horrible, je trouve assez singulier que ni le juge du procès ni les trois juges de la Cour d'appel n'aient eu une appréciation similaire des faits. Au contraire, ils ont conclu que, dans l'ensemble, les actes des policiers n'étaient pas de nature à porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'appelant.

À mon avis, depuis les premières étapes de l'enquête jusqu'à l'arrestation de l'appelant, les policiers ont agi de façon franche et convenable; en fait, si les policiers n'avaient pas procédé immédiatement à l'arrestation, il est probable qu'ils auraient été critiqués pour avoir permis à un meurtrier de demeurer en liberté dans la localité. C'était, en effet, l'opinion du sergent Madrigga, qui a fait la déposition suivante:

[TRADUCTION] ... je devais vérifier parce que des gens m'avaient demandé de le faire ou m'avaient dit que cet individu se trouvait dans les parages.

. . .

J'avais des motifs de soupçonner qu'il pouvait avoir été impliqué, Monsieur, et il y aurait eu négligence de ma part si je n'avais pas vérifié cela.

Les policiers étaient en train d'enquêter sur un crime grave commis récemment, dont la victime était une personne sans défense qui avait été sauvagement battue sans raison apparente. Étant donné la brutalité du meurtre et la gratuité apparente de l'acte accompli, il y a peu de doute que les policiers se sentaient obligés d'agir rapidement afin de prévenir tout autre acte de violence de cette nature dans la localité. Pour cette perspicacité, ils devraient être félicités et non pas réprimandés.

Je rejetterais le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Lugosi & Company, Prince George.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Michael Feeney** *Appellant (Respondent on the Motion)*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent (Applicant)*

INDEXED AS: R. v. FEENEY

File No.: 24752.

1997: June 27.

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

APPLICATION FOR REHEARING

*Judgments and orders — Suspension of judgment — Operation of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment.*

APPLICATION FOR REHEARING of a judgment of the Supreme Court of Canada, [1997] 2 S.C.R. 13. Application granted.

*Charles Lugosi*, for the appellant (respondent on the motion).

*William F. Ehrcke*, for the respondent (applicant).

The following is the judgment delivered by

THE COURT — The application for a rehearing is granted on the issue of whether there should be a transition period, and the operation of that aspect of the judgment herein relating to the requirement for a warrant to effect an arrest in a dwelling is stayed for a period of 6 months from the date such judgment was issued, namely May 22, 1997. The transition period will have effect throughout Canada but will have no application to the disposition that has been made or is to be made of the present case.

**Michael Feeney** *Appellant (Intimé dans la requête)*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée (Requérante)*

RÉPERTORIÉ: R. c. FEENEY

N° du greffe: 24752.

1997: 27 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

DEMANDE DE NOUVELLE AUDITION

*Jugements et ordonnances — Suspension de jugement — Mise à exécution d'un jugement relatif à l'exigence d'un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation suspendue pour une période de 6 mois à compter de la date du jugement.*

DEMANDE DE NOUVELLE AUDITION portant sur un jugement de la Cour suprême du Canada, [1997] 2 R.C.S. 13. Demande accueillie.

*Charles Lugosi*, pour l'appelant (intimé dans la requête).

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée (requérante).

Version française du jugement rendu par

LA COUR — La demande de nouvelle audition est accordée relativement à la question de savoir s'il devrait y avoir une période transitoire, et la mise à exécution de cet aspect du jugement en cause ici relativement à l'exigence d'un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation est suspendue pour une période de 6 mois à compter du 22 mai 1997, date à laquelle ce jugement a été rendu. La période transitoire s'appliquera partout au Canada, sans toutefois s'appliquer à la décision qui a été prise ou qui doit l'être en l'espèce.

*Application granted.*

*Solicitors for the appellant (respondent on the motion): Lugosi & Cornett, Prince George.*

*Solicitor for the respondent (applicant): The Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Demande accueillie.*

*Procureurs de l'appellant (intimé dans la requête): Lugosi & Cornett, Prince George.*

*Procureur de l'intimée (requérante): Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**The Opetchesaht, an Indian Band, and  
Danny Watts, suing on his own behalf and  
on behalf of all the members of the  
Opetchesaht** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Canada  
and British Columbia Hydro and Power  
Authority** *Respondents*

and

**Union of British Columbia Indian  
Chiefs** *Intervener*

and

**B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. and the  
Greater Vancouver Sewerage and Drainage  
District** *Intervenors*

**INDEXED AS: OPETCHESAHT INDIAN BAND v. CANADA**

File No.: 24161.

1996: October 28; 1997: May 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Indians — Reserves — Permits to use Indian reserve  
lands — Right-of-way — Validity of permit granting  
public utility right-of-way for electric power transmis-  
sion lines across Indian reserve — Right-of-way granted  
for such period of time as required for purpose of trans-  
mission line — Nature and duration of rights granted  
under permit — Whether rights granted within scope of  
s. 28(2) of Indian Act — Whether permit valid — Indian  
Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 28(2), 37.*

In 1959, the Crown, with the consent of the Opetch-  
esaht band council, granted Hydro a right-of-way for an  
electric power transmission line across the band's

**Les Opetchesaht, une bande indienne, et  
Danny Watts, en son nom personnel et au  
nom de tous les membres des  
Opetchesaht** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et  
British Columbia Hydro and Power  
Authority** *Intimées*

et

**Union of British Columbia Indian  
Chiefs** *Intervenante*

et

**B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. et Greater  
Vancouver Sewerage and Drainage  
District** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DES OPETCHESAHT c.  
CANADA**

N° du greffe: 24161.

1996: 28 octobre; 1997: 22 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

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

*Indiens — Réserves — Permis autorisant l'utilisation  
de terres des réserves indiennes — Droit de passage —  
Validité du permis conférant un droit de passage pour  
des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la  
réserve indienne — Droit de passage accordé pour la  
période où il est requis pour les fins de la ligne de trans-  
mission d'énergie — Nature et durée des droits conférés  
par le permis — Est-ce que ces droits pouvaient être  
conférés en vertu de l'art. 28(2) de la Loi sur les  
Indiens? — Le permis est-il valide? — Loi sur les  
Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 28(2), 37.*

En 1959, la Couronne, avec le consentement du con-  
seil de la bande des Opetchesaht, a concédé un droit de  
passage pour une ligne de transmission à travers la

reserve “for such period of time as the . . . right-of-way is required for the purpose of” a transmission line. The permit issued to Hydro, under s. 28(2) of the *Indian Act*, gave Hydro “the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line”, and the exclusive right to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected, and that part of the air space where the wires were strung. The band retained the right to use and occupy the balance of the “right-of-way” area subject to specified restrictions. In 1992, the band applied to the Supreme Court of British Columbia under Rule 18A of the B.C. Rules of Court for a declaration that s. 28(2) did not authorize the grant of a right-of-way for electric power transmission lines over the reserve for an indefinite period of time. That section provides that “The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.” The court allowed the application but the Court of Appeal set aside the judgment, concluding that s. 28(2) allowed grants of interests for periods having no predetermined termination date.

*Held* (Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: The permit granted to Hydro under s. 28(2) of the *Indian Act* is valid. The interests conveyed by the permit are analogous to an easement over the band’s reserve lands, subject to termination when there is no longer a requirement for the power transmission right-of-way. Hydro’s rights in the land are not exclusive. The band shares use of the right-of-way but they cannot erect buildings on it or interfere with Hydro’s easement. While the statutory easement was granted for an indeterminate period, this is a period whose end is readily ascertainable. The easement will terminate when it is no longer required for a transmission line. Since the word “required” is used in the permit, the expiry of the permit is not solely dependant on Hydro’s will. Whether the line is required is a justiciable issue.

In view of the overall context of s. 28(2), a period within the meaning of that section can be measured either by dates or by events. The end point of a permit

réserve de la bande «pendant la période où [il] est requis pour les fins» d’une ligne de transmission d’énergie. Ce permis, délivré à Hydro en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, accordait à Hydro «le droit de construire, d’exploiter et d’entretenir une ligne de transmission d’énergie électrique», le droit exclusif d’occuper les parties de la surface de la réserve où les pylônes étaient érigés ainsi que la partie de l’espace aérien où les fils étaient tendus. La bande conservait le droit d’utiliser et d’occuper le reste de la superficie visée par le «droit de passage», sous réserve de certaines restrictions. En 1992, la bande a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vertu de la règle 18A des Rules of Court de cette province, un jugement déclarant que le par. 28(2) ne permettait pas d’accorder, pour une période indéterminée, un droit de passage pour des lignes de transmission d’énergie au-dessus de la réserve. Aux termes de cette disposition, «Le Ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d’au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.» La cour a accueilli la demande, mais la Cour d’appel a annulé cette décision, statuant que le par. 28(2) permettait d’accorder des droits pour des périodes qui ne sont pas censées prendre fin à une date déterminée.

*Arrêt* (les juges Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major:* Le permis accordé à Hydro en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* est valide. Les droits conférés par le permis sont analogues à une servitude sur les terres de la réserve de la bande, sujette à résolution lorsque le droit de passage pour la ligne de transmission d’énergie n’est plus requis. Les droits d’Hydro sur les terres ne sont pas exclusifs. La bande partage l’utilisation du droit de passage, mais elle ne peut y ériger de constructions ou entraver l’usage de la servitude d’Hydro. Même si la servitude légale a été accordée pour une période indéterminée, il s’agit d’une période dont l’expiration est facilement déterminable. La servitude prendra fin lorsqu’elle ne sera plus requise pour la ligne de transmission. Comme le mot «requis» est utilisé dans le permis, l’expiration du permis ne dépend pas seulement de la volonté d’Hydro. La question de savoir si la ligne est requise est une question contentieuse.

Compte tenu du contexte global du par. 28(2), une période au sens de cette disposition peut être déterminée soit par des dates soit par des événements. Dans la

thus need not be defined in terms of a specific calendar date as long as it is ascertainable and does not constitute a grant in perpetuity. Here, the end point of the permit arises when the easement is no longer required for power transmission. Because the duration of the easement is a bounded and ascertainable event, that duration is a period.

As a general rule under s. 37 of the *Indian Act*, surrenders are required not only when the Indian band is releasing all its interest in the reserve forever, but also whenever any interest is given up for any duration of time. Section 37 must be read subject to other provisions in the *Indian Act* relating to land, however, including s. 28. Not only do these provisions demonstrate that there is a certain overlap between them and s. 37, but they also overlap each other. The proper question in this case is thus not whether the permit could have been granted under s. 37, but rather whether it was properly granted under s. 28(2). While s. 28(2) cannot apply any time a portion of the Indian interest in any portion of reserve land is permanently disposed of, Hydro was accorded limited rights of occupation and use for an indeterminate but determinable and ascertainable period of time. There was no permanent disposition of any Indian interest. Furthermore, the band and Hydro were obligated to share the rights of use and occupation of the land, with the limited exceptions of the area of ground giving support to the poles and the air space occupied by the poles. Consequently, the surrender requirement of s. 37 does not apply to the present permit and more importantly, no rights exceeding those authorized by s. 28(2) were granted. The indeterminate easement granted on the face of this permit is a disposition of a limited interest in land that does not last forever. The grant of limited indeterminate rights in reserve land is permissible under s. 28(2) as a question of law.

It is important that the band's interest be protected but the autonomy of the band in decision making affecting its land must also be promoted and respected. Depending on the nature of the rights granted, different levels of autonomy and protection are accorded by ss. 37 and 28(2). Section 37 applies where significant rights are being transferred and demonstrates a high degree of protection, in that the approval of the Governor in Council and the vote of all of the members of the band are required. Under s. 28(2), lesser dispositions are contem-

mesure où il est déterminable et ne constitue pas une concession à perpétuité, le point d'expiration d'un permis n'a pas besoin d'être défini en fonction d'une date spécifique. En l'espèce, il y a expiration du permis lorsque la servitude n'est plus requise pour la transmission d'énergie. Comme le terme du droit de passage est un événement déterminable, la durée de validité du permis est une période.

En règle générale, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, une cession est nécessaire, non seulement lorsque la bande indienne cède à jamais tous ses droits dans la réserve, mais aussi lorsqu'un droit est abandonné pour un certain temps. Cependant, l'art. 37 doit être lu en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux terres, y compris l'art. 28. L'examen de ces dispositions démontre non seulement l'existence d'un certain chevauchement entre celles-ci et la règle générale établie à l'art. 37, mais aussi un chevauchement entre elles. En conséquence, la question qu'il faut se poser en l'espèce n'est pas de savoir si le permis aurait pu être accordé en vertu de l'art. 37, mais bien si le permis a été accordé à bon droit en vertu du par. 28(2). Même si le par. 28(2) ne peut s'appliquer dans les cas où il y a disposition permanente des droits des Indiens dans une partie des terres de la réserve, Hydro a obtenu des droits limités d'occupation et d'utilisation pour une période indéterminée mais par ailleurs déterminable et définissable. Il n'y a pas eu disposition permanente de quelque droit des Indiens. Par ailleurs, la bande et Hydro étaient obligées de partager les droits d'utilisation et d'occupation des terres, à l'exception des parties du sol soutenant les pylônes et de l'espace aérien occupé par ceux-ci. Par conséquent, l'obligation de cession prévue à l'art. 37 ne s'applique pas au présent permis et, fait plus important encore, aucun droit supérieur à ceux autorisés par le par. 28(2) n'a été accordé. La servitude d'une durée indéterminée, qui, aux termes du permis, a été accordée, constitue une disposition d'un droit foncier limité qui ne dure pas éternellement. En droit, le par. 28(2) permet d'accorder des droits limités pour une durée indéterminée sur des terres situées dans une réserve.

Il est important de protéger les droits de la bande, mais il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise des décisions concernant ses terres. L'article 37 et le par. 28(2) accordent, selon la nature des droits conférés, différents niveaux d'autonomie et de protection. L'article 37 établit un degré élevé de protection en ce qu'il exige à la fois l'approbation du gouverneur en conseil et le vote de tous les membres de la bande. Le paragraphe 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère

plated and the interest transferred must be temporary. The permit in this case did not violate the balance between autonomy and protection struck by the *Indian Act*. This is not a case where surrender was required. The band council gave its consent to the permit following protracted negotiations. No claim of unfairness or an uneven bargain in this proceeding for summary judgment was advanced by the band.

*Per Cory and McLachlin JJ. (dissenting):* Section 28(2) of the *Indian Act* cannot be used to convey a right-of-way on reserve land for “such period of time as [it] is required for the purpose of an electric power transmission line”. The easement or right-of-way was granted for an indeterminate period and has the potential to continue in perpetuity. An interest in a band reserve land which possesses the potential to continue in perpetuity can only be removed from a band by surrender and alienation with the consent of the entire band membership under s. 37 of the *Indian Act* or by the formal process of expropriation under s. 35 of the Act.

A court should only be satisfied with the plain meaning of a statute where that meaning is clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. In interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and “doubtful expressions” should be resolved in favour of the Indians. This principle applies equally to cases in which third parties are involved. The phrase “any longer period” in s. 28(2) is ambiguous. Its meaning depends on its context. To resolve this ambiguity, the broader context within which s. 28(2) was enacted, a context which includes the history of the *Indian Act*, the principles it incorporates, the policy goals it was enacted to achieve, and its function in the overall scheme of the Act, must be considered.

A contextual interpretation of s. 28(2) indicates that the phrase “any longer period” was intended to deal with “things of a temporary nature”, not indefinite alienations which had the potential to extend far into the unforeseen future. Section 28 is concerned with the short-term, temporary use of the reserve by a person other than a band member. The phrase “any longer period” in s. 28(2), consistent with this interpretation, is best understood as a period defined in relatively short terms of months and years. This phrase relates to the earlier phrase “a period not exceeding one year”, thus suggesting that what Parliament intended by “any longer period” was also a period capable of being expressed in finite calendar terms. An alienation which has the

temporaire. En l'espèce, le permis en cause ne rompt pas l'équilibre établi par la *Loi sur les Indiens* en matière d'autonomie et de protection. Il ne s'agit pas d'un cas où il fallait effectuer une cession. Le conseil de la bande a donné son consentement à la suite de longues négociations. La bande n'a pas, dans le cadre de la procédure en jugement sommaire, plaidé l'existence d'une injustice ou d'un marchandage inégal.

*Les juges Cory et McLachlin (dissidents):* Le paragraphe 28(2) de la *Loi sur les Indiens* ne peut être utilisé pour conférer un droit de passage sur une réserve «pendant la période où [il] est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique». La servitude ou le droit de passage a été accordé pour une période indéterminée et est susceptible de continuer à exister à jamais. Un intérêt dans les terres de la bande qui est susceptible d'exister à perpétuité ne peut être enlevé à la bande que par voie de cession et d'aliénation accomplies avec le consentement de l'ensemble des membres de la bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* ou par la procédure formelle d'expropriation prévue à l'art. 35 de la Loi.

Un tribunal ne devrait retenir le sens ordinaire des mots d'une loi que si cette interprétation est claire et compatible avec l'objet de celle-ci, dégagé de la lecture du texte dans son ensemble. Dans l'interprétation des lois relatives aux Indiens, toute «ambiguïté» doit profiter aux Indiens. Ce principe s'applique également dans les affaires mettant en cause des tiers. L'expression «pour toute période plus longue» au par. 28(2) est une expression ambiguë. Son sens dépend de son contexte. Pour résoudre cette ambiguïté, il faut tenir compte du contexte plus général dans lequel le par. 28(2) a été édicté, contexte qui inclut l'historique de la *Loi sur les Indiens*, les principes qu'incorpore cette disposition, les objectifs généraux qu'on visait à réaliser par son édicition et son rôle dans le régime global établi par la Loi.

Une interprétation contextuelle du par. 28(2) indique que l'expression «pour toute période plus longue» visait à permettre des «mesures de nature temporaire», non des aliénations d'une durée indéterminée, susceptibles de se prolonger indéfiniment. L'article 28 vise une utilisation courte ou temporaire de la réserve par une personne autre qu'un membre de la bande. Conformément à cette interprétation, la meilleure façon de définir l'expression «pour toute période plus longue» au par. 28(2) est de dire qu'il s'agit d'une période correspondant à un nombre relativement peu élevé de mois ou d'années. Cette expression se rattache à l'expression qui la précède: «pour une période d'au plus un an», ce qui indique que le législateur fédéral entendait que l'expression

potential to go on as long as anyone can foresee falls outside the scope of s. 28(2). For purposes of guidance in other cases, commitments longer than the two-year mandate of band councils should not be transacted through s. 28(2).

This interpretation of s. 28(2) which confines it to short-term uses of Indian land fits perfectly with the other sections of the *Indian Act* relating to land and with the broader theme of inalienability of Indian reserve land that runs through the Act as a whole. It is also consistent with the policy of the *Royal Proclamation, 1763* and the principle that the long-term alienation of interests in Indian lands may only be effected through surrender to the Crown and consent of the band membership as a whole under s. 37 of the *Indian Act* or by expropriation under s. 35.

Since s. 28(2) does not permit long-term, indefinite alienation of interests in reserve land, a declaration that the permit is void should be granted, but the operation of that declaration should be suspended for a period of two years to permit the parties and others in similar situations to renegotiate or make new arrangements.

### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1, aff'd [1986] B.C.J. No. 407 (QL); *Canadian Pacific Railway Co. v. Town of Estevan*, [1957] S.C.R. 365; *The Queen v. Bolton*, [1975] F.C. 31; *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672, aff'd [1979] 1 F.C. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Cummins v. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith v.*

«pour toute période plus longue» soit aussi une expression pouvant être exprimée sous forme de durées déterminées. Une aliénation susceptible de se prolonger pendant aussi longtemps qu'on puisse imaginer n'est pas visée par le par. 28(2). À titre d'indications pour d'autres litiges, des engagements pour des périodes dépassant les deux ans que dure le mandat des conseils de bande ne devraient pas être conclus en vertu du par. 28(2).

Cette interprétation du par. 28(2), qui limite son application aux utilisations à court terme des terres indiennes, est parfaitement compatible, d'une part, avec les autres articles de la Loi qui touchent les terres, et, d'autre part, avec le principe général d'inaliénabilité des terres des réserves indiennes qui se dégage de l'ensemble de la Loi. Elle est aussi compatible avec le principe établi dans la *Proclamation royale de 1763*, et avec le principe selon lequel l'aliénation à long terme d'intérêts dans des terres indiennes ne peut être effectuée que par une cession en faveur de la Couronne et à laquelle consentent l'ensemble des membres d'une bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* ou par une expropriation en vertu de l'art. 35.

Puisque le par. 28(2) ne permet pas l'aliénation à long terme, pour une durée indéterminée, de droits sur des terres situées dans une réserve, il y aurait lieu de déclarer que le permis est nul, mais l'effet de ce jugement déclaratoire serait suspendu pendant une période de deux ans pour permettre aux parties et à d'autres dans des situations similaires de renégocier leurs ententes ou d'en conclure de nouvelles.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. c. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1, conf. par [1986] B.C.J. No. 407 (QL); *Canadian Pacific Railway Co. c. Town of Estevan*, [1957] R.C.S. 365; *La Reine c. Bolton*, [1975] C.F. 31; *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 672, conf. par [1979] 1 C.F. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Cummins c. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46;

*The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *The Queen v. Devereux*, [1965] S.C.R. 567.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672, aff'd [1979] 1 F.C. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Indian Act*, S.C. 1919, c. 56, s. 1.  
British Columbia Rules of Court, Rule 18A.  
*Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 48 [am. 1919, c. 56, s. 1; later partially rep. 1938, c. 31, s. 1].  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 24, 28 [am. 1956, c. 40, s. 10], 35, 37, 38, 39(1) [*idem*, s. 11], 49, 50, 58 [rep. & sub. *idem*, s. 14].  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 57(c).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

#### Authors Cited

Canada. Department of Indians Affairs and Northern Development. Lands and Environment Branch. Lands, Revenues and Trusts. *Land Management and Procedures Manual*, May 1988.  
Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, April 18, 1951, pp. 78, 80.

*Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *The Queen c. Devereux*, [1965] R.C.S. 567.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 672, conf. par [1979] 1 C.F. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

#### Lois et règlements cités

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 48 [mod. 1919, ch. 56, art. 1; abrogé par la suite en partie par 1938, ch. 31, art. 1].  
*Loi modifiant la Loi des sauvages*, S.C. 1919, ch. 56, art. 1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 57(c).  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 24, 28 [mod. 1956, ch. 40, art. 10], 35, 37, 38, 39(1) [*idem*, art. 11], 49, 50, 58 [abr. & rempl. *idem*, art. 14].  
*Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.  
Rules of Court de la Colombie-Britannique, règle 18A.

#### Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens. Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 18 avril 1951, pp. 16, 18.  
Canada. Chambre des communes et Sénat. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier la *Loi des Indiens. Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 13, 16 juillet 1946, pp. 546 à 548.

- Canada. House of Commons and Senate. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons appointed to examine and consider the *Indian Act*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 13, July 16, 1946, pp. 546-48.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 5. Paris: Le Robert, 1976.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.
- Oxford English Dictionary*, vol. XI, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "period".
- Reiter, Robert Alan. *The Fundamental Principles of Indian Law*, vol. II. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990 (loose-leaf updated January 1994).
- Webster's Third New International Dictionary*. Springfield: Merriam-Webster, 1986, "period".
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*. Ottawa: La Commission, 1996.
- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Terres et Environnement. Terres, Revenus et Fiducie. *Guide de la gestion foncière et des procédures*, juillet 1990.
- Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 5. Paris: Le Robert, 1976.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.
- Oxford English Dictionary*, vol. XI, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «period».
- Reiter, Robert Alan. *The Fundamental Principles of Indian Law*, vol. II. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990 (loose-leaf updated January 1994).
- Webster's Third New International Dictionary*. Springfield: Merriam-Webster, 1986, «period».

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68, allowing the federal Crown's appeal from a judgment of Lander J., [1994] 1 C.N.L.R. 109, declaring invalid a ministerial permit issued under the *Indian Act*. Appeal dismissed, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

*Jack Woodward, Patricia Hutchings, Jane Woodward and Judith Sayers*, for the appellants.

*Gerald Donegan, Q.C.*, and *Robin S. Whittaker*, for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada.

*J. Edward Gouge, Q.C.*, *Peter D. Feldberg* and *Line Lacasse*, for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority.

*Louise Mandell* and *Brenda Gaertner*, for the intervener the Union of British Columbia Indian Chiefs.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68, qui a accueilli l'appel interjeté par la Couronne fédérale contre une décision du juge Lander, [1994] 1 C.N.L.R. 109, qui avait déclaré invalide un permis ministériel délivré en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Pourvoi rejeté, les juges Cory et McLachlin sont dissidents.

*Jack Woodward, Patricia Hutchings, Jane Woodward et Judith Sayers*, pour les appelants.

*Gerald Donegan, c.r.*, et *Robin S. Whittaker*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

*J. Edward Gouge, c.r.*, *Peter D. Feldberg* et *Line Lacasse*, pour l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority.

*Louise Mandell* et *Brenda Gaertner*, pour l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs.

*George K. MacIntosh, Q.C., and Robert P. Sloman, for the interveners B.C. Tel et al.*

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

<sup>1</sup> MAJOR J. — This appeal is from an application by Danny Watts on his own behalf and on behalf of all members of the Opetchesaht (the “Band”) for summary judgment under Rule 18A of the British Columbia Rules of Court. The appellants seek a declaration that s. 28(2) of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (hereinafter “*Indian Act*” (now R.S.C., 1985, c. I-5)), did not authorize Her Majesty in right of Canada (the “Crown”), as represented by the Minister of Citizenship and Immigration, to grant in 1959 a right-of-way for power transmission lines over the Indian reserve known as Klehkoot I.R. No. 2 for an indefinite period of time to the British Columbia Power Commission (“Hydro”).

<sup>2</sup> The chambers judge of the British Columbia Supreme Court found that s. 28(2) did not authorize the permit because it was for an indefinite period of time: [1994] 1 C.N.L.R. 109. Although the word “period” could denote a period of time defined in relation to events in certain contexts, in that of s. 28(2), it must take its content from the phrase “any longer period” which could only mean a specified period of years.

<sup>3</sup> The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, concluding that s. 28(2) allowed grants of interests for periods having no predetermined termination date: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68. Taylor J.A., for the court, considered and concluded that the 1956 amendments, including those to s. 28(2), significantly changed the pre-existing scheme by giving band councils increased authority to speak and act on behalf of their members. The Court of Appeal

*George K. MacIntosh, c.r., et Robert P. Sloman, pour les intervenants B.C. Tel et autres.*

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une demande présentée par Danny Watts, en son nom personnel et au nom de tous les membres des Opetchesaht (la «Bande»), en vue d'obtenir un jugement sommaire en vertu de la règle 18A des Rules of Court de la Colombie-Britannique. Les appelants sollicitent une déclaration portant que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (ci-après la «*Loi sur les Indiens*» (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5)), n'autorisait pas Sa Majesté du chef du Canada (la «Couronne»), représentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, à concéder à la British Columbia Power Commission («Hydro»), en 1959, pour une période indéterminée, un droit de passage relativement à des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve indienne connue sous le nom de R.I. n° 2 de Klehkoot.

Le juge en chambre qui a entendu la demande en Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le par. 28(2) n'autorisait pas la délivrance du permis visé, étant donné que celui-ci était accordé pour une période indéterminée: [1994] 1 C.L.N.R. 109. Bien que le mot «période» puisse, dans certains contextes, signifier une période définie en fonction d'événements, au par. 28(2), son sens doit être dégagé de l'expression «pour toute période plus longue», qui ne peut signifier qu'un nombre précis d'années.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel, statuant que le par. 28(2) permettait d'accorder des droits pour des périodes qui ne sont pas censées prendre fin à une date déterminée: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68. Le juge Taylor, s'exprimant au nom de la cour, a examiné les modifications de 1956, y compris celles apportées au par. 28(2), et conclu qu'elles avaient modifié de façon importante le régime qui avait existé jusque-là en confiant aux

found that s. 28(2) created a third method of alienation, over and above the traditional surrender method (s. 37) and expropriation (s. 35). The Minister was authorized to grant rights of use and occupation under s. 28 that could also be granted under ss. 35 or 37 provided that grants under s. 28 did not amount to “transfer of title to, or ownership of, the land” (p. 155 B.C.L.R.).

This appeal raises two questions. What was the nature and the duration of the rights granted under the permit and were the rights granted by the permit capable of being granted under s. 28(2) of the *Indian Act*?

#### I. Facts

In 1958 Hydro finished construction of a hydro-electric generating facility at Sproat Falls, British Columbia. A transmission line was needed to convey electricity from the new generating facility to consumers in Port Alberni, British Columbia, and elsewhere.

Between February and July 1958, Hydro negotiated with the Crown and the Band to acquire a right-of-way for the transmission line across the appellant Band’s land, the Klehkoot Indian Reserve No. 2, Alberni district, C.L.S.R. Plan 5074. The negotiations were protracted, with a variety of proposals from each side, including yearly rental payments for a term of 20 years, free electricity for members of the Band, various offers on a per acre value, as well as expropriation under s. 35 of the *Indian Act*.

An agreement was concluded between the Crown and Hydro, with the consent of the Band council, for a right-of-way 150 feet wide over 7.87 acres of the 290 acres of reserve land on July 8, 1959. Total consideration for the right-of-way was

conseils de bande un pouvoir plus grand d’agir pour le compte de leurs membres. La Cour d’appel a statué que le par. 28(2) créait une troisième méthode d’aliénation, outre la méthode traditionnelle de cession (art. 37) et l’expropriation (art. 35). Les droits d’utilisation et d’occupation que le ministre était autorisé à concéder en vertu de l’art. 28 pouvaient également l’être en vertu de l’art. 35 ou 37, dans la mesure où ceux accordés en vertu de l’art. 28 n’emportaient pas un [TRADUCTION] «transfert du titre ou du droit de propriété sur le bien-fonds visé» (p. 155 B.C.L.R.).

Le présent pourvoi soulève deux questions. Quelles étaient la nature et la durée des droits conférés par le permis en cause, et est-ce que ces droits pouvaient être conférés en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*?

#### I. Les faits

En 1958, Hydro a achevé la construction d’une centrale hydro-électrique à Sproat Falls, en Colombie-Britannique. Une ligne de transmission devait être aménagée pour acheminer l’électricité de la nouvelle centrale jusqu’aux consommateurs, à Port Alberni, en Colombie-Britannique, et ailleurs.

De février à juillet 1958, Hydro a négocié avec la Couronne et la Bande en vue d’acquérir un droit de passage pour la ligne de transmission à travers les terres de la Bande appelante, la réserve indienne n° 2 de Klehkoot, district d’Alberni, plan 5074 des Archives d’arpentage des terres du Canada. Les négociations, qui ont été longues, ont donné lieu à diverses propositions et contre-propositions, notamment le paiement d’un loyer annuel pour une période de 20 ans, la fourniture gratuite d’électricité aux membres de la Bande, la présentation de diverses offres établies suivant une valeur à l’acre, et l’expropriation de terres en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*.

Le 8 juillet 1959, la Couronne et Hydro, avec le consentement du conseil de la Bande, ont conclu un accord concédant un droit de passage de 150 pieds de largeur sur 7,87 des 290 acres occupées par la réserve. La contrepartie totale pour ce droit

4

5

6

7

\$983.75, or \$125 per acre. This amount exceeded the \$75 per acre paid to the Band's neighbour, R.B. McLean Lumber Co., whose land was comparable. Other lands on the right-of-way were not comparable for purposes of valuation. There was no evidence that the Band was paid less than fair market value.

8 The permit between Hydro and the Crown dated July 8, 1959 provides in part:

NOW THEREFORE THIS AGREEMENT WITNESSETH that in consideration of the sum of Nine Hundred and Eighty-three Dollars and Seventy-five Cents (\$983.75) paid to the Minister by the Permittee [Hydro] (receipt whereof is hereby acknowledged), the Minister under authority of Section 28(2) of the Indian Act, Chapter 149, Revised Statutes of Canada, 1952, as amended, doth hereby grant the Permittee, its successors and assigns, the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line on the said lands being in the Klehkoot Indian Reserve number two, in the Province of British Columbia, and more particularly described as follows:

[description of the right-of-way covering 7.87 acres]

IT IS AGREED AND UNDERSTOOD that the aforesaid permission is subject to the following stipulations, provisos and conditions, that is to say:

1. That the rights hereby granted may be exercised by the Permittee for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line.
2. That the Permittee shall pay all charges, taxes, rates and assessments whatsoever which shall during the continuance of the rights hereby granted be due and payable or be expressed to be due and payable in respect of the said electric power transmission line or the use by the Permittee of the said lands.
3. That the Permittee shall not assign the right hereby granted without the written consent of the Minister.
4. That it shall be lawful for the Minister or any person thereunto authorized by him at all reasonable times to enter upon the said lands for the purpose of examining the condition thereof.

de passage était 983,75 \$, ou 125 \$ l'acre. Ce montant était supérieur aux 75 \$ l'acre payés au voisin de la Bande, la R.B. McLean Lumber Co., dont les terres étaient comparables. D'autres terres visées par le droit de passage n'étaient pas comparables pour fins d'évaluation. Il n'a été présenté aucune preuve indiquant que la Bande a reçu une somme inférieure à la juste valeur marchande.

Le permis accordé à Hydro par la Couronne, en date du 8 juillet 1959, prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] EN FOI DE QUOI, LE PRÉSENT DOCUMENT ATTESTE que, en contrepartie de la somme de neuf cent quatre-vingt-trois dollars et soixante-quinze cents (983,75 \$) payée au ministre par le titulaire [Hydro] (dont le premier accuse réception), le ministre, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi sur les Indiens, chapitre 149, Statuts révisés du Canada, 1952, et ses modifications, accorde au titulaire et à ses ayants droit le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique sur les terres visées de la réserve indienne numéro deux de Klehkoot, dans la province de la Colombie-Britannique, décrite de la façon suivante:

[description du droit de passage d'une superficie de 7,87 acres]

IL EST ENTENDU ET CONVENU que cette permission est assujettie aux stipulations et conditions suivantes:

1. Le titulaire peut exercer les droits qui lui sont conférés par le présent accord pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique.
2. Le titulaire paie la totalité des charges, taxes, droits et cotisations exigibles ou qui le deviendront pendant la période de validité des droits conférés par le présent accord relativement à la ligne de transmission d'énergie électrique ou à l'utilisation qu'il fait des terres visées.
3. Il est interdit au titulaire de céder le droit conféré par le présent accord sans le consentement écrit du ministre.
4. Le ministre ou toute personne qu'il autorise à le faire peut, à tout moment convenable, pénétrer sur les terres visées pour en examiner l'état.

5. That the said lands shall be used for the purpose aforesaid and for no other purpose.
  6. That the Permittee, its servants, employees, and workmen shall have and enjoy the right to unload and store material on the said lands for the erection, operation and maintenance of the said electric power transmission line and to roll and unroll wires thereon, and to do all such other acts and things as may be necessary or requisite for the purpose of properly erecting, operating, maintaining and patrolling the said electric power transmission line.
  7. That the Permittee will not fence the said lands or any part thereof and Her Majesty is to be allowed free access to and use of the said lands except for building purposes and except insofar as it may be necessary for the Permittee to use the same for the purpose of constructing, operating, maintaining and patrolling the electric power transmission line.
  8. That the Permittee will at all times hereafter indemnify and keep Her Majesty indemnified against all actions, claims and demands that may be lawfully brought or made against Her Majesty by reason of any act or omission by the Permittee in the exercise or purported exercise of the rights hereby granted.
  9. That the Permittee may cut down any trees standing outside the said lands which in its opinion might in falling or otherwise endanger the conductors, wires, structures, equipment or other plant of the Commission, paying to the Minister reasonable compensation for the value of any trees so cut down.
5. Les terres visées ne peuvent être utilisées qu'à la seule fin susmentionnée.
  6. Le titulaire ainsi que ses préposés, employés et ouvriers ont le droit de décharger et d'entreposer du matériel sur les terres visées pour l'érection, l'exploitation et l'entretien de la ligne de transmission d'énergie électrique, d'y enrouler et dérouler des fils et d'accomplir toute autre chose nécessaire pour ériger, exploiter, entretenir et inspecter convenablement la ligne de transmission d'énergie électrique.
  7. Il est interdit au titulaire de clôturer les terres visées ou une partie de celles-ci, et Sa Majesté peut y accéder librement et les utiliser sauf pour y construire ou s'il est nécessaire pour le titulaire de les utiliser à des fins de construction, d'exploitation, d'entretien et d'inspection de la ligne de transmission d'énergie électrique.
  8. Le titulaire tient Sa Majesté indemne et à couvert des actions, réclamations et demandes pouvant être légalement présentées contre Sa Majesté en raison d'une action ou d'une omission faite ou censée faite par le titulaire dans l'exercice ou l'exercice présumé des droits conférés par le présent accord.
  9. Le titulaire peut abattre des arbres situés à l'extérieur des terres visées et qui, à son avis, risquent de tomber ou de nuire aux conducteurs, aux fils, aux pylônes, à l'équipement ou aux autres installations de la Commission, auquel cas il devra verser au ministre une indemnité raisonnable pour les arbres ainsi abattus.

IN WITNESS WHEREOF the Acting Director, Indian Affairs, on behalf of the Minister, has hereunto set his hand and the Permittee has caused these presents to be executed and its corporate seal to be affixed hereto by its proper officers duly authorized in that behalf.

EN FOI DE QUOI le directeur intérimaire, Affaires indiennes, a apposé sa signature pour le compte du ministre, et le titulaire a fait signer et apposer son sceau par ses représentants compétents et dûment autorisés à le faire.

The permit gave Hydro "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line", and the exclusive right to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected, and that part of the air space where the wires were strung. The Band retained the right to use and occupy the balance of the "right-of-way" area subject to specified restrictions related to the erection, operation, maintenance and patrol of the structures installed by Hydro. Hydro was allowed to use the lands as necessary for the purpose of constructing, operating, maintaining and patrolling the electric power transmission line. The

Le permis accordait à Hydro [TRADUCTION] «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique», le droit exclusif d'occuper les parties de la surface de la réserve où des pylônes étaient érigés ainsi que la partie de l'espace aérien où les fils étaient tendus. La Bande conservait le droit d'utiliser et d'occuper le reste de la superficie visée par le «droit de passage», sous réserve de certaines restrictions touchant l'érection, l'exploitation, l'entretien et l'inspection des structures installées par Hydro. Hydro était autorisée à utiliser les terres pour construire, exploiter, entretenir et inspecter la ligne de trans-

right-of-way conferred by the permit was “for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line”. The rights granted in the permit were not assignable without the written consent of the Crown.

10 The record discloses that rights-of-way such as the one constituted in the present permit are commonplace. The permit in this appeal is typical of over a thousand similar arrangements made between native bands and utility and commercial entities across the country.

11 Some time prior to 1990, the Band decided that development of the reserve was required. It planned to build a private Band road, a reservoir access road and drainage ditch within the respondent Hydro’s right-of-way. On March 6, 1990, the respondent Hydro, by letter, offered to consent to the construction provided, in part, that the Band agree to taking responsibility for any lost generation of power to third parties, that it submit to safety and construction concerns of the respondent Hydro and that the Band not interfere with the respondent Hydro’s use of the right-of-way.

12 The appellants commenced an action against the respondents on March 13, 1992, seeking a declaration that the permit was void and of no force and effect, an order for possession of the lands subject to the permit and damages for trespass.

13 On October 16 and 17, 1992, the appellants applied to the Supreme Court of British Columbia for summary judgment under Rule 18A of the British Columbia Rules of Court for a declaration that s. 28(2) of the *Indian Act* does not authorize the Minister to grant a right-of-way for power transmission lines over the reserve for an indefinite period of time. On January 27, 1993, Lander J. of the Supreme Court allowed the application, declaring that the permit purporting to grant a right-of-way to Hydro for as long as “said right-of-

mission d’énergie électrique. Le droit de passage conféré par le permis était valide [TRADUCTION] «pendant la période où le droit de passage [était] requis pour les fins de la ligne de transmission d’énergie électrique». Les droits conférés par le permis ne pouvaient pas être cédés sans le consentement écrit de la Couronne.

Il ressort du dossier que les droits de passage du genre de celui constitué en l’espèce sont monnaie courante. Le permis en litige est typique de plus d’un millier de documents similaires conclus entre des bandes autochtones et des entités commerciales à travers le pays.

Quelque temps avant 1990, la Bande a décidé que des travaux d’aménagement devaient être effectués dans la réserve. Elle projetait de construire une route privée pour la Bande, une route d’accès à un réservoir et un fossé de drainage à l’intérieur de l’emprise constituant le droit de passage de l’intimée Hydro. Le 6 mars 1990, cette dernière a, par lettre, offert de consentir à ces travaux de construction, sous réserve notamment des conditions suivantes: que la Bande assume la responsabilité de toute perte de puissance motrice subie par des tiers; qu’elle respecte les préoccupations de l’intimée Hydro en matière de sécurité et de construction et qu’elle ne gêne pas l’utilisation du droit de passage par l’intimée Hydro.

Les appelants ont intenté une action contre les intimées le 13 mars 1992, sollicitant une déclaration que le permis était nul et sans effet, une ordonnance de mise en possession du bien-fonds visé par le permis ainsi que des dommages-intérêts pour intrusion.

Les 16 et 17 octobre 1992, les appelants ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vertu de la règle 18A des Rules of Court de la Colombie-Britannique, un jugement sommaire déclarant que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* n’autorisait pas le ministre à conférer, pour une période indéterminée, un droit de passage pour des lignes de transmission d’énergie au-dessus de la réserve. Le 27 janvier 1993, le juge Lander de la Cour suprême a accueilli la demande, déclarant que le permis censé conférer à Hydro un

way is required for the purpose of an electric power transmission line” was not authorized by s. 28(2) of the *Indian Act*. On March 21, 1994, the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondents’ appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149

28. (1) Subject to subsection (2), a deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

58. (1) Where land in a reserve is uncultivated or unused, the Minister may, with the consent of the council of the band,

. . .

(b) where the land is in the lawful possession of any individual, grant a lease of such land for agricultural or grazing purposes or for any purpose that is for the benefit of the person in possession,

. . .

droit de passage [TRADUCTION] «tant que le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d’énergie électrique» n’était pas autorisé par le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*. Le 21 mars 1994, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel des intimées.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le Ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d’au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

58. (1) Lorsque, dans une réserve, un terrain est inculte ou inutilisé, le Ministre peut, du consentement du conseil de la bande,

. . .

(b) si le terrain est en la possession légitime d’un particulier, accorder la location de ce terrain à des fins de culture ou de pâturage ou à toute fin se trouvant au profit de la personne qui en a la possession;

. . .

(3) The Minister may lease for the benefit of any Indian upon his application for that purpose, the land of which he is lawfully in possession without the land being surrendered.

(4) Notwithstanding anything in this Act, the Minister may, without a surrender

- (a) dispose of wild grass or dead or fallen timber, and
- (b) with the consent of the council of the band, dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, or, where such consent cannot be obtained without undue difficulty or delay, may issue temporary permits for the taking of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, renewable only with the consent of the council of the band,

and the proceeds of such transactions shall be credited to band funds or shall be divided between the band and the individual Indians in lawful possession of the lands in such shares as the Minister may determine.

### III. Analysis

15 Section 28(2) reads:

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

16 The appellants' submission is that because Hydro might require the right-of-way forever the permit granting the right-of-way is not for a "period". I disagree. A period within the meaning of s. 28(2) can be measured either by dates or events. In this appeal the right-of-way is only for the period it is required by Hydro for that purpose alone. It is not certain how long that period will be. However, when Hydro's need for the right-of-way comes to an end, that fact will be ascertainable. Because the duration of the right-of-way is a

(3) Le Ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit cédée.

(4) Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Ministre peut, sans cession,

- a) disposer des herbes sauvages ou du bois mort sur pied ou du chablis, et
- b) avec le consentement du conseil de la bande, disposer du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, ou lorsque ce consentement ne peut être obtenu sans obstacle ou retard indu, peut délivrer des permis temporaires pour la prise du sable, du gravier, de la glaise et d'autres substances non métalliques sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, renouvelables avec le consentement du conseil de la bande seulement,

et le produit de ces opérations doit être porté au crédit des fonds de bande ou partagé entre la bande et les Indiens particuliers en possession légitime des terres selon les proportions que le Ministre peut déterminer.

### III. L'analyse

Voici le texte du par. 28(2):

28. . . .

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

Les appelants prétendent que, comme Hydro pourrait avoir besoin du droit de passage à perpétuité, le permis qui a accordé ce droit ne vise pas une «période». Je ne suis pas d'accord. La période visée au par. 28(2) peut être déterminée soit par des dates soit par des événements. Le droit de passage dont il est question dans le présent pourvoi n'est accordé que pour la période pendant laquelle Hydro a besoin de ce droit pour la seule fin prévue. Il est impossible de dire avec certitude combien de temps durera cette période. Cependant, lorsque le droit de passage ne sera plus requis par Hydro, ce fait sera déterminable. Comme le terme du droit de

bounded and ascertainable event, that duration is a period.

In determining whether s. 28(2) authorized the permit granted, three issues are raised. First, it is necessary to identify the nature and scope of the rights granted by the permit; second, whether the termination of the permit is defined by the happening of a reasonably ascertainable event; and finally, whether the permit constitutes a “sale, alienation, lease, or other disposition” under s. 37 of the *Indian Act* rather than a grant of rights under s. 28(2).

#### A. Nature of Rights Granted by the Permit

The respondent Hydro was granted “the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line”. This included the right of support by the land surrounding the base of the power poles, occupation of air space where the poles and wires were found and permission to inspect, maintain or repair the pole line for as long as the requirement for the line existed.

Hydro characterizes the right-of-way as a right to cross the appellants’ land for a specified purpose. Included in that right is the ability to erect towers and to prevent the Band from obstructing the right-of-way by any constructions on it.

The interests granted by the permit are analogous to an easement over the appellant Band’s reserve lands, subject to termination when there is no longer a requirement for the power transmission right-of-way. See *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654.

The rights created by the permit are statutory in origin and as such, they may be unknown to the common law: see *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, per Jessel, M.R., cited in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390.

passage est un événement déterminable, la durée de validité du permis est une période.

Pour déterminer si le par. 28(2) autorisait la délivrance du permis, il y a lieu d’examiner trois questions. Premièrement, quelle est la nature et l’étendue des droits conférés par le permis? Deuxièmement, est-ce que le permis prend fin lorsque survient un événement raisonnablement déterminable? Enfin, le permis constitue-t-il une «vente, une aliénation, une location ou une autre disposition» au sens de l’art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, plutôt que la concession de droits en vertu du par. 28(2)?

#### A. La nature des droits conférés par le permis

L’intimée Hydro a obtenu [TRADUCTION] «le droit de construire, d’exploiter et d’entretenir une ligne de transmission d’énergie électrique». Ce droit comportait un droit d’appui sur le sol entourant la base des pylônes, un droit d’occupation de l’espace aérien où étaient installées les pylônes et les fils, ainsi que la permission d’inspecter, d’entretenir ou de réparer la ligne tant et aussi longtemps que celle-ci était nécessaire.

Hydro caractérise le droit de passage comme étant le droit de traverser les terres des appelants pour une fin précise. Ce droit comporte la possibilité d’ériger des pylônes et d’empêcher la Bande d’obstruer le droit de passage par des constructions.

Les droits conférés par le permis sont analogues à une servitude sur les terres de la réserve de la Bande, sujette à résolution lorsque le droit de passage pour la ligne de transmission d’énergie n’est plus requis. Voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.

Les droits créés par le permis sont d’origine législative et, en tant que tels, pourraient bien être inconnus en common law: voir *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. c. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, le juge Jessel, maître des rôles, cité dans *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S.N.-É.), à la p. 390.

17

18

19

20

21

22 In *Paul, supra*, the dispute was over a parcel of land in the Woodstock Indian Reserve used by Canadian Pacific Ltd. ("CP") under a 990-year lease. In 1975, the Indians who resided on the reserve disputed CP's claim to the use of the right-of-way and barricaded it to prevent the passage of trains. CP sought a permanent injunction to prevent future trespass. The band counterclaimed respecting title to the right-of-way. The trial judge granted the injunction on the basis that the railroad had acquired the "fee simple" to reserve land comprising a railway corridor. This Court upheld the injunction but found that CP did not have a fee simple title but a statutory right-of-way, i.e., an easement. See also P. Jackson, *The Law of Easements and Profits* (1978), at p. 189; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131 (C.A.), at p. 163, *per* Lord Evershed, M.R., cited in *Paul, supra*, at p. 671.

23 It is of interest that Hydro's rights in the land here are not exclusive. The permit allows Hydro a right of support by the earth surrounding the base of the power poles and their anchors but the language of the permit in two ways demonstrates that the grant is of non-exclusive rights. The respondent Hydro can only use the land for the power transmission line and related maintenance purposes and the appellant Band retains the right to use the right-of-way. The Band's ability to use the land is restricted only in that they cannot erect buildings on it or interfere with the respondent Hydro's easement. Both Hydro and the Band share use of the right-of-way.

#### B. *The Termination of the Interest Conveyed*

24 The respondent Hydro submits that the permit on its face sets its duration or temporal boundary as the happening of an event. That is the future date when the power easement is no longer required.

Dans *Paul*, précité, le litige portait sur une parcelle de terrain qui était située dans la réserve indienne de Woodstock et utilisée par Canadien Pacifique Limitée («CP») en vertu d'un bail de 990 ans. En 1975, les Indiens qui habitaient la réserve ont contesté le droit de CP d'utiliser l'emprise et ils l'ont barricadée pour empêcher les trains de passer. CP a demandé une injonction permanente interdisant toute intrusion à l'avenir. La bande a présenté une demande reconventionnelle à l'égard du titre sur l'emprise. Le juge de première instance a accordé l'injonction pour le motif que la compagnie de chemin de fer avait acquis le «titre en fief simple» (*fee simple*) sur les terres de la réserve, y compris un corridor ferroviaire. Notre Cour a maintenu l'injonction, mais a statué que CP ne détenait pas un titre en fief simple, mais plutôt un droit de passage légal, c'est-à-dire une servitude. Voir aussi P. Jackson, *The Law of Easements and Profits* (1978), à la p. 189; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131 (C.A.), à la p. 163, lord Evershed, maître des rôles, cité dans *Paul*, précité, à la p. 671.

Il importe de souligner que, en l'espèce, les droits d'Hydro sur les terres ne sont pas exclusifs. Le permis confère à celle-ci un droit d'appui sur le sol entourant la base des pylônes et leur ancrage. Cependant, le texte du permis démontre, de deux façons, que les droits conférés à Hydro ne sont pas exclusifs. Celle-ci ne peut utiliser les terres visées que pour la ligne de transmission d'énergie et son entretien, et la Bande appelante conserve le droit d'utiliser l'emprise. La seule restriction imposée à la Bande dans l'utilisation des terres visées est qu'elle ne peut y ériger de constructions ou entraver l'usage de la servitude de l'intimée Hydro. Hydro et la Bande partagent l'utilisation du droit de passage.

#### B. *La cessation du droit conféré*

L'intimée Hydro soutient qu'il ressort du texte du permis que sa durée, ou limite temporelle, est fonction de l'arrivée d'un événement. Il s'agit de la date à laquelle la servitude ne sera plus requise.

The appellants take a contrary position and claim that the rights granted to the respondent Hydro by the easement are indeterminate and potentially in perpetuity.

In my opinion, as previously stated, the statutory easement was granted for an indeterminate period. It was not known in 1959 nor is it now known exactly when the rights will terminate but clearly, the easement will terminate when it is no longer required for a transmission line. This is a period whose end is readily ascertainable.

The permit provides that the respondent Hydro is entitled to use the reserve lands in question for as long as it requires a transmission pole line to pass through the portion of the reserve over which it is currently constructed. It is not difficult to imagine a number of circumstances in which this requirement would expire. While all are speculative, there is the possibility that the generating station at Sproat Falls might be abandoned, that demographic changes in the area might affect the location, size and requirement of the transmission poles. More remote is the possibility of electricity being replaced by another energy source. It is obvious that technology has affected the way we live in ways that were earlier unimaginable. The example of the Canadian experience with the railways is apposite. Even 50 years ago, this country's railroads appeared to be a permanent fact of Canadian travel and transportation. Today, we have seen many railway lines abandoned in favour of airlines and highways.

Nor can the permit be characterized as perpetual because its duration is purely under the control of the respondent Hydro. In *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1 (B.C.S.C.), aff'd [1986] B.C.J. No. 407 (C.A.), it was held that a grant of an interest in reserve land for so long as required for railway purposes was

25 Les appelants sont d'avis contraire, ils soutiennent que les droits conférés à l'intimée Hydro par la servitude le sont pour une période indéterminée, potentiellement à perpétuité.

26 À mon avis, comme je l'ai déjà mentionné, la servitude légale a été accordée pour une période indéterminée. On ne savait pas exactement en 1959, pas plus qu'aujourd'hui d'ailleurs, quand les droits prendront fin, mais de toute évidence la servitude prendra fin lorsqu'elle ne sera plus requise pour la ligne de transmission. Il s'agit d'une période dont l'expiration est facilement déterminable.

27 Le permis prévoit que l'intimée Hydro a le droit d'utiliser les terres de la réserve tant et aussi longtemps qu'elle a besoin de faire passer une ligne de transmission d'énergie à travers la partie de la réserve au-dessus de laquelle cette ligne est actuellement construite. Il n'est pas difficile d'imaginer des situations où ce besoin cesserait d'exister. Même si ce sont toutes des situations hypothétiques, mentionnons que la centrale électrique de Sproat Falls pourrait être abandonnée, que des changements démographiques pourraient survenir dans la région et entraîner la modification de l'emplacement, de la taille et de la nécessité des pylônes. Autre possibilité, plus vague encore, l'électricité pourrait être remplacée par une autre source d'énergie. Il est évident que les progrès technologiques ont changé la façon dont nous vivons, et ce d'une manière qui était imaginable dans le passé. L'exemple du chemin de fer au Canada est tout particulièrement à-propos. Il y a 50 ans à peine, le transport ferroviaire au Canada paraissait être un mode de déplacement et de transport appelé à rester de façon permanente. Aujourd'hui, on constate que bon nombre de lignes de chemin de fer sont abandonnées au profit de l'avion et l'automobile.

28 Il n'est pas non plus possible de dire que le permis a un caractère perpétuel du fait que sa durée dépend purement de la volonté de l'intimée Hydro. Dans la décision *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1 (C.S.C.-B.), conf. par [1986] B.C.J. No. 407 (C.A.), il a été jugé que la concession d'un droit

not an interest determinable at the sole will of the railroad. The Court of Appeal found that the reserve land was no longer required for railway purposes, and that therefore, the transfer of the land from CP to its subsidiary, Marathon Realty Corporation, was void.

sur des terres faisant partie d'une réserve pendant tout le temps requis pour les fins du chemin de fer ne constituait pas un droit résoluble au gré de la compagnie de chemin de fer seulement. La Cour d'appel a statué que ces terres n'étaient plus requises pour les fins du chemin de fer et, en conséquence, que leur transfert entre CP et sa filiale, Marathon Realty Corporation, était nul.

29 The duration of the easement in the instant case is similarly qualified. It endures only so long as the right-of-way is required for the purpose of an electric transmission line. The respondent Hydro has some discretion as to the decisions it makes with respect to the placement and utility of transmission lines. However, since the word "required" is used, it would be wrong to conclude that the expiry of the permit is solely dependant upon the will of the respondent Hydro. Whether the line is required is a justiciable issue: *Canadian Pacific Railway Co. v. Town of Estevan*, [1957] S.C.R. 365; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, *supra*. See also *The Queen v. Bolton*, [1975] F.C. 31 (T.D.), at p. 35.

En l'espèce, la durée de la servitude peut être qualifiée de façon similaire. Elle ne dure que le temps pendant lequel le droit de passage est requis pour la ligne de transmission d'électricité. L'intimée Hydro a un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de l'emplacement des lignes de transmission et de leur utilité. Cependant, comme le mot «requis» est utilisé, il serait erroné de conclure que l'expiration du permis dépend seulement de la volonté de l'intimée Hydro. La question de savoir si la ligne est requise est une question contentieuse: *Canadian Pacific Railway Co. c. Town of Estevan*, [1957] R.C.S. 365; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.*, précité. Voir aussi *La Reine c. Bolton*, [1975] C.F. 31 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 35.

C. Does a "Period" in Section 28(2) Include an Indeterminate Length of Time?

C. Est-ce que le mot «période» au par. 28(2) vise également les périodes d'une durée indéterminée?

30 Prior to the amendment under which the impugned permit was granted, s. 28 allowed the Minister to grant permits of no longer than one year:

Avant la modification en vertu de laquelle le permis contesté en l'espèce a été accordé, l'art. 28 autorisait le ministre à accorder des permis pour une période d'au plus un an:

28. . . .

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

31 It was noted in Parliamentary Committee, and I agree, that under the above wording

En comité parlementaire, on avait souligné, à raison selon moi, qu'en vertu du texte précité

. . . the minister, if he so desired or so chose, could grant permission for one year, and then at the end of that year, strictly in accordance with the wording of the subsection, he could grant permission for another year; because there is no statement in subsection (2) to the

. . . le ministre, s'il le désire, peut accorder un permis d'un an, puis, à la fin de l'année, en émettre un second pour une deuxième année, en conformité de la phraséologie du paragraphe; parce qu'il n'y a rien dans le paragraphe (2) qui spécifie que le ministre, à la fin de la période

effect that at the end of the first year he would have to obtain permission before granting a permit for a further year.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 80.)

The amendment which was in force in 1959 (S.C. 1956, c. 40, s. 10), when the permit was issued, reads:

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

This amendment limited the Minister's power to indefinitely renew permits beyond a period of one year and expanded the ability of the Band council to grant rights of occupation and use of reserve lands for periods longer than one year to third parties without a surrender.

The question is whether "any longer period" necessarily denotes a fixed number of years. There is nothing in s. 28(2) that limits it to granting only those rights that are expressed for a fixed period.

"Period" can be defined in a number of different ways depending on its context, as the case law aptly demonstrates. It could mean a fixed number of years or months: *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672 (T.D.), at p. 684, aff'd [1979] 1 F.C. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (B.C.S.C.), at p. 447. However, "period" also denotes a length of time bounded by the happening of a certain event, capable of being ascertained: *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XI, at p. 558; *Webster's Third New International Dictionary* (1986), at p. 1680; *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1976), t. 5, at p. 122; *Cummins v. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443 (Sask. Q.B.), at p. 445. As the end point

mière année, doit en obtenir la permission avant d'émettre un permis pour l'année suivante.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, à la p. 18.)

Voici le texte de la disposition modifiée, qui était en vigueur en 1959 (S.C. 1956, ch. 40, art. 10) lors de la délivrance du permis:

28. . . .

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

Cette modification limitait le pouvoir du ministre de renouveler indéfiniment les permis pour des périodes de plus d'un an et élargissait la capacité du conseil de la Bande d'accorder à des tiers, sans qu'il y ait cession, des droits d'occupation et d'utilisation de terres faisant partie de la réserve pour des périodes de plus d'un an.

La question est de savoir si l'expression «pour toute période plus longue» s'entend d'un nombre déterminé d'années. Rien dans le par. 28(2) n'indique que cette disposition ne permet d'accorder que des droits exprimés en fonction d'une période déterminée.

Comme le démontre bien la jurisprudence, le mot «période» peut être défini de diverses façons selon le contexte. Il peut signifier un nombre déterminé d'années ou de mois: *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 672 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 684, conf. par [1979] 1 C.F. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (C.S.C.-B.), à la p. 447. Cependant, le mot «période» vise aussi une durée limitée par l'arrivée d'un certain événement déterminable: *Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), vol. XI, à la p. 558; *Webster's Third New International Dictionary* (1986), à la p. 1680; *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1976), t. 5, à la p. 122; *Cummins c. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443 (B.R. Sask.), à la p. 445. Puisque

of the permit is a justiciable issue, it is only necessary to decide whether a period can, in addition to a fixed period, encompass a length of time that endures until certain other circumstances occur. In my opinion and in view of the overall context of s. 28(2), a period can be measured either by dates or events.

34 The end point of a permit need not be defined in terms of a specific calendar date as long as it is ascertainable. The only requirement is that the end of the period be capable of ascertainment so that it does not constitute a grant in perpetuity. In the instant case, the end point of the permit arises when the easement is no longer required for power transmission.

35 It is possible that a grant for perpetual duration might be disguised under the appearance of a defined period. A right-of-way to last as long as the sun shall shine and the rivers flow would obviously be a suspicious attempt to create a perpetual period under the guise of an ascertainable event. There could be a grant where the terminable event is so remote and uncertain that the period is, in fact, perpetual. That would be a matter of fact in the particular case

#### D. Interaction of Section 37 and Section 28(2)

36 The appellant Band submits that this right-of-way with its potentially lengthy duration should have been effected by way of surrender to the Crown pursuant to s. 37 of the *Indian Act* which states:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

37 This appeal concerns reserve lands as distinguished from lands in which "traditional" or aboriginal title is claimed. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian*

le point d'expiration du permis est une question contentieuse, il suffit de décider si le mot «période» peut s'entendre, outre d'une période déterminée, d'un laps de temps qui se prolonge jusqu'à l'arrivée de certaines autres circonstances. À mon avis, compte tenu du contexte global du par. 28(2), une période peut être mesurée tant en fonction de dates qu'en fonction d'événements.

Dans la mesure où il est déterminable, le point d'expiration d'un permis n'a pas besoin d'être défini en fonction d'une date spécifique. La seule exigence est que la fin de la période soit déterminable et qu'elle ne constitue pas une concession à perpétuité. En l'espèce, il y a expiration du permis lorsque la servitude n'est plus requise pour la transmission d'énergie.

Il est possible qu'un droit concédé à perpétuité présente l'apparence d'une période définie. Ainsi, un droit de passage censé durer tant que brillera le soleil et que couleront les rivières serait de toute évidence une expression suspecte, visant à fixer une période perpétuelle tout en lui donnant l'apparence d'un événement déterminable. Il pourrait également y avoir concession d'un droit de passage dont le terme est fonction d'un événement si lointain et si incertain qu'il s'agirait, en fait, d'une période perpétuelle. Chaque cas serait une question de fait.

#### D. Interaction de l'art. 37 avec le par. 28(2)

La Bande appelante soutient que le présent droit de passage, potentiellement de longue durée, aurait dû être accordé par voie de cession à la Couronne, conformément à l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*:

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

Le présent pourvoi porte sur des terres d'une réserve et non sur des terres à l'égard desquelles un titre «traditionnel» ou ancestral est revendiqué. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry c.*

*Affairs and Northern Development*), [1995] 4 S.C.R. 344, McLachlin J. described Indian title in a reserve as being an incorporeal, personal right of perpetual usufruct. See also *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54, *per* Lord Watson; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. It specifically does not include either the beneficial or legal fee simple:

The Bands do not have the fee in the lands; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree.

(*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 349, *per* Wilson J.)

Dickson J. (as he then was) described in *Guerin* (at p. 382) the Indians' interest as

a legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown. While their interest does not, strictly speaking, amount to beneficial ownership, neither is its nature completely exhausted by the concept of a personal right.

Dickson J. then went on to state that the Indian interest in land is personal in the sense that the Indian band itself is prohibited from directly transferring its interest to a third party. The general inalienability of the Indians' interest is the most salient feature of the *sui generis* interest (at p. 365):

Generally, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the Band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

Any sale or lease of land to a third party can only be carried out after a surrender has taken place, with the Crown then acting on the band's behalf to effectuate the transfer to third parties. The Crown prior to the surrender holds the fee simple to the land subject to the Indians' *sui*

*Canada* (*Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*), [1995] 4 R.C.S. 344, le juge McLachlin a décrit le titre indien sur une réserve comme étant un droit d'usufruit perpétuel, incorporel et personnel. Voir aussi *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), à la p. 54, lord Watson; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. De façon plus précise, ce droit n'inclut ni droit de propriété à titre bénéficiaire ni droit de propriété absolu en common law:

Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent.

(*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 349, le juge Wilson.)

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit, dans *Guerin* (à la p. 382), le droit des Indiens sur les terres d'une réserve comme étant

le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel.

Le juge Dickson a poursuivi en affirmant que le droit des Indiens sur les terres est personnel, en ce sens qu'il est interdit à la bande indienne elle-même de le transférer directement à un tiers. L'inaliénabilité générale du droit des Indiens est la caractéristique la plus marquante de ce droit *sui generis* (à la p. 365):

De manière générale, les terres d'une réserve ne doivent être vendues, aliénées ou louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

La vente ou la location de terres à un tiers ne peuvent être réalisées qu'après une cession, la Couronne agissant alors pour le compte de la bande dans le cadre du transfert à ce tiers. Avant la cession, la Couronne détient le titre en fief simple sur les terres, sous réserve du droit *sui generis* des

*generis* interest. When a band surrenders land, or more correctly, its *sui generis* interest in land, to the Crown, the band's interest is said to merge in the fee held by the Crown. The Crown then holds the land free of the Indian interest. The Crown has a broad discretion in dealing with surrendered land but it is subject to an equitable obligation to deal with the land for the benefit of the Indians and subject to the terms of the surrender from the band: *Guerin, supra*, at pp. 353-54, *per* Wilson J., and at p. 385, *per* Dickson J.

Indiens. Lorsqu'une bande cède à la Couronne des terres ou, plus correctement, son droit *sui generis* sur des terres, on dit que le droit de la bande se fond au fief détenu par la Couronne. Celle-ci détient alors les terres, libres du titre indien. La Couronne détient un large pouvoir discrétionnaire relativement aux terres cédées, mais elle est assujettie à une obligation en *equity*, soit celle d'agir au profit des Indiens dans les opérations concernant les terres et conformément aux conditions de la cession consentie par la bande: *Guerin*, précité, aux pp. 353 et 354, le juge Wilson, et à la p. 385, le juge Dickson.

40

Surrenders may be absolute or qualified, conditional or unconditional. *Smith, supra*, at p. 568, makes clear that upon unconditional and absolute surrender the Indians' rights in the land disappear. However, surrenders may also release only partially or temporarily the interest of the Indians. The point here is that surrenders are required as a general rule not only when the Indian band is releasing all its interest in the reserve forever, but whenever any interest is given up for any duration of time. Indeed, this has been recognized by the jurisprudence of this Court:

Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition. L'arrêt *Smith*, précité, à la p. 568, établit clairement qu'une cession sans condition éteint les droits des Indiens sur les terres. Cependant, une cession peut également n'écarter que partiellement ou temporairement les droits des Indiens. Il faut comprendre qu'une cession est en règle générale nécessaire, non seulement lorsque la bande indienne cède à jamais tous ses droits dans la réserve, mais aussi lorsqu'un droit est abandonné pour un certain temps. De fait, notre Cour a reconnu ce fait dans sa jurisprudence:

That there can be a partial surrender of the "personal and usufructuary rights" which the Indians enjoy is confirmed by the *St. Catherine's Milling Company Limited v. The Queen* [(1888), 14 App. Cas. 46], in which there was retained the privilege of hunting and fishing; and I see no distinction in principle, certainly in view of the nature of the interest held by the Indians and the object of the legislation, between a surrender of a portion of rights for all time and a surrender of all rights for a limited time.

[TRADUCTION] La possibilité d'une cession partielle des «droits personnels et usufruitaires» dont jouissent les Indiens est confirmée dans l'arrêt *St. Catherine's Milling Company Limited c. La Reine*, [(1888), 14 App. Cas. 46], où le privilège de chasser et de pêcher était conservé; et je ne vois aucune distinction, du point de vue des principes, compte tenu surtout de la nature du droit détenu par les Indiens et de l'objet de la loi, entre la cession d'une partie des droits pour toujours et la cession de tous les droits pour une période limitée.

(*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219, *per* Rand J.)

(*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, à la p. 219, le juge Rand.)

41

That this is so is apparent from the face of s. 37. Section 37 is not restricted to sales or complete alienation of lands in a reserve from the Crown to third parties. Leases or other dispositions of "lands in a reserve" also require a surrender by the Indians of their interest to the Crown. Section 38 elaborates what exactly may be surrendered to the Crown:

Le fait qu'il en soit ainsi est apparent à la lecture de l'art. 37. Cet article ne vise pas seulement la vente ou l'aliénation complète à des tiers, par la Couronne, de terres dans une réserve. La location ou toute autre disposition de «terres dans une réserve» exigent aussi que les Indiens cèdent leurs droits à la Couronne. L'article 38 précise ce qui peut être cédé à la Couronne:

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Section 38 provides that “any right or interest of the band and its members” in a reserve may be surrendered, obviously in reference to s. 37. The bundle of rights which may be surrendered is “any right or interest” in a reserve. Section 35, the expropriation power, specifies that the right to expropriate may similarly be exercised “in relation to lands in a reserve or any interest therein”.

Also apparent on the face of s. 37 from the qualification at the beginning of s. 37 is the legislative intention that it operate in conjunction with and subject to other provisions of the *Indian Act*. There is in this qualification an express recognition that other provisions of the *Indian Act* also deal with sales, alienations, leases or other dispositions of lands in a reserve.

For example, there are exceptions to the general rule against alienation in the provisions of s. 58. In the *Indian Act* as it stood in 1959, ss. 58(1)(b) and 58(4)(b), respectively, allow the Minister with the consent of band council to grant to non-band members leases for agricultural or grazing purposes or permits to dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances on or under reserve land. In the case of sand, gravel, clay and other non-metallic substances, the Minister may issue temporary one-time permits without the consent of band council, but these are renewable only with the approval of band council. The granting of land for agricultural purposes must envisage the possibility of a use or occupation by a non-band member to the complete exclusion of use by a band member and the permanent taking of the *fructus*. Also, in the case of taking of non-metallic substances, s. 58

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

Aux termes de l’art. 38, «tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres» dans une réserve peut-être abandonné, ce qui renvoie de toute évidence à l’art. 37. L’ensemble de droits qui peuvent être cédés est tout «droit ou intérêt» dans une réserve. L’article 35, qui établit le pouvoir d’expropriation, précise que le droit d’exproprier peut être exercé de façon analogue «relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent».

Il ressort en outre clairement de la réserve énoncée au début de l’art. 37 que le législateur entendait que cet article soit appliqué en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* et sous réserve de celles-ci. Cette réserve reconnaît expressément que d’autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* portent également sur la vente, l’aliénation, la location ou tout autre disposition de terres situées dans une réserve.

Par exemple, l’art. 58 prévoit des exceptions à la règle générale concernant l’interdiction d’aliénation. Dans le texte de la *Loi sur les Indiens* en vigueur en 1959, les al. 58(1)b) et 58(4)b), respectivement, autorisaient le ministre, du consentement du conseil de la bande, à louer à des particuliers des terrains à des fins de culture ou de pâturage ou à disposer du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur les terres d’une réserve ou dans le sous-sol de celle-ci. Dans le cas du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques, le ministre peut, sans le consentement de la bande, délivrer des permis temporaires, mais ceux-ci ne sont renouvelables qu’avec le consentement du conseil de la bande. Dans le cadre de la location de terres à des fins de culture, il faut envisager la possibilité que l’utilisation ou l’occupation par un non-membre de la bande ait pour effet d’en exclure complètement l’utilisation par un membre de la bande, et d’entraîner la jouissance des fruits de cette culture en permanence. De plus, dans le cas

42

43

44

contemplates a permanent disposition of what was part and parcel of reserve land.

45 Not only do the exceptions demonstrate that there is a certain overlap between them and the general rule in s. 37, but the exceptions also overlap each other. The overlap between s. 58 and s. 28(2) was recognised in *The Queen v. Devereux*, [1965] S.C.R. 567, at p. 572, where the lessor was an individual band member acting without consent of the band council. Judson J. held that there were two ways in which the defendant (non-Indian) in the case could have been in lawful possession of the land. It could have been either leased under s. 58(3) for the benefit of an Indian or occupied by permit under s. 28(2).

46 The practice of the Minister demonstrates that in his view, some sections of the *Indian Act* could be used interchangeably depending on the circumstances. The Agreed Statement of Facts dated May 16, 1996, illustrates that the practice which occurred in Canada after the 1956 amendments to the *Indian Act* was to grant power line rights-of-way across reserve lands both by way of surrender and conveyance (s. 37), expropriation (s. 35) and by permit (s. 28(2)).

47 The appellants argued that since the permit granted rights in perpetuity, this constituted a disposition of land made in violation of s. 37. Based on my earlier conclusion that the permit is not for perpetuity, s. 37 does not apply, at least not for the reason given by the appellants.

48 The question is whether the permit was properly granted under s. 28(2). Perhaps the easement in the permit could have been granted under s. 37, but that section must be read subject to other provisions in the *Indian Act*. The proper question is to decide the circumstances in which s. 28(2) could

des substances non métalliques, l'art. 58 prévoit qu'il peut y avoir disposition permanente de ce qui faisait partie des terres de la réserve.

L'examen des exceptions démontre non seulement l'existence d'un certain chevauchement entre celles-ci et la règle générale établie à l'art. 37, mais aussi un chevauchement entre les exceptions elles-mêmes. Le chevauchement entre l'art. 58 et le par. 28(2) a été reconnu dans *The Queen c. Devereux*, [1965] R.C.S. 567, à la p. 572, où le locateur était un membre d'une bande qui avait agi sans le consentement du conseil de la bande. Le juge Judson a conclu qu'il y avait deux situations où le défendeur (un non-Indien) aurait pu être en possession légitime de la terre: celle-ci aurait pu être louée au profit d'un Indien en vertu du par. 58(3) ou occupée en vertu d'un permis accordé en application du par. 28(2).

La pratique suivie par le ministre démontre que ce dernier est d'avis que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* peuvent être utilisées de façon interchangeable, selon les circonstances. Il ressort de l'exposé conjoint des faits daté du 16 mai 1996 que, à la suite des modifications apportées en 1956 à la *Loi sur les Indiens*, la pratique au Canada était de conférer des droits de passage pour les lignes de transmission d'énergie à travers les terres des réserves par cession et transfert (art. 37), par expropriation (art. 35) et par permis (par. 28(2)).

Les appellants ont plaidé que, comme le permis accordait des droits à perpétuité, il s'agissait d'une disposition de terres faite en violation de l'art. 37. Puisque j'ai déjà conclu que le permis n'a pas été conféré à perpétuité, l'art. 37 ne s'applique pas, tout au moins pas pour la raison invoquée par les appelants.

La question est de savoir si le permis a été accordé à bon droit en vertu du par. 28(2). Peut-être que la servitude constituée par le permis aurait pu être accordée en vertu de l'art. 37, mais cet article doit être lu en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La question à laquelle il faut répondre est plutôt de déterminer dans quelles circonstances le par. 28(2) ne peut

not apply, the default provision being the general rule in s. 37 against alienation without a surrender.

In my view, s. 28(2) cannot apply any time a portion of the Indian interest in any portion of reserve land is permanently disposed of. For example, before permission to extract minerals in a reserve is granted by the Minister, surrender is required. I would note that this would be true whether the right to exploit and extract minerals were granted forever or for limited duration under a lease. For example, the mineral rights could well be disposed of under a document entitled a "lease". One must always look to the true nature of the rights granted. Even if the right to extract were granted only temporarily under the lease, in fact such a grant would forever deprive the band of a resource which formed part of the reserve. Surrender of mineral rights has been required under successive *Indian Acts* before disposition thereof to third parties. However, exception was made of this during some 30 years in the first half of this century when the Superintendent General of Indian Affairs was empowered to issue leases to third parties without any form of band consent: *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1919, c. 56, s. 1, amending *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 48, partially repealed S.C. 1938, c. 31, s. 1, and replaced S.C. 1951, c. 29, s. 57(c). Exceptions for certain non-metallic minerals are provided for in s. 58, as discussed above.

In the instant case, the respondent Hydro was accorded limited rights of occupation and use for an indeterminate but determinable and ascertainable period of time. There was no permanent disposition of any Indian interest. Furthermore, the Band and Hydro were obligated to share the rights of use and occupation of the land, with the limited exceptions of the area of ground giving support to the poles and the air space occupied by the poles. Consequently, the surrender requirement of s. 37

s'appliquer, la disposition applicable par défaut étant la règle générale prévue à l'art. 37, qui interdit l'aliénation de terres n'ayant pas fait l'objet d'une cession.

À mon avis, le par. 28(2) ne s'applique pas dans les cas où il y a disposition permanente des droits des Indiens dans une partie des terres de la réserve. Par exemple, il doit y avoir une cession avant que le ministre n'autorise l'extraction de minéraux dans une réserve. Je tiens à préciser qu'il en serait ainsi et ce, que le droit d'exploiter et d'extraire des minéraux soit conféré à perpétuité ou pour une durée limitée en vertu d'un bail. À titre d'exemple, il pourrait fort bien y avoir disposition de droits miniers en vertu d'un document intitulé «bail». Il faut toujours examiner la véritable nature des droits conférés. Même si le droit d'extraire des minéraux n'était accordé que temporairement en vertu du bail, une telle concession priverait à jamais la bande d'une ressource qui faisait partie de la réserve. Les diverses versions de la *Loi sur les Indiens* ont toujours exigé qu'il y ait une cession des droits miniers avant toute disposition de ceux-ci en faveur de tiers. Cependant, il y a eu une exception à cette règle pendant une trentaine d'années au cours de la première moitié du siècle; le surintendant général des Affaires indiennes était alors habilité à accorder des permis à des tiers sans obtenir d'aucune façon le consentement de la bande visée: *Loi modifiant la Loi des sauvages*, S.C. 1919, ch. 56, art. 1, modifiant la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 48, abrogé en partie par S.C. 1938, ch. 31, art. 1, et remplacé par S.C. 1951, ch. 29, al. 57c). Comme nous l'avons vu, l'art. 58 prévoit des exceptions dans le cas de certaines substances non métalliques.

En l'espèce, l'intimée Hydro a obtenu des droits limités d'occupation et d'utilisation pour une période indéterminée mais par ailleurs déterminable et définissable. Il n'y a pas eu disposition permanente de quelque droit des Indiens. Par ailleurs, la Bande et Hydro étaient obligées de partager les droits d'utilisation et d'occupation des terres, à l'exception des parties du sol soutenant les pylônes et de l'espace aérien occupé par ceux-ci. Par conséquent, l'obligation de cession prévue à l'art. 37

does not apply to the present permit and more importantly, no rights exceeding those authorized by s. 28(2) were granted. The indeterminate easement granted on the face of this permit is a disposition of a limited interest in land that does not last forever.

51 Surely it was intended that the band council could at least have the right to grant that type of easement. Surrender involves a serious abdication of the Indian interest in land and gives rise to both a broad discretion and an equally onerous fiduciary obligation on the Crown to deal with the Indian lands thus surrendered. The case law establishes that in the case of an unconditional and absolute surrender the Indian interest in land actually disappears: *Smith, supra*, at p. 568. In the case of a conditional and partial surrender, such as a surrender to lease, *Smith*, at p. 568, left open the question of whether such amounts to another form of use or benefit to the Indians or whether the consequence in law is that the Indians' rights are terminated.

52 The remaining question is whether the grant of rights for an indeterminate period conflicts with the policy of prohibiting use of reserve land by third parties absent approval of the Minister and band. This leads to a consideration of the policy behind the rule of general inalienability. Both the common law and the *Indian Act* guard against the erosion of the native land base through conveyances by individual band members or by any group of members. Government approval, either by way of the Governor in Council (surrender) or that of the Minister, is required to guard against exploitation: *Blueberry River Indian Band, supra*, at p. 370, per McLachlin J.

53 On the other hand, the *Indian Act* also seeks to allow bands a degree of autonomy in managing band resources for commercial advantage in the general interest of the band. Collective consent of the Indians, either in the form of a vote by the

ne s'applique pas au présent permis et, fait plus important encore, aucun droit supérieur à ceux autorisés par le par. 28(2) n'a été accordé. La servitude d'une durée indéterminée, qui, aux termes du permis, a été accordée, constitue une disposition d'un droit foncier limité qui ne dure pas éternellement.

On entendait certainement que le conseil de la bande puisse au moins avoir le droit d'accorder ce type de servitude. Une cession constitue une renonciation sérieuse au droit foncier cédé par les Indiens, et elle amène la Couronne à exercer un vaste pouvoir discrétionnaire et à assumer une obligation de fiduciaire tout aussi lourde à l'égard des terres indiennes ainsi cédées. Dans le cas d'une cession sans condition et absolue, la jurisprudence établit qu'il y a extinction du droit foncier des Indiens: *Smith*, précité, à la p. 568. En cas de cession conditionnelle et partielle, telle une cession pour location, dans *Smith*, à la p. 568, on n'a pas répondu à la question de savoir si une telle cession constitue une autre forme d'utilisation ou de bénéfice pour les Indiens, ou si la conséquence en droit d'une telle cession est l'extinction des droits des Indiens.

Il reste à déterminer si le fait d'accorder des droits pour une période indéterminée est incompatible avec le principe qui interdit l'utilisation des terres d'une réserve par des tiers sans l'approbation du ministre et de la bande visée. Cela nous amène à examiner les principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale. Tant la common law que la *Loi sur les Indiens* visent à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens qu'entraînerait la cession de terres par des membres ou groupes de membres d'une bande. Pour prévenir l'exploitation, le gouvernement doit donner son approbation, que ce soit par l'entremise du gouverneur en conseil (cession) ou du ministre: *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, à la p. 370, le juge McLachlin.

Par contre, la *Loi sur les Indiens* vise aussi à conférer aux bandes une certaine autonomie dans la gestion de leurs ressources, à des fins commerciales, dans l'intérêt général de la bande. Les Indiens doivent donner collectivement leur consen-

band membership (surrender) or by a resolution of the band council, is required to ensure that those affected by the transfer assent to it. The extent to which individual band members participate in the approval process depends on the extent to which the proposed disposition affects individual or communal interests. In the case of sales, dispositions and long-term leases or alienations permanently disposing of any Indian interest in reserve land, surrender is required, involving the vote of all members of the band. On the other hand in the case of rights of use, occupation or residence for a period of longer than one year, only band council approval is required.

It is important that the band's interest be protected but on the other hand the autonomy of the band in decision making affecting its land and resources must be promoted and respected. These sometimes conflicting values were identified by McLachlin J. in *Blueberry River Indian Band*, *supra*, at p. 370:

My view is that the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection.

Gonthier J. at p. 358, speaking for the majority, accepted this principle:

As McLachlin J. observes, the law treats aboriginal peoples as autonomous actors with respect to the acquisition and surrender of their lands, and for this reason, their decisions must be respected and honoured.

With the twin policies of autonomy and protection in mind, s. 37 and s. 28(2) reflect that, depending on the nature of the rights granted, different levels of autonomy and protection are accorded. Section 37 demonstrates a high degree of protection, in that the approval of the Governor in Council and the vote of all of the members of the band are required. This indicates that s. 37 applies where significant rights, usually permanent and/or total rights in reserve land are being transferred. On the other hand, under s. 28(2), lesser dispositions are contemplated and the interest transferred must be temporary. It is evident from a review of this permit that it does not violate the

tement, que ce soit par un vote des membres de la bande (cession) ou par une résolution du conseil de la bande, de façon à garantir que les personnes touchées par le transfert y aient consenti. Le degré de participation des divers membres d'une bande au processus d'approbation varie selon que la disposition proposée touche des droits individuels ou collectifs. En cas de vente, de disposition et de location à long terme ou autre aliénation permanente d'un droit des Indiens sur les terres de la réserve, il doit y avoir une cession nécessitant le vote de tous les membres de la bande. Cependant, dans le cas des droits d'utilisation, d'occupation ou de résidence pour une période de plus d'un an, seule l'approbation du conseil de la bande suffit.

D'une part, il est important de protéger les droits de la bande, mais, d'autre part, il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise des décisions concernant ses terres et ses ressources. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, le juge McLachlin a fait état de ces valeurs, qui entrent parfois en conflit, à la p. 370:

À mon avis, les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection.

À la p. 358, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, a accepté ce principe:

Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin, la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions.

Tout en gardant à l'esprit ces deux principes d'autonomie et de protection, il convient de préciser que l'art. 37 et le par. 28(2) accordent, selon la nature des droits conférés, différents niveaux d'autonomie et de protection. En effet, l'art. 37 établit un degré élevé de protection en ce qu'il exige à la fois l'approbation du gouverneur en conseil et le vote de tous les membres de la bande. Cela indique que l'art. 37 s'applique lorsque des droits importants sur des terres de réserve, habituellement des droits permanents, complets, ou les deux, sont transférés. À l'opposé, le par. 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère temporaire. Il ressort clairement

balance between autonomy and protection struck by the *Indian Act*. This is not a case where surrender, with all of its administrative and legal impositions was required in terms of the overall policy of the *Indian Act*.

56 This case was founded on a motion for summary judgment. It was common ground that the consent of the Band council had been given. The record confirms a protracted course of negotiations between the Band and the respondents. The appellants have advanced no claim of unfairness or an uneven bargain in this proceeding for summary judgment. Other legal and factual issues in the circumstances of granting this particular permit, such as the claims of undue influence and breach of fiduciary duty asserted in the appellants' amended statement of claim would require evidence and review at a trial and are not dealt with in this decision.

57 This appeal deals with the narrow issue of whether the permit was an indeterminate or perpetual grant of rights in reserve land and whether the provisions of s. 28(2) to grant indeterminate and limited rights violated the overall scheme of the *Indian Act*. I have concluded that the grant of limited indeterminate rights in reserve land is permissible under s. 28(2) as a question of law. There may be other legal and factual issues in the circumstances of granting this particular permit that require evidence and review at the trial and are not dealt with in this decision.

#### E. *Motion to Strike*

58 In addition to the issue of the validity of the permit, the appellants at the hearing brought a motion to strike certain portions of the factum of the interveners B.C. Tel et al. I would allow the motion in

de l'examen du permis en cause qu'il ne rompt pas l'équilibre établie par la *Loi sur les Indiens* en matière d'autonomie et de protection. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où, compte tenu de la politique générale établie par la *Loi sur les Indiens*, il fallait effectuer une cession, avec toutes ses formalités administratives et juridiques.

Le présent pourvoi repose sur une requête en jugement sommaire. Il est notoire que le conseil de la Bande avait donné son consentement. Le dossier confirme qu'il y a eu de longues négociations entre la Bande et les intimés. Les appelants n'ont pas, dans le cadre de la procédure en jugement sommaire, plaidé l'existence d'une injustice ou d'un marchandage inégal. D'autres questions de fait et droit concernant les circonstances de la délivrance du permis en cause, telles les prétentions d'influence indue et de manquement à l'obligation de fiduciaire plaidées par les appelants dans leur déclaration modifiée, exigent que l'on présente des éléments de preuve à leur égard et qu'on les examine dans le cadre d'un procès, et elles ne sont pas étudiées dans la présente décision.

Le présent pourvoi concerne la question restreinte de savoir si le permis avait pour effet de concéder, pour une durée indéterminée ou à perpétuité, des droits sur les terres de la réserve, et si les dispositions du par. 28(2) qui permettent de conférer des droits limités pour une durée indéterminée contreviennent au régime général établi par la *Loi sur les Indiens*. J'ai conclu que, en droit, le par. 28(2) permet d'accorder des droits limités pour une durée indéterminée sur des terres situées dans une réserve. Il est possible que d'autres questions de droit et de fait concernant les circonstances de la délivrance du permis en cause, qui ne sont pas étudiées dans la présente décision, exigent que l'on présente des éléments de preuve à leur égard et qu'on les examine dans le cadre d'un procès.

#### E. *La requête en radiation*

À l'audience, en plus de soulever la question de la validité du permis, les appelants ont présenté une requête en radiation de certaines parties du mémoire des intervenants B.C. Tel et autres. Je

part, striking out the last sentence of paragraph 24 of the factum only. The balance of the unproven factual assertions made by these interveners in their factum are issues better left to the trial judge if the matter goes to trial.

#### IV. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Cory and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

#### I

The Opetchesaht people are an Indian band living on Vancouver Island in British Columbia. Like many of Canada's aboriginal peoples, they live on land which the government "reserved" for them many years ago. The reserve is the home of the Opetchesaht people, past, present and future. As such, it cannot be sold like private land. The *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (now R.S.C., 1985, c. I-5), restricts the way reserve lands may be dealt with to the end of ensuring that they are preserved for the people and their descendants.

In 1959 the Crown and the band concluded an agreement with British Columbia Hydro giving Hydro the right to run an electrical transmission line across the Opetchesaht reserve. Pursuant to this agreement, the Crown with the agreement of the band council issued a permit to Hydro under s. 28(2) of the *Indian Act*. The permit gave Hydro "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line" and to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected and the air space where wires were strung "for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line".

suis d'avis d'accueillir cette requête en partie et d'annuler seulement la dernière phrase du paragraphe 24 du mémoire. Il est préférable, si cette affaire donne lieu à un procès, de laisser au juge qui le présidera le soin de statuer sur le reste des allégations non prouvées faites par ces intervenants dans leur mémoire.

#### IV. Le dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Cory et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

#### I

Les Opetchesaht sont une bande indienne qui vit sur l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique. À l'instar de nombreux autres autochtones du Canada, les Opetchesaht vivent sur des terres que le gouvernement leur a «réservées» il y a de nombreuses années. Cette réserve est leur foyer passé, présent et futur. À ce titre, elle ne peut être vendue comme une terre privée. Dans le but d'assurer leur préservation pour leurs occupants et leurs descendants, la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5), limite les actes qui peuvent être accomplis à l'égard des terres constituant une réserve.

En 1959, la Couronne et la bande ont conclu avec British Columbia Hydro («Hydro») un accord donnant à Hydro le droit de faire passer une ligne de transmission d'énergie électrique à travers la réserve des Opetchesaht. Conformément à cet accord, la Couronne, avec l'assentiment du conseil de la bande, a délivré un permis en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*. Ce permis accordait à Hydro [TRADUCTION] «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique» et d'occuper les parties de la surface de la réserve où les pylônes étaient érigés ainsi que l'espace aérien où étaient tendus les fils «pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique».

59

60

61

62

Almost four decades later, the Opetchesaht people find they need to use Hydro's right-of-way to provide a private band road, a reservoir access road and a drainage ditch for the benefit of the people now occupying the reserve. They can do none of these things because the permit prohibits them. This led the band to re-examine how the permit came to be issued. They came to the conclusion that it was wrongly issued; the required procedure, in their view, was surrender and alienation under s. 37 of the *Indian Act*, a process of formality and deliberation requiring the consent of the band membership. They brought this action, seeking a declaration that the permit was void and an order for possession of the right-of-way and damages for trespass. The matter proceeded summarily on a question of law. The trial judge ruled in favour of the Opetchesaht band. The British Columbia Court of Appeal ruled against them. The band appealed to this Court.

63

The issue is one of importance for the Opetchesaht people, who want to use the land bound by the permit for new needs. But its significance extends much further. At stake is an issue of importance to all bands with reserve lands: the conditions limiting how and when Indian peoples can sell, lease or otherwise dispose of their lands and interests in those lands in ways that bind future generations.

64

My colleague Major J. concludes that Indian bands may dispose of interests in land for indefinite periods spanning many generations with only the consent of the Minister and the current band council. With great respect, I cannot agree. In my view, an interest in band lands such as the one here at issue, possessing as it does the potential to continue in perpetuity, can only be removed from the

Presque quatre décennies plus tard, les Opetchesaht constatent qu'ils ont besoin d'utiliser l'emprise d'Hydro pour construire une route privée pour la bande, une route d'accès à un réservoir et un fossé de drainage à l'intention des occupants actuels de la réserve. Ils ne peuvent réaliser aucun de ces aménagements car le permis le leur interdit. Cette situation a amené la bande à réexaminer les circonstances ayant entraîné la délivrance du permis. Elle est arrivée à la conclusion que ce permis avait été délivré à tort. De l'avis de la bande, la procédure qui aurait dû être suivie était une cession suivie d'une aliénation en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, procédure comportant le respect de certaines formalités et la tenue de délibérations, et exigeant le consentement des membres de la bande. La bande a intenté la présente action, sollicitant un jugement déclaratoire portant que le permis était nul, une ordonnance de mise en possession de l'emprise ainsi que des dommages-intérêts pour intrusion. L'affaire a été décidée sommairement sur une question de droit. Le juge de première instance a donné gain de cause à la bande des Opetchesaht. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée contre la bande, qui se pourvoit devant notre Cour.

Il s'agit d'une question importante pour les Opetchesaht, qui désirent utiliser les terres visées par le permis pour répondre à des besoins nouveaux. Cependant, l'importance de cette question va beaucoup plus loin. En effet, le présent pourvoi soulève une question importante pour toutes les bandes ayant des terres de réserve: quelles sont les conditions limitant les circonstances et les modalités suivant lesquelles les Indiens peuvent, d'une manière ayant pour effet de lier les générations futures, vendre, louer ou aliéner de quelque autre façon leurs terres et leurs intérêts dans ces terres.

Mon collègue le juge Major conclut que des bandes indiennes peuvent, du seul consentement du ministre et du conseil de bande en place, céder leurs intérêts dans des terres pour des périodes de durée indéterminée, couvrant de nombreuses générations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion. À mon avis, un intérêt dans les terres de la bande, tel celui dont il est question en

band by the formal process of expropriation under s. 35 or by surrender and alienation with the consent of the entire band membership under s. 37 of the *Indian Act*.

## II

The inquiry must begin with a review of the provisions of the *Indian Act* which govern the way Indian bands may deal with their lands. The general rule is set out in s. 37, which provides that reserve lands can only be disposed of by surrender to the Crown:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

The surrender must be by the band, not its council, and may be absolute, qualified, conditional or unconditional:

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Surrender is a formal process, accompanied by a formal vote by band members and other safeguards to ensure that the people understand and consent to the proposed alienation.

The *Indian Act* also provides for expropriation. This is also a formal process requiring the consent, not only of the Minister, but of the Governor in Council of Canada.

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power

l'espèce, qui est susceptible d'exister à perpétuité, ne peut être enlevé à la bande que par la procédure formelle d'expropriation prévue à l'art. 35 ou par voie de cession et d'aliénation accomplies avec le consentement de l'ensemble des membres de la bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*.

## II

L'analyse doit commencer par un examen des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui régissent les actes que peuvent accomplir les bandes indiennes à l'égard de leurs terres. La règle générale est énoncée à l'art. 37, qui indique qu'il ne peut être disposé des terres situées dans une réserve que par voie de cession à la Couronne.

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

La cession, qui doit être effectuée par la bande et non par son conseil, peut être absolue, restreinte, conditionnelle ou sans condition:

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

Une cession est une procédure formelle qui donne lieu, d'une part, à un vote officiel par les membres de la bande, et qui comporte, d'autre part, d'autres mesures destinées à garantir que les intéressés comprennent l'aliénation proposée et y consentent.

La *Loi sur les Indiens* établit également une procédure d'expropriation. Il s'agit là aussi d'une procédure formelle exigeant non seulement le consentement du ministre, mais également celui du gouverneur en conseil.

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement

may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) shall be governed by the statute by which the powers are conferred.

67

The provisions for surrender and expropriation in the *Indian Act* may be contrasted with two provisions for dealing with reserve lands involving no formalities except the consent of the Minister and the band council. Section 58 permits the Minister with consent of the band council to enter into arrangement for exploitation of the land for agriculture, timber and non-mineral substances. Section 28, at the heart of this appeal, permits the Minister with the consent of the band council to authorize persons to “occupy”, “use”, “reside on” or “otherwise exercise rights on a reserve”.

28. (1) Subject to subsection (2), a deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

68

The issue on appeal is whether this section can be used to convey a right-of-way on reserve land for “such period of time as [it] is required for the purpose of an electric power transmission line”. Can an alienation of reserve land as permanent as this be made simply by the Minister with the consent of the current band council? Or, absent expropriation, must the consent of the band membership

du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu’il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n’en ordonne autrement, toutes les matières concernant la prise ou l’utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

Il est possible de comparer les dispositions en matière de cession et d’expropriation de la *Loi sur les Indiens* avec deux dispositions régissant l’utilisation des terres qui ne nécessitent aucune formalité, si ce n’est l’obtention du consentement du ministre et du conseil de la bande. L’article 58 permet au ministre, avec le consentement du conseil de la bande, de conclure une entente pour l’exploitation de terres à des fins de culture, de coupe de bois et d’exploitation de substances non minérales. L’article 28, disposition qui est au cœur du présent pourvoi, permet au ministre, avec le consentement du conseil de la bande, d’autoriser des personnes à «utiliser une réserve», à l’«occuper» et à «résider ou autrement exercer des droits sur une réserve».

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le Ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d’au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si cette disposition peut être utilisée pour conférer un droit de passage sur une réserve [TRA-DUCTION] «pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d’énergie électrique». Une aliénation de terres d’une réserve ayant un caractère aussi permanent que celle en cause peut-elle être faite simplement par le ministre avec le consentement du conseil de bande en place? Ou, en l’absence d’ex-

as a whole be obtained through the formal process mandated by s. 37 of the *Indian Act*?

### III

I turn first to the duration of the right granted by the permit. I agree with Major J. that the easement or right-of-way was granted for an indeterminate period. As he states, “[i]t was not known in 1959 nor is it now known exactly when the rights will terminate” (para. 26). I also agree that the easement will terminate when Hydro no longer requires it for a transmission line. Major J. goes on to argue that the term is not “perpetual” in the sense of being totally within Hydro’s control. I am also prepared to agree with this assertion, if “perpetual” is intended in the sense of a span of time which we may predict with certainty will never end.

At the same time, however, it must be acknowledged that the easement has the potential to continue forever (or at least until the world ends and its continuance becomes academic). In terms relevant to the concerns of the Opetchesaht people, it shows every promise of binding not only the current generation which never agreed to it, but many generations to come. The permit may without exaggeration be characterized as an alienation of reserve lands for an indefinite period, a period which has the potential to extend to future generations of the Opetchesaht people for as far forward as we can see. Is this, we must ask, the type of disposition Parliament intended to allow under the summary procedures of s. 28(2) of the *Indian Act* upon agreement between the Minister and the current band council? Or is it the sort of alienation of interest in land which Parliament sought to safeguard by the surrender and transfer provisions of s. 37 of the Act?

propriation, faut-il obtenir le consentement de l’ensemble des membres de la bande au moyen de la procédure formelle prévue à l’art. 37 de la *Loi sur les Indiens*?

### III

Je vais tout d’abord examiner la durée du droit conféré par le permis. Je suis d’accord avec le juge Major que la servitude ou le droit de passage a été accordé pour une période indéterminée. Comme l’affirme le juge Major, «[o]n ne savait pas exactement en 1959, pas plus qu’aujourd’hui d’ailleurs, quand les droits prendront fin» (par. 26). Je conviens aussi avec lui que la servitude prendra fin lorsque Hydro n’en aura plus besoin pour la ligne de transmission. Le juge Major poursuit en disant qu’il s’agit d’une période qui n’a pas un caractère «perpétuel», en ce sens qu’elle dépendrait purement de la volonté d’Hydro. Je suis également disposée à souscrire à cette affirmation, si le mot «perpétuel» est employé au sens d’un laps de temps dont nous pouvons prédire avec certitude qu’il ne prendra jamais fin.

Cependant, il faut en même temps reconnaître que la servitude est susceptible de continuer à exister à jamais (ou tout au moins jusqu’à la fin du monde, auquel cas sa continuité devient théorique). Pour exprimer la situation en fonction des préoccupations des Opetchesaht, la servitude liera selon toute probabilité non seulement la génération actuelle, qui n’y a jamais consenti, mais de nombreuses générations à venir. Le permis peut, sans exagération, être qualifié d’aliénation de terres d’une réserve pour une période indéterminée, susceptible de toucher des générations futures des Opetchesaht, pendant aussi longtemps qu’il est possible de l’imaginer. Il convient de se demander si c’est le type de disposition dont le Parlement entendait autoriser la réalisation, en vertu des procédures sommaires prévues au par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, sur accord entre le ministre et le conseil de bande en place. Ou s’agit-il plutôt du type d’aliénation d’un intérêt dans des terres que le législateur fédéral a cherché à assujettir aux mesures de protection établies par les dispositions en matière de cession et de transfert prévues à l’art. 37 de la Loi?

69

70

71 The fact that the band can still use the land in many ways cannot be determinative. The fact is, the band cannot use it in ways it deems important to the welfare of the current generation. It cannot build houses on the land and it cannot put roads or a reservoir on the land. And the problem transcends the needs of this generation. Doubtless future generations of band members will have their own needs and their own proposals for the use of the land. If the respondents are right, the future generations will be precluded from doing so by a decision made by a temporary band council and a minister decades, not inconceivably centuries, before.

## IV

72 This case turns on the interpretation of the *Indian Act*. It therefore behoves us to review the principles of statutory interpretation that should guide us.

*General Principles Governing the Construction of Statutes*

73 This Court has recently affirmed that the process of statutory interpretation requires that the intention of Parliament be ascertained first by considering the plain meaning of the words used in the statute, and has determined that where “the words used in a statute are clear and unambiguous, no further step is needed to identify the intention of Parliament” (*R. v. Multifform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 630; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 399).

74 However, s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, is equally clear that a legislative enactment “shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”. Thus, it is apparent that a court should only be satisfied with the plain meaning of a statute where that meaning is clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. Where the plain meaning is ambig-

Le fait que la bande peut encore utiliser les terres de nombreuses façons ne saurait être déterminant. En effet, le fait est que la bande ne peut les utiliser de certaines façons qu’elle considère importantes pour le bien-être de la génération actuelle. Elle ne peut y construire de maisons ou y aménager des routes ou un réservoir. En outre, le problème transcende les besoins de la génération actuelle. Il ne fait aucun doute que les générations futures de la bande auront leurs propres besoins et leurs propres projets pour l’utilisation des terres. Si les intimées ont raison, ces générations futures seront empêchées de faire quoi que ce soit par suite d’une décision qui aura été prise par un conseil de bande temporaire et par un ministre des décennies, voire des siècles auparavant.

## IV

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de la *Loi sur les Indiens*. Il nous appartient donc d’examiner les principes d’interprétation législative qui doivent nous guider.

*Les principes généraux régissant l’interprétation des lois*

Notre Cour a récemment confirmé que, dans l’interprétation d’un texte de loi, il faut d’abord dégager l’intention du législateur en donnant aux mots utilisés dans la loi leur sens ordinaire, et elle a statué que, lorsque «le texte de la loi est clair et sans ambiguïté, aucune autre démarche n’est nécessaire pour établir l’intention du législateur» (*R. c. Multifform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 630; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 399).

Cependant, l’art. 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, établit en outre clairement que tout texte «s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». En conséquence, il est manifeste qu’un tribunal ne devrait retenir le sens ordinaire des mots d’une loi que si cette interprétation est claire et compatible avec l’objet de celle-ci, dégagé de la lecture du texte dans son ensem-

uous, unclear or uncertain in scope, more is required.

*Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131, surveys the terrain of statutory interpretation and condenses it into one “modern” rule: that courts must interpret legislation “in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of its proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids”, in order to further the achievement of the legislative purpose and to attain an outcome that is reasonable and just.

#### *Construction of Statutes Relating to Indians*

In interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and “doubtful expressions” should be resolved in favour of the Indians: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. As La Forest J. stated in *Mitchell*, “in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them” (p. 143).

It is also important to note that this *Nowegijick* principle applies equally to cases in which third parties are involved. In *Mitchell* at p. 99, Dickson C.J., in concurring reasons which were not contradicted on this point, rejected the suggestion that the principle should be limited to cases involving solely the Crown and native peoples, stating that “[i]t is Canadian society at large which bears the historical burden of the current situation of native peoples and, as a result, the liberal interpretative approach applies to any statute relating to Indians, even if the relationship thereby affected is a private one.”

ble. Lorsque le sens ordinaire présente des ambiguïtés, qu’il n’est pas clair ou que sa portée est incertaine, il faut pousser plus loin l’interprétation.

Dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), de R. Sullivan, à la p. 131, on examine le champ de l’interprétation législative et on le condense en une règle «moderne»: les tribunaux sont tenus d’interpréter un texte législatif [TRADUCTION] «dans son contexte global, en tenant compte de l’objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d’interprétation, ainsi que des sources acceptables d’aide extérieure», dans le but de favoriser la réalisation de l’objet du texte de loi et d’obtenir un résultat qui soit juste et raisonnable.

#### *L’interprétation des lois relatives aux Indiens*

Dans l’interprétation des lois relatives aux Indiens, toute «ambiguïté» doit profiter aux Indiens: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Comme l’a affirmé le juge La Forest dans *Mitchell*, «dans l’interprétation d’une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d’interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d’interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger» (p. 143).

Il est également important de souligner que le principe énoncé dans *Nowegijick* s’applique également dans les affaires mettant en cause des tiers. Dans l’arrêt *Mitchell*, à la p. 99, le juge en chef Dickson a, dans des motifs concourants qui n’ont pas été contredits sur ce point, rejeté l’argument voulant que l’application de ce principe devrait être limitée aux affaires mettant en cause seulement la Couronne et des peuples autochtones, affirmant que «[c]’est la société canadienne dans son ensemble qui porte le fardeau historique de la situation actuelle des peuples autochtones et, par conséquent, l’interprétation libérale s’applique à toute loi visant les Indiens, même si les rapports touchés par ce moyen sont de nature privée.»

75

76

77

V

V

78 This brings us to the issue at the heart of this case: does the phrase “any longer period” encompass an indefinite and potentially interminable conveyance of an interest in reserve lands?

79 The respondents’ argument may be stated syllogistically. The word “period” denotes a length of time bounded by the happening of an event which is certain or capable of being ascertained. In this case, the permit is for a period bounded by the end of Hydro’s need for the easement for a power line; an event which is capable of being ascertained, if and when it ever occurs. Therefore the permit in question defines a “period” falling within the phrase “any longer period” in s. 28(2). It follows that the permit was validly granted under s. 28(2). Major J. accepts this argument and uses it as the principal plank in his disposition of the case.

80 The defect of this argument, with respect, is that it fails to consider the context and purpose of the section of the *Indian Act* being construed. Its major premise is informed exclusively by abstract dictionary definitions. But, as the principles of construction explored above suggest, dictionary or “plain” meanings suffice only where they are clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. Every statute must be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects. Nowhere is this more important than in statutes dealing with the rights of Indian peoples. When read in the context of the purpose of the Act, what seems at first blush to be a “plain meaning” may be revealed as not so plain after all. Ambiguities may appear, bringing into play subsidiary rules like the principle that in interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians.

Cela nous amène à la question qui est au cœur du présent pourvoi: est-ce que l’expression «pour toute période plus longue» vise une cession, pour une durée indéterminée et potentiellement infinie, d’un droit dans les terres de la réserve?

L’argument des intimées peut être formulé de façon syllogistique. Le mot «période» évoque un laps de temps délimité par l’arrivée d’un événement certain ou déterminable. En l’espèce, le permis est accordé pour une période qui prendra fin lorsque Hydro cessera d’avoir besoin de la servitude pour sa ligne de transmission d’énergie, événement qui est déterminable, à supposer qu’il se matérialise. En conséquence, le permis en question fixe une «période», qui est visée par l’expression «toute période plus longue» figurant au par. 28(2). Il s’ensuit que le permis a été validement délivré en vertu du par. 28(2). Le juge Major accepte cet argument et l’utilise comme assise de principe afin de trancher le présent pourvoi.

En toute déférence, le défaut de cet argument est qu’il ne tient compte ni du contexte ni de l’objet de la disposition interprétée de la *Loi sur les Indiens*. La principale prémisse de cet argument repose exclusivement sur des définitions abstraites tirées de dictionnaires. Cependant, comme le suggèrent les principes d’interprétation examinés ci-dessus, l’utilisation du sens «ordinaire» des mots ou du sens qui leur est donné dans les dictionnaires ne suffit que dans les cas où le sens est clair et compatible avec l’objet de la loi, dégagé de l’interprétation du texte dans son ensemble. Chaque loi doit être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Ce principe n’a jamais eu autant d’importance que dans les lois concernant les droits des Indiens. Interprété dans le contexte de l’objet de la Loi, un mot qui semble à prime abord être utilisé dans son «sens ordinaire» pourrait bien ne pas avoir un sens si ordinaire après tout. Il peut surgir des ambiguïtés faisant entrer en jeu des règles subsidiaires comme le principe selon lequel, dans l’interprétation des lois relatives aux Indiens, toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

This is the case here. As Major J. acknowledges, courts considering the meaning of “period” have defined it in a variety of different ways depending on the context. In particular, where the context so suggests, “period” has been held to designate a fixed number of years or months, an interpretation which would exclude the grant here at issue: *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672 (T.D.), at p. 684, aff’d [1979] 1 F.C. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (B.C.S.C.), at p. 447. It follows that at law, the phrase “any longer period” possesses no single “plain” meaning. Its meaning depends on its context. It is, in short, ambiguous. To resolve this ambiguity, we must consider the broader context within which s. 28(2) was enacted, a context which includes the history of the *Indian Act*, the principles it incorporates, the policy goals it was enacted to achieve, and its function in the overall scheme of the Act.

## VI

The starting point in an assessment of the relationship between aboriginals and the Crown on the question of land is the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1. That document, affirmed by Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395, as an “Indian Bill of Rights”, established as governing principles in Canada (1) the reservation of certain lands to Indians for their exclusive use and possession, and (2) the creation of a strict process for the purchase of Indian land:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. . . .

C’est le cas en l’espèce. Comme le juge Major le reconnaît, les tribunaux qui ont examiné le sens du mot «période» l’ont défini de diverses façons selon le contexte. De façon plus particulière, lorsque cela ressortait du contexte, les tribunaux ont statué que le mot «période» désigne un nombre fixe d’années ou de mois, interprétation qui aurait pour effet d’exclure la concession visée en l’espèce: *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 672 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 684, conf. par [1979] 1 C.F. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (C.S.C.-B.), à la p. 447. Il s’ensuit que, en droit, l’expression «pour toute période plus longue» ne possède pas un seul sens «ordinaire». Son sens dépend du contexte. Bref, il s’agit d’une expression ambiguë. Pour résoudre cette ambiguïté, nous devons tenir compte du contexte plus général dans lequel le par. 28(2) a été édicté, contexte qui inclut l’historique de la *Loi sur les Indiens*, les principes qu’incorpore cette disposition, les objectifs généraux qu’on visait à réaliser par son édicton et son rôle dans le régime global établi par la Loi.

## VI

*La Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, constitue le point de départ de tout examen des rapports entre les autochtones et la Couronne relativement à la question du territoire. Ce document, qui a été qualifié de «Déclaration des droits indiens» par le juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 395, a établi les principes directeurs suivants au Canada: (1) réserve de certaines terres en faveur des Indiens pour leur utilisation et possession exclusives; (2) création d’un mécanisme strict d’achat des terres indiennes:

Attendu qu’il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d’entre elles comme territoires de chasse . . .

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in the purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; In order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all reasonable Cause of Discontent, We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose. . . .

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin . . .

83 As a result of the *Royal Proclamation, 1763*, "lands could be surrendered only on a nation-to-nation basis, from the Indian nation to the British Crown, in a public process in which the assembled Indian population would be required to consent to the transaction" (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, at p. 261). The Report also notes that the "present *Indian Act* continues to reflect the land surrender procedure first set out in the Royal Proclamation" (p. 261).

Par suite de la *Proclamation royale de 1763*, «les terres ne pouvaient être cédées que de nation à nation, c'est-à-dire d'une nation indienne à la Couronne britannique, suivant un processus public qui prévoyait l'assentiment de la population indienne assemblée» (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, à la p. 280). Il est également précisé dans le Rapport que, «[d]ans sa version actuelle, la *Loi sur les Indiens* reflète toujours la procédure de cession des terres établie à l'origine dans la *Proclamation royale*» (p. 280).

84 The 1952 *Indian Act*, as amended by S.C. 1956, c. 40, reflects the surrender requirements established by the Royal Proclamation. Section 37 of the Act affirms the presence of the Crown as a go-between in transactions involving reserve land, stating that "lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart". Section 39(1) mandates that surrenders of reserve land must be made to the Crown, must be assented to by a majority of the electors of the band, and must be accepted by the Governor in Council. This requirement of band approval stands in contrast to the more limited requirements of ss. 28(2) and 58(1) for consent of the band council and Minister to the granting of a

La *Loi sur les Indiens* de 1952, modifiée par S.C. 1956, ch. 40, exprime les exigences établies par la *Proclamation royale* en matière de cession. L'article 37 de la *Loi* confirme la présence de la Couronne à titre d'intermédiaire dans les opérations visant les terres d'une réserve, indiquant que «les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté». Aux termes du par. 39(1), toute cession des terres d'une réserve doit être faite à la Couronne, sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande et acceptée par le gouverneur en conseil. La nécessité de faire approuver la cession par la bande contraste avec les exigences plus limitées prévues aux par. 28(2) et 58(1), qui prévoient que la délivrance d'un permis ou d'un bail à des fins de culture ou

permit, or a lease for agricultural or grazing purposes.

The *Indian Act* provisions governing the surrender of reserve lands were created to strike “a balance between the two extremes of autonomy and protection. The band’s consent was required to surrender its reserve. Without that consent the reserve could not be sold. But the Crown, through the Governor in Council, was also required to consent to the surrender”: *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at p. 370. The protection of reserve lands for future generations may be seen as one of the fundamental purposes of the Act. Alienation was viewed as a grave matter, to be effected only in accordance with a highly scrutinized and strictly regulated procedure. The *Indian Act* confirms the general inalienability of Indian lands (s. 37) and safeguards the sanctity of reserve lands, by prohibiting their alienation except to the Crown, with the consent of the band membership as a whole.

The only other way Indian interests in reserve land can be permanently disposed of under the *Indian Act* is by expropriation. Where the greater public good so requires, interests in reserve land may be expropriated: s. 35. The procedure is strictly regulated and subject to consent of the Governor in Council, exercised by Cabinet, which owes the Indians a fiduciary duty to act in their best interests. The process is politically sensitive and open to public scrutiny.

Formal surrender and expropriation, however, are not the only way in which the *Indian Act* permits reserve land to be affected. The Act contains provisions allowing less significant dealings with reserve land by consent of the Minister and the band council. Section 58(3) permits Indians themselves to obtain leases: “The Minister may lease for the benefit of any Indian upon his application

de pâturage doit être approuvée par le conseil de la bande et le ministre.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la cession des terres des réserves ont été créées pour établir «un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l’autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l’intermédiaire du gouverneur en conseil, consente à la cession»: *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 370. Il est possible de considérer que la protection des terres des réserves pour les générations futures est l’un des principaux objets de la Loi. L’aliénation des terres était perçue comme une mesure grave, qui ne devait être effectuée que conformément à une procédure hautement transparente et strictement réglementée. La *Loi sur les Indiens* confirme l’inaliénabilité générale des terres des Indiens (art. 37) et garantit l’intégrité des terres des réserves en interdisant leur aliénation, sauf en faveur de la Couronne, avec le consentement de l’ensemble des membres de la bande.

L’expropriation est le seul mécanisme par lequel les droits des Indiens dans les terres des réserves peuvent faire l’objet d’une disposition permanente en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Lorsque l’intérêt supérieur du public l’exige, il peut y avoir expropriation de droits dans les terres des réserves: art. 35. Cette procédure est réglementée de façon stricte et exige le consentement du gouverneur en conseil, donné par le cabinet, qui a envers les Indiens l’obligation de fiduciaire d’agir dans leur intérêt. Il s’agit d’un mécanisme public et délicat du point de vue politique.

Cependant, les procédures formelles de cession et d’expropriation ne sont pas les seules mesures que la *Loi sur les Indiens* permet de prendre à l’égard des terres des réserves. En effet, la Loi renferme des dispositions permettant que soient faites, avec le consentement du ministre et du conseil de la bande, des opérations moins importantes sur les terres des réserves. Le paragraphe 58(3) permet à

85

86

87

for that purpose, the land of which he is lawfully in possession without the land being surrendered.” Again, s. 58(4) permits leases for such uses of the land as grazing and extraction of non-metallic substances without a surrender. Although, as Major J. points out, s. 58 permits materials to be permanently removed from a reserve, it does not permit permanent structures on the land nor permanent legal encumbrance of the land limiting how it can be used in the future.

88

A final exception to the general rule of inalienability established by s. 37 of the *Indian Act* is found in s. 28 of the Act. Section 28, like s. 58, is concerned with a limited situation. It is the situation where a person other than a band member wishes to “occupy”, “use” or “otherwise exercise rights on” a reserve. It was intended, it appears, to address situations of non-Indians or Indians from other bands who have business on a reserve: survey parties, traders, hunting parties. Such people might wish to lease a house from the band on a temporary basis, or simply to be permitted to enter the reserve to conduct their business; s. 28 was intended to permit this: Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons appointed to examine and consider the *Indian Act, Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 13, July 16, 1946, at pp. 546-48. During the debates in Committee on Bill No. 79, after which s. 28(2) obtained its original 1951 form, and before the phrase “any longer period” was incorporated into the Act, the Minister responsible for Indian Affairs noted that the purpose of that section was for “rights of way, occupation by construction gangs for roads, hydro lines, and so on; things that are of a temporary nature” (*Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 78 (emphasis added)). Provided the period was under one year, the Minister alone might authorize the use. Since 1956, where the permit is for “any longer period”, the band council must consent. The point is, s. 28 was intended to deal with “things of a temporary

un Indien de louer des terres: «Le Ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit cédée». Rappelons que le par. 58(4) autorise la location, sans cession, de terres à des fins de pâturage et d'extraction de substances non métalliques. Même si, comme le souligne le juge Major, l'art. 58 permet d'enlever en permanence des substances d'une réserve, il n'autorise pas l'établissement de structures permanentes sur les terres ni la constitution de charges légales permanentes qui limiteraient la façon dont ces terres peuvent être utilisées dans l'avenir.

Une dernière exception à la règle générale d'inaliénabilité établie par l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* figure à l'art. 28 de la Loi. Tout comme l'art. 58, l'art. 28 vise une situation limitée. Il s'agit du cas où une personne autre qu'un membre de la bande désire «occuper» une réserve, l'«utiliser» ou «autrement y exercer des droits». Il semble que cet article vise des situations où des non-Indiens ou encore des Indiens d'autres bandes exercent des activités dans une réserve: arpenteurs, commerçants, chasseurs. Ces personnes pourraient être intéressées à louer temporairement une maison d'une bande ou simplement à obtenir l'autorisation d'entrer dans une réserve pour y exercer leurs activités; l'art. 28 vise à permettre ce genre de choses: Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier la *Loi des Indiens, Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 13, 16 juillet 1946, aux pp. 8 à 12. Au cours des débats en comité sur le Bill n° 79, après lesquels le par. 28(2) a été formulé dans sa version initiale de 1951, et avant l'introduction de l'expression «pour toute période plus longue» dans la Loi, le ministre responsable des Affaires indiennes avait affirmé que l'objet de cette disposition visait à permettre les choses suivantes: «droits de passage, occupation par les équipes de construction routière, fils électriques, etc., en somme des droits temporaires» (*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, à la p. 16 (je souligne)). Si la période visée était inférieure à un an, le ministre était habilité à autoriser seul l'utilisation demandée. Depuis 1956, si le per-

nature”, not indefinite alienations which had the potential to extend far into the unforeseen future.

The Department of Indian Affairs and Northern Development has acknowledged that s. 28 should be confined to temporary uses of Indian land. In its *Land Management and Procedures Manual* (1988), the Department states that expropriations pursuant to s. 35 are the appropriate means for achieving such things as “major highways, railways, and long distance fuel and energy transmission systems” because “[s]uch uses require that the expropriating body gain the exclusive right to use and occupy reserve lands” (p. 4). The manual goes on to recognize that in the past s. 28 had been wrongly used for permanent structures (at p. 4):

In the past, reliance was placed on the use of subsection 28(2) for the provision of rights of way for various utilities crossing through reserves to non-Indian lands. Since permanent installations or improvements such as roads, pipelines, electric and telephone cables and surface support structures are attached to the reserve land, it is inappropriate to grant a permit except in those circumstances where the sole purpose of the utility is to service reserve lands and the exclusive use of those lands is not required by the subject utility; [Emphasis in original.]

R. A. Reiter, *The Fundamental Principles of Indian Law* (1990 (loose-leaf)), vol. II, c. XI, takes the same view. Without making claims to legal certitude, he suggests that s. 28, as opposed to the alienation and surrender process of s. 37, should be confined to grants of non-exclusive use of roads and right-of-ways, utility lines used exclusively to service the reserve, and non-exclusive grazing or agricultural purposes. He adds that s. 28(2) permits

mis est accordé «pour une période plus longue», le conseil de la bande visée doit consentir à sa délivrance. Le point est que l’art. 28 visait à permettre des «mesures de nature temporaire», non des aliénations d’une durée indéterminée, susceptibles de se prolonger indéfiniment.

Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a reconnu que l’application de l’art. 28 devrait être limitée aux utilisations temporaires des terres indiennes. Dans son *Guide de la gestion foncière et des procédures* (1990), le ministère indique qu’une expropriation faite en conformité avec l’art. 35 est le moyen approprié de réaliser des ouvrages comme «[l]es grandes artères de circulation, les chemins de fer et les installations pour la transmission à distance de combustible et d’électricité» étant donné que, [TRADUCTION] «dans le cas de telles utilisations, l’organisme expropriant doit obtenir le droit exclusif d’utiliser et d’occuper des terres de la réserve» (p. 5 (le second passage correspond à une phrase du texte anglais du Guide qui n’a pas été rendue dans sa version française)). On y reconnaît ensuite que l’art. 28 a été utilisé à tort dans le passé pour l’aménagement de structures permanentes (à la p. 5):

Dans le passé, on a eu recours au paragraphe 28(2) pour accorder des droits de passage aux divers services d’utilité publique traversant des réserves pour rejoindre des terres non indiennes. Vu que des installations ou améliorations permanentes comme des routes, des pipelines, des lignes électriques et de téléphone et des ouvrages de support sont alors fixées à demeure sur des terres de réserve, la formule qui convient dans les circonstances n’est pas l’octroi d’un permis, sauf si le service d’utilité publique est destiné uniquement à la réserve et qu’il n’exige pas l’usage exclusif des terres visées. [Souligné dans l’original.]

R. A. Reiter, *The Fundamental Principles of Indian Law* (1990 (feuilles mobiles)), vol. II, ch. XI, est du même avis. Sans prétendre à la certitude juridique, l’auteur affirme que l’art. 28, par opposition au processus d’aliénation et de cession prévu à l’art. 37, ne devrait être utilisé que pour concéder le droit d’utiliser de manière non exclusive des routes et des droits de passage, des lignes de services d’utilité publique desservant unique-

89

90

“by definition are for a short duration, . . . for 1-2 years” (p. 31).

ment la réserve visée, des pâturages ou des terres cultivables. Il ajoute que les permis délivrés en vertu du par. 28 [TRADUCTION] «sont, par définition, de courte durée, [. . .] soit pour un an ou deux» (p. 31).

91 Viewed thus, s. 28 not only makes good sense, but fits perfectly with the other sections of the Act relating to land and with the broader theme of inalienability of Indian reserve land that runs through the Act as a whole. Section 28 was never intended to deal with major long-term alienations of Indian interests in their reserve lands. It was aimed rather at the short-term, non-exclusive occupant — the itinerant worker, service provider or agricultural lessee. The phrase “any longer period”, consistent with this interpretation, is best understood as a period defined in relatively short terms of months and years. This makes sense in textual terms as well. The phrase “any longer period” relates to the earlier phrase “a period not exceeding one year”. This suggests that what Parliament intended by “any longer period” was also a term capable of being expressed in finite calendar terms.

Vu sous cet angle, l’art. 28 est non seulement logique, mais il est aussi parfaitement compatible, d’une part, avec les autres articles de la Loi qui touchent les terres, et, d’autre part, avec le principe général d’inaliénabilité des terres des réserves indiennes qui se dégage de l’ensemble de la Loi. L’article 28 n’a jamais eu pour objet de s’appliquer à d’importantes aliénations à long terme de droits des Indiens sur les terres de leur réserve. Il visait plutôt les occupations non exclusives à court terme — les travailleurs itinérants, les fournisseurs de services ou les locataires agraires. Conformément à cette interprétation, la meilleure façon de définir l’expression «pour toute période plus longue» est de dire qu’il s’agit d’une période correspondant à un nombre relativement peu élevé de mois ou d’années. Cette interprétation est également logique en regard du texte de la loi. En effet, l’expression «pour toute période plus longue» se rattache à l’expression qui la précède: «pour une période d’au plus un an». Ce fait indique que le législateur fédéral entendait que l’expression «pour toute période plus longue» soit aussi une expression pouvant être exprimée sous forme de durées déterminées.

92 The question arises: how long is the short or temporary use contemplated by s. 28(2)? For the purposes of this case, it is unnecessary to decide this issue; certainly an alienation which has the potential to go on as long as anyone can foresee falls outside the scope of s. 28(2). However, for purposes of guidance in other cases, I would suggest that commitments longer than the two-year mandate of band councils should not be transacted through s. 28(2).

Se pose alors la question suivante: de quelle durée est l’utilisation courte ou temporaire envisagée au par. 28(2)? Pour les fins du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de trancher cette question. Une aliénation susceptible de se prolonger pendant aussi longtemps qu’on puisse imaginer n’est certainement pas visée par le par. 28(2). Cependant, à titre d’indications pour d’autres litiges, je dirais que des engagements pour des périodes dépassant les deux ans que dure le mandat des conseils de bande ne devraient pas être conclus en vertu du par. 28(2).

93 This interpretation is consistent with the policy of the *Royal Proclamation, 1763*, and the principle that the long-term alienation of interests in Indian lands may only be effected through surrender to

Cette interprétation est compatible avec le principe établi dans la *Proclamation royale de 1763*, et avec le principe selon lequel l’aliénation à long terme d’intérêts dans des terres indiennes ne peut

the Crown and consent of the band membership as a whole. To accept the views of the respondents in this case is to accept that parties seeking to obtain long-term or indefinite interests in reserve lands short of outright ownership could use the s. 28 permit provisions to circumvent the surrender requirements of the *Indian Act* and proceed to dispose of long-term interests in land with only the consent of the transitory band council. It would be to attribute to Parliament the intention to establish two alternative and inconsistent ways for alienation of major interests in reserve lands — one strictly limited and regulated under s. 37, the other requiring only the approval of the Minister and the band council. Finally, it would attribute to Parliament the intention to accord the entire band membership the right to decide on alienation under s. 37, while depriving the membership of that power for transfers that may represent equally serious alienations under s. 28(2), and this despite the fact that s. 37 establishes consent of the band members as a condition of alienation not only of outright transfers of land, but of “leases” or other “dispositions”. I cannot accept that these were Parliament’s intentions.

If s. 28(2) is confined to leases and other arrangements for a finite calendar term not exceeding the usual mandate of the band council, long-term or perpetual interests in reserve land may be acquired only by alienation under the safeguards of s. 37 or by expropriation under s. 35. In either case, the interest of band members, present and future, finds significant protection. In the case of alienation, the band membership must be convinced of the appropriateness of the bargain. In the case of expropriation, the government must initiate, and the Cabinet approve, the drastic and politically sensitive process of expropriating reserve

être effectuée que par une cession en faveur de la Couronne et à laquelle consent l’ensemble des membres d’une bande. Accepter le point de vue des intimées en l’espèce équivaut à accepter que des parties cherchant à obtenir des droits à long terme ou d’une durée indéterminée dans des terres de réserve, sans acquérir tout à fait la propriété absolue, pourraient utiliser les dispositions relatives à la délivrance de permis de l’art. 28 pour contourner les exigences de la *Loi sur les Indiens* en matière de cessions, et disposer de droits à long terme dans les terres avec le seul consentement d’un conseil de bande qui ne fait que passer. Ce serait attribuer au législateur fédéral l’intention d’établir deux méthodes alternatives et incompatibles d’aliénation de droits importants dans les terres des réserves — l’une étant limitée et réglementée de manière stricte en vertu de l’art. 37, l’autre exigeant seulement l’approbation du ministre et du conseil de la bande. Enfin, ce serait imputer au législateur fédéral l’intention d’accorder à l’ensemble des membres de la bande le droit de décider d’une aliénation fondée sur l’art. 37, tout en les privant de ce pouvoir dans le cas de transferts susceptibles de constituer des aliénations aussi importantes en vertu du par. 28(2), et ce même si l’art. 37 fait du consentement des membres de la bande une condition d’aliénation, non seulement lorsqu’il y a transfert absolu de terres, mais aussi lorsque les terres sont louées ou qu’il en est autrement disposé. Je ne puis accepter que le législateur fédéral ait eu ces intentions.

Si le par. 28(2) ne vise que les baux et les autres arrangements conclus pour une période déterminée ne dépassant pas la durée habituelle du mandat du conseil de la bande, il ne sera possible d’acquérir des droits à long terme ou à perpétuité que par voie d’aliénation offrant les garanties de l’art. 37 ou par voie d’expropriation en vertu de l’art. 35. Dans un cas comme dans l’autre, les droits — des membres présents et futurs — d’une bande bénéficient d’une protection importante. En cas d’aliénation, les membres de la bande doivent être convaincus de l’opportunité du marché. En cas d’expropriation, le gouvernement doit décider de mettre en branle, décision qui doit être approuvée par le cabinet, le mécanisme radical et délicat du point de vue poli-

lands, constrained at every step by the Crown's duty to act in the best interests of the Indians.

95

A further consideration supporting limitation of s. 28(2) to temporary uses is the location of s. 28 within a portion of the *Indian Act* dealing with "Possession of Lands in Reserves", and setting out the unique concepts by which Indians may obtain, not ownership of band lands, but certificates of possession, or the even more transitory occupation of reserve land. Certificates of possession cannot be transferred to the band or another band member without ministerial approval (s. 24), nor can they be devised by will to persons not entitled to reside on a reserve (ss. 49-50). The strict conditions which are placed on possession and occupation of reserve lands reflect the *sui generis* nature of aboriginal rights in land, and in particular, the inability of Indians to hold and transfer fee simple estates. In this context, s. 28(2) allows a permit to be issued authorizing non-Indians to occupy or use a reserve, or to reside or otherwise exercise rights on a reserve. In contrast, s. 37 is placed under the heading "Surrenders", and contemplates the sale, alienation, lease, or other disposition of lands in a reserve.

96

I note finally that the construction of s. 28(2) which I suggest flows from a contextual reading of the Act is supported by the intervener, The Union of British Columbia Indian Chiefs. Despite the fact that this construction limits the power of Chiefs and councils, the Union argues that s. 28(2) should be construed to allow only short-term, temporary and non-permanent use of reserve land which is consented to by a band council, and can be reviewed by a subsequent band council at the conclusion of the permitted duration. Section 28(2) should not, it argues, allow long-term use of reserve lands without the consent of band members. The Union advocates an interpretation which confirms the authority of band members to collec-

tique que constitue l'expropriation des terres d'une réserve, tout en étant tenu, à chaque étape, de se conformer à l'obligation qu'a la Couronne d'agir dans l'intérêt des Indiens.

Une autre considération qui appuie la thèse limitant l'application du par. 28(2) aux utilisations temporaires est que l'art. 28 figure dans une partie de la *Loi sur les Indiens* qui traite de la «Possession de terres dans des réserves» et énonce les concepts uniques par lesquels les Indiens peuvent obtenir, non pas la propriété des terres d'une bande, mais bien des certificats de possession, ou même un certificat plus temporaire d'occupation de terres d'une réserve. Un certificat de possession ne peut être transféré à la bande ou à un autre membre de celle-ci sans l'approbation du ministre (art. 24), ni légué par testament à des personnes non autorisée à résider dans une réserve (art. 49 et 50). Les conditions strictes applicables à la possession et à l'occupation de terres situées dans une réserve reflètent la nature *sui generis* des droits fonciers des autochtones, tout particulièrement l'incapacité des Indiens de détenir et de transférer des domaines en fief simple. Dans ce contexte, le par. 28(2) permet que soit délivré un permis autorisant des non-Indiens à occuper ou à utiliser une réserve, à y résider ou à autrement y exercer des droits. À l'opposé, l'art. 37 figure sous la rubrique intitulée: «Cessions», et il porte sur la vente, l'aliénation, la location ou toute autre disposition des terres d'une réserve.

Enfin, je tiens à souligner que l'interprétation du par. 28(2) que je propose est fondée sur une interprétation contextuelle de la Loi à laquelle souscrit l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs. Même si cette interprétation limite le pouvoir des chefs et des conseils, l'Union soutient que le par. 28(2) devrait être interprété de façon à ne permettre qu'une utilisation à court terme, temporaire et non permanente des terres d'une réserve, à laquelle consent le conseil de la bande et qui peut être réexaminée par le conseil de bande suivant, à l'expiration de la période visée. L'Union prétend que le par. 28(2) ne devrait pas permettre l'utilisation à long terme des terres d'une réserve sans le consentement des membres d'une bande. L'Union

tively decide the long-term use of reserve lands, rather than one that grants to band councils the ability to enlarge or reduce the collective interest.

Applying contextual principles of statutory interpretation, I conclude that s. 28(2) of the *Indian Act* does not permit long-term, indefinite alienation of interests in reserve land. If one applies the principle that in cases of ambiguity, statutes should be interpreted in favour of Indians, this conclusion becomes inescapable in my view.

## VII

I conclude that s. 28(2) of the *Indian Act* does not authorize a permit for a right-of-way over reserve lands that has the potential to extend indefinitely into the future and bind future generations of band members. For such an alienation to take place, consent of the band membership as a whole is required in conformity with s. 37 of the Act.

I cannot accept the respondents' assertion that since thousands of such permits exist, this Court should not find them to be unauthorized because it would not be in the public interest. Public interest cannot defeat the legal right of the Opetchesaht people to have the illegal permit set aside and regain full use of the land that it purports to remove. Nor can I accept the argument that a declaration of invalidity would place Hydro in an untenable position. Hydro is not left without remedies. It is open to the parties to renegotiate a new arrangement. In the end, if negotiations fail, Hydro has the right to seek expropriation of the right-of-way. It is at this point that the public interest in the maintenance of the right-of-way would be fully evaluated.

préconise une interprétation qui confirme le pouvoir des membres d'une bande de décider collectivement de l'utilisation à long terme des terres de leur réserve, et non une interprétation qui confère au conseil de la bande la capacité d'élargir ou de restreindre l'intérêt collectif.

Applicant les principes contextuels d'interprétation législative, je conclus que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* ne permet pas l'aliénation à long terme, pour une durée indéterminée, de droits sur des terres situées dans une réserve. Si on applique le principe selon lequel les lois doivent, en cas d'ambiguïté, être interprétées en faveur des Indiens, cette conclusion devient alors, à mon avis, inéluctable.

## VII

Je conclus que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* n'autorise pas la délivrance d'un permis accordant un droit de passage sur des terres d'une réserve, droit dont la durée risque de se prolonger indéfiniment et de lier des générations futures de membres de la bande. Pour effectuer une telle aliénation, il faut obtenir le consentement de l'ensemble des membres de la bande, en conformité avec l'art. 37 de la Loi.

Je ne puis accepter l'argument des intimées voulant que, comme il existe des milliers de permis de ce genre, notre Cour ne devrait pas, pour le motif qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de le faire, conclure que ceux-ci ne sont pas autorisés. L'intérêt public ne peut écarter le droit qu'ont les Opetchesaht, en vertu de la loi, de faire annuler le permis illégal et de recouvrer la pleine utilisation des terres que ce permis est censé leur retirer. Je ne puis non plus accepter l'argument qu'une déclaration d'invalidité placerait Hydro dans une position intenable. Hydro n'est pas sans recours. Il est loisible aux parties de négocier une nouvelle entente. En bout de ligne, si les négociations échouent, Hydro a le droit de demander l'expropriation de l'emprise. C'est à ce moment que serait pleinement examiné l'intérêt du public dans le maintien du droit de passage.

97

98

99

100

While I would allow the appeal and grant a declaration that the permit is void, I would suspend the operation of that declaration for a period of two years to permit the parties and others in similar situations to renegotiate or make new arrangements: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. I agree with Major J. that the final sentence of paragraph 24 of the factum of the interveners B.C. Tel et al. should be struck.

*Appeal dismissed with costs, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Woodward & Company, Victoria.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada: George Thomson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Union of British Columbia Indian Chiefs: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. and the Greater Vancouver Sewerage and Drainage District: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

Même si je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que le permis est nul, je suspendrais l'effet de ce jugement déclaratoire pendant une période de deux ans pour permettre aux parties et à d'autres dans des situations similaires de renégocier leurs ententes ou d'en conclure de nouvelles: voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Je suis d'accord avec le juge Major que la dernière phrase du paragraphe 24 du mémoire des intervenants B.C. Tel. et autres devrait être radiée.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CORY et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Woodward & Company, Victoria.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada: George Thomson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. et Greater Vancouver Sewerage and Drainage District: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

**Hercules Managements Ltd., Guardian Finance of Canada Ltd. and Max Freed** *Appellants (Plaintiffs/Respondents)*

and

**Friendly Family Farms Ltd., Woodvale Enterprises Ltd., Arlington Management Consultants Ltd., Emarjay Holdings Ltd. and David Korn** *(Plaintiffs)*

v.

**Ernst & Young and Alexander Cox** *Respondents (Defendants/Applicants)*

and

**Max Freed, David Korn and Marshall Freed** *(Third Parties)*

and

**The Canadian Institute of Chartered Accountants** *Intervener*

INDEXED AS: HERCULES MANagements LTD. v. ERNST & YOUNG

File No.: 24882.

1996: December 6; 1997: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Négligence — Negligent misrepresentation — Auditors' report prepared for company — Report required by statute — Individual investors alleging investment losses and losses in value of existing shareholdings incurred because of reliance on audit reports — Whether auditors owed individual investors a duty of care with respect to the investment losses and the losses in the*

**Hercules Managements Ltd., Guardian Finance of Canada Ltd. et Max Freed** *Appellants (Demandeurs-intimés)*

et

**Friendly Family Farms Ltd., Woodvale Enterprises Ltd., Arlington Management Consultants Ltd., Emarjay Holdings Ltd. et David Korn** *(Demandeurs)*

c.

**Ernst & Young et Alexander Cox** *Intimés (Défendeurs-requérants)*

et

**Max Freed, David Korn et Marshall Freed** *(Tiers)*

et

**L'Institut canadien des comptables agréés** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: HERCULES MANagements LTD. c. ERNST & YOUNG

N° du greffe: 24882.

1996: 6 décembre; 1997: 22 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Rapport de vérification préparé pour une société — Rapport exigé par la loi — Investisseurs alléguant à titre individuel avoir subi des pertes en matière de placement et des pertes quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification — Les vérificateurs avaient-ils une obligation de diligence envers les investisseurs à titre individuel quant aux pertes subies en matière de placement et aux pertes subies quant à la valeur de leurs participa-*

*value of existing shareholdings — Whether the rule in Foss v. Harbottle affects the appellants' action.*

Northguard Acceptance Ltd. (“NGA”) and Northguard Holdings Ltd. (“NGH”) carried on business lending and investing money on the security of real property mortgages. The appellant Guardian Finance of Canada Ltd. (“Guardian”) was the sole shareholder of NGH and it held non-voting class B shares in NGA. The appellants Hercules Managements Ltd. (“Hercules”) and Max Freed were also shareholders in NGA. At all relevant times, ownership in the corporations was separated from management. The respondent Ernst & Young was originally hired by NGA and NGH in 1971 to perform annual audits of their financial statements and to provide audit reports to the companies' shareholders. The partner in charge of the audits for the years 1980 and 1981, Cox, held personal investments in some of the syndicated mortgages administered by NGA and NGH.

In 1984, both NGA and NGH went into receivership. The appellants, and a number of other shareholders or investors in NGA, brought an action against the respondents in 1988 alleging that the audit reports for the years 1980, 1981 and 1982 were negligently prepared and that in reliance on these reports, they suffered various financial losses. They also alleged that a contract existed between themselves and the respondents in which the respondents explicitly undertook to protect the shareholders' individual interests in the audits as distinct from the interests of the corporations themselves.

The respondents brought a motion for summary judgment in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking to have the plaintiffs' claims dismissed. The grounds for the motion were (a) that there was no contract between the plaintiffs and the respondents; (b) that the respondents did not owe the individual plaintiffs any duty of care in tort; and (c) that the claims asserted by the plaintiffs could only properly be brought by the corporations themselves and not by the shareholders individually. The motions judge granted the motion with respect to four plaintiffs, including the appellants, and dismissed their actions on the basis that they raised no genuine issues for trial. By agreement, the claims of the remaining plaintiffs were adjourned *sine die*. An appeal to the Manitoba Court of Appeal was unanimously dismissed with costs.

*tions existantes? — La règle de Foss c. Harbottle influe-t-elle sur l'action des appelants?*

Northguard Acceptance Ltd. («NGA») et Northguard Holdings Ltd. («NGH») exploitaient un commerce de prêts et de placements garantis par des hypothèques immobilières. L'appelante Guardian Finance of Canada Ltd. («Guardian») était l'unique actionnaire de NGH et possédait des actions de classe B sans droit de vote de NGA. Les appelants Hercules Managements Ltd. («Hercules») et Max Freed étaient aussi des actionnaires de NGA. Pendant toute la période pertinente, la propriété des sociétés était séparée de la gestion. NGA et NGH ont retenu les services de l'intimée Ernst & Young pour la première fois en 1971, pour effectuer les vérifications annuelles de leurs états financiers et fournir à leurs actionnaires des rapports de vérification. Cox, l'associé responsable des vérifications pour les années 1980 et 1981, avait lui-même effectué des placements dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH.

En 1984, NGA et NGH ont toutes deux été mises sous séquestre. Les appelants, de même qu'un certain nombre d'actionnaires ou d'investisseurs de NGA, ont intenté, en 1988, une action contre les intimés, en faisant valoir que les rapports de vérification relatifs aux années 1980, 1981 et 1982 avaient été préparés avec négligence, et qu'ils avaient subi diverses pertes financières en se fiant à ces rapports. Ils ont aussi allégué qu'il existait, entre eux et les intimés, un contrat par lequel les intimés s'étaient explicitement engagés à protéger, dans les vérifications, les droits individuels des actionnaires, par opposition aux droits des sociétés elles-mêmes.

Les intimés ont déposé en Cour du Banc de la Reine du Manitoba une motion visant à obtenir un jugement sommaire rejetant les actions des demandeurs. À l'appui de leur motion, ils ont allégué a) qu'aucun contrat ne liait les demandeurs et les intimés, b) que les intimés n'avaient envers chacun des demandeurs aucune obligation de diligence en matière délictuelle, et c) que les actions engagées par les demandeurs ne pouvaient être engagées à bon droit que par les sociétés elles-mêmes, et non par les actionnaires à titre individuel. Le juge des motions a accueilli la motion à l'égard de quatre demandeurs, dont les appelants, et a rejeté leurs actions pour le motif qu'elles ne soulevaient aucune question en litige. Il a été convenu que les actions des autres demandeurs seraient ajournées *sine die*. L'appel interjeté devant la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté à l'unanimité, avec dépens.

At issue here are: (1) whether the respondents owe the appellants a duty of care with respect to (a) the investment losses they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports, and (b) the losses in the value of their existing shareholdings they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports; and (2) whether the rule in *Foss v. Harbottle* (which provides that individual shareholders have no cause of action in law for any wrongs done to the corporation) affects the appellants' action.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Four preliminary matters were addressed before the principal issue. Firstly, the question to be decided on a motion for summary judgment under rule 20 of the *Manitoba Court of Queen's Bench Rules* is whether there is a genuine issue for trial. Although a defendant who seeks dismissal of an action has an initial burden of showing that the case is one in which the existence of a genuine issue is a proper question for consideration, it is the plaintiff who must then, according to the rule, establish his claim as being one with a real chance of success. Thus, the appellants (who were the plaintiffs-respondents on the motion) bore the burden of establishing that their claim had "a real chance of success". Secondly, no contract existed between the appellant shareholders and the respondents and, in any event, the contract claim was not properly before this Court. Consequently, the appellants' submissions in this regard must fail. Thirdly, the independence requirements set out in s. 155 of the *Manitoba Corporations Act* do not themselves give rise to a cause of action in negligence. Similarly, breach of those independence requirements could not establish a duty of care in tort. Finally, it was not necessary to inquire into whether the appellants actually relied on the audited reports prepared by the respondents because the finding of an absence of a duty of care rendered the question of actual reliance inconsequential.

The existence of a duty of care in tort is to be determined through an application of the two-part *Anns/Kamloops* test (*Anns v. Merton London Borough Council; Kamloops (City of) v. Nielsen*). That approach should be taken here. To create a "pocket" of negligent misrepresentation cases in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence

Il s'agit, en l'espèce, de savoir, premièrement, si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant a) aux pertes en matière de placement que ces derniers auraient subies en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982 et b) aux pertes qu'ils auraient subies quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982; et deuxièmement, si la règle de *Foss c. Harbottle* (qui prévoit que les actionnaires n'ont, à titre individuel, aucune cause d'action en droit pour les préjudices causés à la société) influe sur l'action des appelants.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Quatre questions préliminaires sont abordées avant la question principale. Premièrement, la question à trancher dans le cas d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire en vertu de l'art. 20 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba est de savoir s'il existe une question en litige. Bien qu'il incombe d'abord au défendeur qui demande le rejet d'une action de prouver que l'affaire est un cas où il convient d'examiner s'il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur, selon la règle, d'établir que son action a vraiment des chances de réussir. Ainsi, les appelants (qui étaient les demandeurs-intimés lors de la motion) étaient tenus d'établir que leur action avait «vraiment des chances de réussir». Deuxièmement, il n'existe aucun contrat entre les actionnaires appelants et les intimés et, de toute façon, notre Cour n'est pas saisie à juste titre de l'action relative à un contrat. Par conséquent, les arguments invoqués à cet égard par les appelants doivent échouer. Troisièmement, les exigences en matière d'indépendance établies à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba ne donnent pas naissance en soi à une cause d'action pour négligence. De même, le non-respect de ces exigences en matière d'indépendance ne pourrait pas établir l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. Enfin, il n'est pas nécessaire d'examiner si les appelants se sont vraiment fiés aux rapports de vérification préparés par les intimés, parce que la conclusion à l'absence d'obligation de diligence fait perdre toute importance à la question de savoir si on s'est vraiment fié aux rapports en question.

L'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle doit être déterminée par l'application du critère à deux volets énoncé dans les arrêts *Anns* et *Kamloops (Anns c. Merton London Borough Council; Kamloops (Ville de) c. Nielsen)*. Cette méthode devrait être utilisée en l'espèce. Il serait incorrect de créer une «poche» de cas de déclaration inexacte faite par négli-

cases would be incorrect. Whether the respondents owe the appellants a duty of care for their allegedly negligent preparation of the audit reports, therefore, depends on (a) whether a *prima facie* duty of care is owed, and (b) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations.

The existence of a relationship of “neighbourhood” or “proximity” distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. In the context of a negligent misrepresentation action, deciding whether a *prima facie* duty of care exists necessitates an investigation into whether the defendant-representor and the plaintiff-representee can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood. The term “proximity” itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion and does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination.

“Proximity” in negligent misrepresentation cases pertains to some aspect of the relationship of reliance. It inheres when (a) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation, and (b) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable.

Looking to whether reliance by the plaintiff would be reasonable in determining whether a *prima facie* duty of care exists (as opposed to looking at reasonable foreseeability alone) is not to abandon the basic tenets underlying the first branch of the *Anns/Kamloops* test. While specific inquiries into the reasonableness of the plaintiff’s expectations are not normally required in the context of physical damage cases (since the law has come to recognize implicitly that plaintiffs are reasonable in expecting that defendants will take reasonable care of their persons and property), such an inquiry is necessary in the negligent misrepresentation context. This is because reliance by a plaintiff on a defendant’s representation will not always be reasonable. Only by inquiring into the reasonableness of the plaintiff’s reliance will the *Anns/Kamloops* test be applied consistently in both contexts.

gence où l’existence d’une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence. La question de savoir si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant aux rapports de vérification qu’ils auraient préparés avec négligence, dépend donc a) de la question de savoir s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, et b) de celle de savoir si cette obligation, le cas échéant, est annihilée ou limitée par des considérations de principe.

L’existence d’un lien «étroit» permet de distinguer les cas où le défendeur a une obligation *prima facie* de diligence envers le demandeur, de ceux où il n’existe aucune obligation de cette nature. Dans le contexte d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, pour décider s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, il faut examiner si on peut dire qu’il existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui la déclaration a été faite. L’expression «lien étroit» elle-même n’exprime rien de plus qu’un résultat, un jugement ou une conclusion et elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique.

Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, le «lien étroit» se rapporte à un aspect du rapport de confiance. Il existe a) lorsque le défendeur devrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et b) lorsqu’il serait raisonnable que le demandeur s’y fie dans les circonstances particulières de l’affaire.

Se demander si la confiance du demandeur serait raisonnable aux fins de déterminer s’il existe une obligation *prima facie* de diligence (au lieu d’examiner la question de la prévisibilité raisonnable seulement) ne revient pas à abandonner les préceptes fondamentaux du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Bien qu’il ne soit pas nécessaire habituellement d’examiner précisément la question du caractère raisonnable des attentes du demandeur dans les cas de dommages matériels (étant donné que la loi en est venue à reconnaître implicitement qu’il est raisonnable que le demandeur s’attende à ce que le défendeur prenne un soin raisonnable de ses biens et de sa personne), un tel examen est nécessaire dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence. Il en est ainsi parce que la confiance accordée par le demandeur à la déclaration du défendeur n’est pas toujours raisonnable. Ce n’est qu’en examinant le caractère raisonnable de la confiance du demandeur que le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* sera appliqué uniformément dans les deux contextes.

The reasonable foreseeability/reasonable reliance test for determining a *prima facie* duty of care is somewhat broader than the tests used both in the cases decided before *Anns* and in those that have rejected the *Anns* approach. Those cases typically require (a) that the defendant know the identity of either the plaintiff or the class of plaintiffs who will rely on the statement, and (b) that the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made. In reality, inquiring into such matters is nothing more than a means by which to circumscribe — for reasons of policy — the scope of a representor's potentially infinite liability. In other words, adding further requirements to the duty of care test provides a means by which concerns that are extrinsic to simple justice — but that are, nevertheless, fundamentally important — may be taken into account in assessing whether the defendant should be compelled to compensate the plaintiff for losses suffered.

In light of this Court's endorsement of the *Anns/Kamloops* test, enquiries concerning (a) the defendant's knowledge of the identity of the plaintiff (or of the class of plaintiffs) and (b) the use to which the statements at issue are put may now quite properly be conducted in the second branch of that test when deciding whether policy considerations ought to negate or limit a *prima facie* duty that has already been found to exist. Criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized as policy-based ways by which to curtail liability and they can appropriately be considered under the policy branch of the *Anns/Kamloops* test.

The fundamental policy consideration that must be addressed in negligent misrepresentation actions centres around the possibility that the defendant might be exposed to "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class". While the criteria of reasonable foreseeability and reasonable reliance serve to distinguish cases where a *prima facie* duty is owed from those where it is not, these criteria can, in certain types of situations, quite easily be satisfied and, absent some means by which to circumscribe the ambit of the duty, the prospect of limitless liability will loom. The general area of auditors' liability is a case in point.

Le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence est un peu plus large que les critères utilisés dans la jurisprudence qui a précédé l'arrêt *Anns* et dans celle qui a rejeté la méthode de l'arrêt *Anns*. Cette jurisprudence requiert habituellement a) que le défendeur connaisse le demandeur ou la catégorie de demandeurs qui se fieront à la déclaration, et b) que les pertes que le demandeur allègue avoir subies en raison de la confiance qu'il a accordée découlent de l'opération même visée par la déclaration en cause. En réalité, l'examen de ces questions n'est rien de plus qu'un moyen de circonscrire — pour des raisons de principe — la portée de la responsabilité potentiellement infinie de l'auteur des déclarations. Autrement dit, ajouter d'autres conditions au critère applicable pour déterminer s'il existe une obligation de diligence offre un moyen de prendre en considération des questions qui n'ont rien à voir avec la simple justice — mais qui ont néanmoins une importance fondamentale — pour déterminer si le défendeur devrait être forcé d'indemniser le demandeur pour les pertes qu'il a subies.

Vu l'approbation par notre Cour du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, les examens concernant a) la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) par le défendeur et b) l'utilisation qui est faite des déclarations en cause peuvent maintenant être effectués tout à fait à bon droit dans le cadre du second volet de ce critère, lorsqu'il est question de décider si des considérations de principe devraient annihiler ou limiter une obligation *prima facie* dont on a déjà conclu à l'existence. Les critères qui ont été utilisés dans d'autres cas pour définir le critère juridique applicable pour déterminer l'existence d'une obligation de diligence peuvent donc maintenant être reconnus comme un moyen, fondé sur des principes, de diminuer la responsabilité, et ils peuvent être pris en considération à bon droit en vertu du volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* qui a trait aux questions de principe.

La considération de principe fondamentale qui doit être abordée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence est axée sur la possibilité que le défendeur encoure «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée». Alors que les critères de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable servent à distinguer les cas où il existe une obligation *prima facie* de ceux où il n'en existe pas, dans certains types de situations, il peut être très facile de respecter ces critères et, en l'absence de moyen de circonscrire l'étendue de l'obligation, la perspective d'une responsa-

Here, the problem of indeterminate liability will often arise because the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for ascertaining a *prima facie* duty of care may be satisfied in many, even if not all, such cases.

While policy concerns surrounding indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care in many auditors' negligence cases, there may be particular situations where such concerns do not inhere. The specific factual matrix of a given case may render it an "exception" to the general class of cases, in that while considerations of proximity might militate in favour of finding that a duty of care inheres, the typical policy considerations stemming from indeterminate liability do not arise.

This concept can be articulated within the framework of the *Anns/Kamloops* test. Under this test, factors such as (1) whether the defendant knew the identity of the plaintiff (or the class of plaintiff) and (2) whether the defendant's statements were used for the specific purpose or transaction for which they were made ought properly to be considered in the "policy" branch of the test once the first branch concerning "proximity" has been found to be satisfied. The absence of these factors will normally mean that concerns over indeterminate liability inhere and, therefore, that the *prima facie* duty of care will be negated. Their presence, however, will mean that worries stemming from indeterminacy should not arise since the scope of liability is sufficiently delimited. In such cases, policy considerations will not override a positive finding on the first branch of the *Anns/Kamloops* test and a duty of care will quite properly be found to exist.

On the facts of this case, the respondents clearly owed a *prima facie* duty of care to the appellants. Firstly, the possibility that the appellants would rely on the audited financial statements in conducting their affairs and that they might suffer harm if the reports were negligently prepared must have been reasonably foreseeable to the respondents. Secondly, reliance on the audited statements by the appellant shareholders would, on the facts, be reasonable given both the relationship between the

bilité illimitée planera. Le domaine général de la responsabilité des vérificateurs est un bon exemple typique. En l'espèce, le problème de la responsabilité indéterminée se posera souvent parce que le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence peut être respecté dans un bon nombre de ces cas, même si ce ne sont pas tous ces cas.

Bien que les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée contribueront à annihiler une obligation *prima facie* de diligence dans bien des cas de négligence de vérificateurs, il peut y avoir des situations particulières où de telles questions ne se poseront pas. Le contexte particulier d'une affaire donnée peut en faire une «exception» à la catégorie générale d'affaires, en ce sens que, alors que des considérations de lien étroit pourraient militer en faveur d'une conclusion à l'existence d'une obligation de diligence, les considérations de principe qui émanent habituellement de la responsabilité indéterminée ne se posent pas.

Cette notion peut être formulée dans le cadre du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Selon ce critère, des facteurs comme (1) la question de savoir si le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et (2) celle de savoir si les déclarations du défendeur ont été utilisées dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites devraient être pris en considération pour l'application du volet du critère qui a trait aux «questions de principe», une fois que l'on a conclu qu'il a été satisfait au premier volet concernant le «lien étroit». L'absence de ces facteurs signifiera habituellement qu'il existe des craintes relatives à la responsabilité indéterminée et que, par conséquent, l'obligation *prima facie* de diligence sera annihilée. Leur présence, cependant, signifiera que l'indétermination ne devrait pas être un sujet d'inquiétude, étant donné que l'étendue de la responsabilité est suffisamment délimitée. En pareils cas, des considérations de principe ne l'emporteront pas sur une conclusion positive relativement au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, et il sera tout à fait possible de conclure à bon droit à l'existence d'une obligation de diligence.

D'après les faits de la présente affaire, les intimés avaient nettement une obligation *prima facie* de diligence envers les appelants. Premièrement, la possibilité que les appelants se fient aux états financiers vérifiés pour gérer leurs affaires et qu'ils subissent un préjudice si les rapports étaient préparés avec négligence doit avoir été raisonnablement prévisible pour les intimés. Deuxièmement, il était raisonnable que les actionnaires appelants se fient aux états vérifiés compte tenu à la fois

parties and the nature of the statements themselves. The first branch of the *Anns/Kamloops* test is therefore satisfied.

As regards the second branch of this test, it is clear that the respondents knew the identity of the appellants when they provided the audit reports. In determining whether this case is an "exception" to the generally prevailing policy concerns regarding auditors, the central question is therefore whether the appellants can be said to have used the audit reports for the specific purpose for which they were prepared. The answer will determine whether policy considerations surrounding indeterminate liability ought to negate the *prima facie* duty of care owed by the respondents.

The respondent auditors' purpose in preparing the reports was to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management. The respondents did not prepare the audit reports in order to assist the appellants in making personal investment decisions or, indeed, for any purpose other than the standard statutory one. The only purpose for which the reports could have been used so as to give rise to a duty of care on the part of the respondents, therefore, is as a guide for the shareholders, as a group, in supervising or overseeing management.

In light of this finding, the specific claims of the appellants could each be assessed. Those claims were in respect of: (1) moneys injected into NGA and NGH by Hercules and Freed, and (2) the devaluation of existing equity caused by the appellants' alleged inability (a) to oversee personal investments properly, and (b) to supervise the management of the corporations with a view to protecting their personal holdings.

As regards the first claim, the appellants alleged that they relied on the respondents' audit reports for the purpose of making individual investments. Since this was not a purpose for which the reports were prepared, policy concerns surrounding indeterminate liability are not obviated and these claims must fail. Similarly, the first branch of the appellants' second claim must fail since monitoring existing personal investments is likewise not a purpose for which the audited statements were prepared.

With respect to the second branch relating to the devaluation of appellants' equity, the appellants' position may at first seem consistent with the purpose for

du lien entre les parties et de la nature des états eux-mêmes. Il a donc été satisfait au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*.

Quant au deuxième volet de ce critère, il est évident que les intimés connaissaient l'identité des appelants lorsqu'ils ont fourni les rapports de vérification. Pour déterminer si la présente affaire constitue une «exception» aux questions de principe qui se posent généralement au sujet des vérificateurs, la question cruciale est donc de savoir si on peut affirmer que les appelants ont utilisé les rapports de vérification aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés. La réponse à cette question déterminera si des considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée devraient annihiler l'obligation *prima facie* de diligence des intimés.

Le dessein que les vérificateurs intimés voulaient accomplir en préparant les rapports en question était d'aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion. Les intimés n'ont pas préparé les rapports de vérification afin d'aider les appelants à prendre des décisions personnelles en matière de placement ou pour toute autre fin que celle prévue normalement par la loi. Par conséquent, la seule fin pour laquelle les rapports auraient pu être utilisés de façon à engendrer une obligation de diligence de la part des intimés aurait été de servir à guider les actionnaires, en tant que groupe, dans la supervision ou la surveillance de la gestion de la société.

Compte tenu de cette conclusion, chacune des actions particulières des appelants peut être appréciée. Ces actions portaient sur (1) les sommes injectées dans NGA et NGH par Hercules et Freed, et (2) la dévaluation d'un droit existant sur l'actif causée par l'incapacité dans laquelle les appelants auraient été a) de bien surveiller des placements personnels et b) de superviser la gestion des sociétés en vue de protéger leurs portefeuilles personnels.

Quant à la première action, les appelants prétendent qu'ils se sont fiés aux rapports de vérification des intimés pour faire des placements individuels. Puisque les rapports n'ont pas été préparés à cette fin, les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée ne sont pas évitées et ces actions doivent échouer. De même, le premier volet de la deuxième action des appelants doit échouer puisque la surveillance de placements personnels existants n'est pas une fin pour laquelle les états vérifiés ont été préparés.

En ce qui concerne le deuxième volet relatif à la dévaluation du droit des appelants sur l'actif, le point de vue des appelants peut, à première vue, sembler compa-

which the reports were prepared. In reality, however, their claim did not involve the purpose of overseeing management *per se*. Rather, it ultimately depended on being able to use the auditors' reports for the individual purpose of overseeing their own investments. Thus, the purpose for which the reports were used was not, in fact, consistent with the purpose for which they were prepared. The policy concerns surrounding indeterminate liability accordingly inhered and the *prima facie* duty of care was negated in respect of this claim as well.

The absence of a duty of care with respect to the appellant's alleged inability to supervise management in order to monitor their individual investments is consistent with the rule in *Foss v. Harbottle* which provides that individual shareholders have no cause of action for wrongs done to the corporation. When, as a collectivity, shareholders oversee the activities of a corporation through resolutions adopted at shareholder meetings, they assume what may be seen to be a "managerial" role. In this capacity, they cannot properly be understood to be acting simply as individual holders of equity. Rather, their collective decisions are made in respect of the corporation itself. Any duty owed by auditors in respect of this aspect of the shareholders' functions is owed not to shareholders *qua* individuals, but rather to all shareholders as a group, acting in the interests of the corporation. Since the decisions taken by the collectivity of shareholders are in respect of the corporation's affairs, the shareholders' reliance on negligently prepared audit reports in taking such decisions will result in a wrong to the corporation for which the shareholders cannot, as individuals, recover. A derivative action would have been the proper method of proceeding with respect to this claim.

#### Cases Cited

**Considered:** *Fidkalo v. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); **referred to:** *Foss v. Harbot-*

tible avec la fin pour laquelle les rapports ont été préparés. En réalité, cependant, leur action n'a rien à voir avec l'objet même de surveiller la gestion de la société. Elle dépend plutôt, en fin de compte, de la capacité d'utiliser les rapports des vérificateurs aux fins individuelles de surveiller leurs propres placements. Ainsi, la fin pour laquelle les rapports ont été utilisés était, en fait, incompatible avec la fin pour laquelle ils ont été préparés. Les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée se posent donc et l'obligation *prima facie* de diligence est également annihilée relativement à cette action.

L'absence d'obligation de diligence relativement à l'incapacité dans laquelle les appelants auraient été de superviser la gestion de la société afin de surveiller leurs placements individuels est compatible avec la règle de *Foss c. Harbottle* qui prévoit que les actionnaires n'ont, à titre individuel, aucune cause d'action pour les préjudices causés à la société. Lorsque, collectivement, ils surveillent les activités d'une société au moyen des résolutions qu'ils adoptent lors des assemblées des actionnaires, les actionnaires assument ce qu'on peut considérer comme un «rôle de gestion». À ce titre, ils ne peuvent être considérés à bon droit comme agissant simplement à titre de détenteurs individuels d'un droit sur l'actif. Au contraire, leurs décisions collectives sont prises à l'égard de la société même. Toute obligation que les vérificateurs auraient relativement à cet aspect des fonctions des actionnaires existerait, par conséquent, non pas en faveur des actionnaires à titre individuel, mais plutôt en faveur de tous les actionnaires, en tant que groupe agissant dans l'intérêt de la société. Puisque les décisions prises collectivement par les actionnaires ont trait aux affaires de la société, la confiance que les actionnaires auront accordée, en les prenant, à des rapports de vérification préparés avec négligence causera un préjudice à la société dont les actionnaires ne peuvent pas se faire indemniser à titre individuel. Il aurait convenu, à ce chapitre, de recourir à une action oblique.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Fidkalo c. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); **arrêts men-**

tle (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189; *Hercules Management Ltd. v. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Scott Group Ltd. v. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *H. Rosenblum (1983), Inc. v. Adler*, 461 A.2d 138; *Roman Corp. Ltd. v. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248; *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10; *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354; *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216.

#### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.  
*Companies Act 1985* (U.K.), 1985, c. 6.  
*Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 149(1), 155(1), (2), (6), 163(1), 232.  
*Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, Rule 20.03(1).

#### Authors Cited

Cheffins, Brian R. "Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow" (1991), 18 *C.B.L.J.* 118.  
 Cherniak, Earl A., and Kirk F. Stevens. "Two Steps Forward or One Step Back? *Ann*s at the Crossroads in Canada" (1992), 20 *C.B.L.J.* 164.  
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.  
 Fleming, J. G. "The Negligent Auditor and Shareholders" (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349.  
 Ivankovich, Ivan F. "Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 505.  
 McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, ed., *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.  
 Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. "Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, *Professional Responsi-*

*tionnés: Foss c. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189; *Hercules Management Ltd. c. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Scott Group Ltd. c. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *H. Rosenblum (1983), Inc. c. Adler*, 461 A.2d 138; *Roman Corp. Ltd. c. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248; *Roman Corp. c. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10; *Prudential Assurance Co. c. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354; *Goldex Mines Ltd. c. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216.

#### Lois et règlements cités

*Companies Act 1985* (R.-U.), 1985, ch. 6.  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 149(1), 155(1), (2), (6), 163(1), 232.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16.  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, règl. du Man. 553/88, art. 20.03(1).

#### Doctrine citée

Cheffins, Brian R. «Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow» (1991), 18 *C.B.L.J.* 118.  
 Cherniak, Earl A., and Kirk F. Stevens. «Two Steps Forward or One Step Back? *Ann*s at the Crossroads in Canada» (1992), 20 *C.B.L.J.* 164.  
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.  
 Fleming, J. G. «The Negligent Auditor and Shareholders» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349.  
 Ivankovich, Ivan F. «Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 505.  
 McHugh, M. H. «Neighbourhood, Proximity and Reliance». In P. D. Finn, ed., *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.  
 Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. «Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities». Dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *La res-*

*bility in Civil Law and Common Law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.

Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.

Wiener, Howard B. "Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation" (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 102 Man. R. (2d) 241, 93 W.A.C. 241, 125 D.L.R. (4th) 353, 19 B.L.R. (2d) 137, 24 C.C.L.T. (2d) 284, dismissing an appeal from judgment by Dureault J. Appeal dismissed.

*Mark M. Schulman, Q.C.*, and *Brian A. Crane, Q.C.*, for the appellants.

*Robert P. Armstrong, Q.C.*, and *Thor J. Hansell*, for the respondents.

*W. Ian C. Binnie, Q.C.*, and *Geoff R. Hall*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> LA FOREST J. — This appeal arises by way of motion for summary judgment. It concerns the issue of whether and when accountants who perform an audit of a corporation's financial statements owe a duty of care in tort to shareholders of the corporation who claim to have suffered losses in reliance on the audited statements. It also raises the question of whether certain types of claims against auditors may properly be brought by shareholders as individuals or whether they must be brought by the corporation in the form of a derivative action.

### Facts

<sup>2</sup> Northguard Acceptance Ltd. ("NGA") and Northguard Holdings Ltd. ("NGH") carried on business lending and investing money on the security of real property mortgages. The appellant Guardian Finance of Canada Ltd. ("Guardian") was the sole shareholder of NGH and it held non-

*ponsabilité professionnelle de droit civil et de common law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.

Stapleton, Jane. «Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.

Wiener, Howard B. «Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation» (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 241, 93 W.A.C. 241, 125 D.L.R. (4th) 353, 19 B.L.R. (2d) 137, 24 C.C.L.T. (2d) 284, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Dureault. Pourvoi rejeté.

*Mark M. Schulman, c.r.*, et *Brian A. Crane, c.r.*, pour les appelants.

*Robert P. Armstrong, c.r.*, et *Thor J. Hansell*, pour les intimés.

*W. Ian C. Binnie, c.r.*, et *Geoff R. Hall*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi tire son origine d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire et porte sur la question de savoir si, et dans quels cas, des comptables qui effectuent une vérification des états financiers d'une société ont une obligation de diligence en matière délictuelle envers les actionnaires de cette société qui prétendent avoir subi des pertes en se fiant aux états vérifiés. Il soulève aussi la question de savoir si certains types de recours contre les vérificateurs peuvent être valablement exercés par des actionnaires à titre individuel ou s'ils doivent l'être sous forme d'action oblique par la société.

### Les faits

Northguard Acceptance Ltd. («NGA») et Northguard Holdings Ltd. («NGH») exploitaient un commerce de prêts et de placements garantis par des hypothèques immobilières. L'appelante Guardian Finance of Canada Ltd. («Guardian») était l'unique actionnaire de NGH et possédait des

voting class B shares in NGA. The appellants Hercules Managements Ltd. ("Hercules") and Max Freed were also shareholders in NGA. At all relevant times, ownership in the corporations was separated from management. The respondent Ernst & Young (formerly known as Clarkson Gordon) is a firm of chartered accountants that was originally hired by NGA and NGH in 1971 to perform annual audits of their financial statements and to provide audit reports to the companies' shareholders. The partner in charge of the audits for the years 1980 and 1981 is the respondent William Alexander Cox. Mr. Cox held personal investments in some of the syndicated mortgages administered by NGA and NGH.

In 1984, both NGA and NGH went into receivership. The appellants, as well as Friendly Family Farms Ltd. ("F.F. Farms"), Woodvale Enterprises Ltd. ("Woodvale"), Arlington Management Consultants Ltd. ("Arlington"), Emarjay Holdings Ltd. ("Emarjay") and David Korn (all of whom were shareholders or investors in NGA) brought an action against the respondents in 1988 alleging that the audit reports for the years 1980, 1981 and 1982 were negligently prepared and that in reliance on these reports, they suffered various financial losses. More specifically, the appellant Hercules sought damages for advances totalling \$600,000 which it made to NGA in January and February of 1983, and the appellant Freed sought damages for monies he added to an investment account in NGH in 1982. All the plaintiffs claimed damages in tort for the losses they suffered in the value of their existing shareholdings. In addition to their tort claims, the plaintiffs also alleged that a contract existed between themselves and the respondents in which the respondents explicitly undertook, as of 1978, to protect the shareholders' individual interests in the audits as distinct from the interests of the corporations themselves.

After a series of amendments to the initial statement of claim, over 40 days of discovery, and

actions de classe B sans droit de vote de NGA. Les appelants Hercules Managements Ltd. («Hercules») et Max Freed étaient aussi des actionnaires de NGA. Pendant toute la période pertinente, la propriété des sociétés était séparée de la gestion. L'intimée Ernst & Young (auparavant connue sous le nom de Clarkson Gordon) est un cabinet de comptables agréés dont NGA et NGH ont retenu les services pour la première fois, en 1971, pour effectuer les vérifications annuelles de leurs états financiers et fournir à leurs actionnaires des rapports de vérification. L'associé responsable des vérifications pour les années 1980 et 1981 est l'intimé William Alexander Cox, qui avait lui-même effectué des placements dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH.

En 1984, NGA et NGH ont toutes deux été mises sous séquestre. Les appelants, de même que Friendly Family Farms Ltd. («F.F. Farms»), Woodvale Entreprises Ltd. («Woodvale»), Arlington Management Consultants Ltd. («Arlington»), Emarjay Holdings Ltd. («Emarjay») et David Korn (tous des actionnaires ou investisseurs de NGA) ont intenté, en 1988, une action contre les intimés, en faisant valoir que les rapports de vérification relatifs aux années 1980, 1981 et 1982 avaient été préparés avec négligence, et qu'ils avaient subi diverses pertes financières en se fiant à ces rapports. Plus précisément, l'appelante Hercules a réclamé des dommages-intérêts pour les avances totales de 600 000 \$ qu'elle avait consenties à NGA en janvier et février 1983, et l'appelant Freed a réclamé des dommages-intérêts pour les sommes qu'il avait ajoutées dans un compte de placement de NGH, en 1982. Tous les demandeurs ont réclamé des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle pour les pertes qu'ils ont subies quant à la valeur de leurs participations existantes. En plus de leurs actions en responsabilité délictuelle, les demandeurs ont allégué qu'il existait, entre eux et les intimés, un contrat par lequel les intimés s'étaient explicitement engagés, dès 1978, à protéger, dans les vérifications, les droits individuels des actionnaires, par opposition aux droits des sociétés elles-mêmes.

Après une série de modifications apportées à la déclaration initiale, plus de 40 jours d'interroga-

numerous pre-trial conferences and case management sessions, the respondents brought a motion for summary judgment in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking to have the plaintiffs' claims dismissed. The grounds for the motion were (a) that there was no contract between the plaintiffs and the respondents; (b) that the respondents did not owe the individual plaintiffs any duty of care in tort; and (c) that the claims asserted by the plaintiffs could only properly be brought by the corporations themselves and not by the shareholders individually. The motions judge granted the motion with respect to the plaintiffs Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian and Freed and dismissed their actions on the basis that they raised no genuine issues for trial. By agreement, the claims of the remaining plaintiffs were adjourned *sine die*. An appeal to the Manitoba Court of Appeal by Hercules, Guardian and Freed was unanimously dismissed with costs. Leave to appeal to this Court was granted on March 7, 1996 and the appeal was heard on December 6, 1996.

### Judicial History

#### *Manitoba Court of Queen's Bench*

5 Dureault J. began his reasons by noting that only the claims of Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian and Freed had to be addressed since, by agreement, the claims of the other plaintiffs had been adjourned. He then proceeded to set out the appropriate test to be applied in summary judgment motions. Referring to Rule 20.03(1) of the *Manitoba Court of Queen's Bench Rules*, Reg. 553/88, (which governs summary judgment motions) and citing *Fidkalo v. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267 (C.A.), he explained that while the defendant bears the initial burden of proving that the case is one where the question whether there exists a genuine issue for trial can properly be raised, the plaintiff bears the subsequent burden of establishing that his claim has a real chance of success.

toire préalable et de nombreuses conférences préparatoires au procès et séances de gestion de dossier, les intimés ont déposé en Cour du Banc de la Reine du Manitoba une motion visant à obtenir un jugement sommaire rejetant les actions des demandeurs. À l'appui de leur motion, ils ont allégué a) qu'aucun contrat ne liait les demandeurs et les intimés, b) que les intimés n'avaient envers chacun des demandeurs aucune obligation de diligence en matière délictuelle, et c) que les actions engagées par les demandeurs ne pouvaient être engagées à bon droit que par les sociétés elles-mêmes, et non par les actionnaires à titre individuel. Le juge des motions a accueilli la motion à l'égard des demandeurs Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian et Freed, et a rejeté leurs actions pour le motif qu'elles ne soulevaient aucune question en litige. Il a été convenu que les actions des autres demandeurs seraient ajournées *sine die*. L'appel interjeté devant la Cour d'appel du Manitoba par Hercules, Guardian et Freed a été rejeté à l'unanimité, avec dépens. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 7 mars 1996 et le pourvoi a été entendu le 6 décembre de la même année.

### Historique des procédures judiciaires

#### *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Le juge Dureault a entamé ses motifs en faisant remarquer que seules les actions intentées par Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian et Freed devaient être examinées, étant donné qu'il avait été convenu d'ajourner les actions des autres demandeurs. Il a ensuite entrepris d'énoncer le critère à appliquer aux motions visant à obtenir un jugement sommaire. Se référant au par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, règl. 553/88, (qui régit les motions visant à obtenir un jugement sommaire) et citant l'arrêt *Fidkalo c. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267 (C.A.), il a expliqué que, tandis qu'il incombe d'abord au défendeur de prouver que l'affaire est un cas où il convient de se demander s'il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur d'établir que son action a vraiment des chances de réussir.

After rejecting the claim of the plaintiff F.F. Farms on the ground that it failed from the outset to establish any cause of action, Dureault J. turned to the more substantive issues in the motion. He began by addressing the question whether the plaintiffs *qua* shareholders may properly bring an action for the devaluation in their shareholdings in NGA and NGH, and held that

... shareholders have no cause of action in law for any wrongs which may have been inflicted upon a corporation. This principle of law is often referred to as "the rule in *Foss v. Harbottle*". The plaintiff shareholders are trying to get around this principle. At best, if any wrong was done in the conduct of the defendants' audits, it was done to [NGA] and [NGH] and cannot be considered an injury sustained by the shareholders.

Dureault J. found on this basis that the claims of Hercules, Guardian, Woodvale and Freed did not disclose any genuine issue for trial since they ought to have been brought by the corporations and not by the plaintiffs as individual shareholders.

The motions judge next addressed the question whether any duty of care in tort was owed by the defendants to the plaintiffs in their capacities as either shareholders or investors in the audited corporations. He noted that

[g]enerally speaking, the law requires more than foreseeability and reliance. Actual knowledge on the part of the accountant/auditor of the limited class that will use and rely on the statements, referred to as the "proximity test", is also required.

Adopting the defendants' submissions on this issue, Dureault J. found that no duty of care was owed the plaintiffs because the audited statements were not prepared specifically for the purpose of assisting them in making investment decisions.

Finally, Dureault J. addressed the plaintiffs' claim that their losses stemmed from a breach of contract by the defendants. He recognized that the engagement of the auditors by the corporations is a contractual relationship, but rejected the contention

Après avoir rejeté l'action de la demanderesse F.F. Farms pour le motif qu'elle n'avait pas établi, au départ, l'existence d'une cause d'action, le juge Dureault est passé aux questions ayant trait davantage au fond de la motion. Il a commencé par se demander si les demandeurs pouvaient à bon droit, en leur qualité d'actionnaires, intenter une action pour la dévaluation de leurs participations dans NGA et NGH, et il a statué que

[TRADUCTION] ... les actionnaires n'ont aucune cause d'action en droit pour les préjudices que leur société peut avoir subi. Ce principe de droit est souvent désigné sous le nom de «règle de *Foss c. Harbottle*». Les actionnaires demandeurs tentent de contourner cette règle. Au mieux, si un préjudice a été causé au cours des vérifications effectuées par les défendeurs, il a été causé à [NGA] et [NGH], et ne peut être considéré comme ayant été subi par les actionnaires.

Le juge Dureault a conclu, pour ce motif, que les actions intentées par Hercules, Guardian, Woodvale et Freed ne révélaient l'existence d'aucune question en litige étant donné qu'elles auraient dû être intentées par les sociétés et non par les demandeurs en leur qualité individuelle d'actionnaires.

Le juge des motions a ensuite examiné la question de savoir si les défendeurs avaient une obligation de diligence en matière délictuelle envers les demandeurs en leur qualité soit d'actionnaires soit d'investisseurs des sociétés qui avaient fait l'objet des vérifications. Il a noté que,

[TRADUCTION] [e]n général, la loi exige davantage que la prévisibilité et la confiance. La connaissance véritable par le comptable-vérificateur de la catégorie limitée de personnes qui utiliseront les états et s'y fieront, aussi appelée «critère du lien étroit», est aussi requise.

Retenant les arguments des défendeurs sur cette question, le juge Dureault a décidé qu'il n'existait aucune obligation de diligence envers les demandeurs parce que les états vérifiés n'avaient pas été préparés spécialement pour les aider à prendre des décisions en matière de placement.

Enfin, le juge Dureault a examiné l'allégation des demandeurs selon laquelle leurs pertes découlaient d'une inexécution de contrat par les défendeurs. Il a reconnu que la mission confiée aux vérificateurs par les sociétés était un lien contractuel,

that this relationship can be extended to include the shareholders so as to permit them to bring personal actions against the auditors in the event of breach. Finding that none of the plaintiffs' claims raised a genuine issue for trial, Dureault J. granted the motion with costs.

*Manitoba Court of Appeal* (1995), 102 Man. R. (2d) 241 (Philp, Lyon and Helper J.J.A.)

<sup>9</sup> An appeal was brought to the Manitoba Court of Appeal by Hercules, Guardian and Freed. Helper J.A., writing for the court, began her reasons by finding that the learned motions judge had correctly applied the *Fidkalo* test for summary judgment motion under Rule 20.03(1). She also distinguished that test from that applicable on a motion to strike pleadings on the ground that, unlike the situation on a motion to strike, a Rule 20 motion requires an examination of the evidence in support of the plaintiff's claim.

<sup>10</sup> Turning to the question whether the respondents owed a duty of care in tort to the appellants, Helper J.A. noted the latter's two alternative submissions. The first (at p. 244) was that

... a common law duty of care arose ... because the respondents knew or ought to have known: i) that the appellants were relying on the audited statements and the services and advice provided by the respondents; ii) the purpose for which the appellants would rely upon the respondents' services and statements; iii) that the appellants did so rely upon those audited statements for investment and other purposes; and iv) that the respondents breached their duties to the appellants thereby causing them a financial loss.

In response to this claim, Helper J.A. explained, the respondents contended that the appellants were simply trying to avoid the rule in *Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189 (H.L.), by asserting their claims as individual shareholders rather than by way of derivative action. The respondents

mais il a rejeté la prétention que ce lien pouvait être étendu de manière à inclure les actionnaires et à leur permettre d'intenter des actions personnelles contre les vérificateurs en cas d'inexécution. Concluant qu'aucune des actions des demandeurs ne soulevait une question en litige, le juge Dureault a accueilli la motion, avec dépens.

*Cour d'appel du Manitoba* (1995), 102 Man. R. (2d) 241 (les juges Philp, Lyon et Helper)

Hercules, Guardian et Freed ont interjeté appel devant la Cour d'appel du Manitoba. Dans les motifs qu'elle a rédigés au nom de la cour, le juge Helper a commencé par conclure que le juge des motions avait appliqué correctement le critère de *Fidkalo* en matière de motion visant à obtenir un jugement sommaire au sens du par. 20.03(1) des Règles. Elle a aussi distingué ce critère de celui applicable à une motion visant à radier un acte de procédure pour le motif que, contrairement à la situation qui existe dans le cas d'une motion visant à obtenir une radiation, une motion fondée sur l'art. 20 des Règles requiert un examen de la preuve à l'appui de l'action du demandeur.

Quant à savoir si les intimés avaient une obligation de diligence en matière délictuelle envers les appelants, le juge Helper a relevé les deux arguments subsidiaires de ces derniers. Le premier (à la p. 244) voulait que

[TRADUCTION] ... il y [ait eu] obligation de diligence en vertu de la common law [...] parce que les intimés savaient ou auraient dû savoir: i) que les appelants se fiaient aux états vérifiés de même qu'aux services et aux conseils fournis par les intimés, ii) à quelles fins les appelants s'en remettraient aux services et aux états fournis par les intimés, iii) que les appelants se sont effectivement fiés à ces états vérifiés pour leurs placements et à d'autres fins, et iv) que les intimés ont manqué à leurs obligations envers les appelants et leur ont ainsi causé une perte financière.

Le juge Helper a expliqué qu'en réponse à cet argument les intimés ont prétendu que les appelants tentaient simplement d'échapper à la règle établie dans *Foss c. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189 (H.L.), en procédant en leur qualité individuelle d'actionnaires au lieu d'intenter une

also argued that they had no knowledge that investments would be made on the basis of the audited statements and that there was no evidence to support the contention that they ought to have known that their reports would be relied upon in this manner. Finally, Helper J.A. noted, the respondents asserted that there was no evidence demonstrating that the appellants had, in fact, relied on the audited statements at issue.

In analysing this first main submission, Helper J.A. undertook a thorough review of *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, where the House of Lords considered the question of the scope of the duty of care owed by auditors to shareholders and investors. After reviewing the Canadian case law on the matter, she concluded, at p. 248, that

[t]he appellants were unable to direct this court to any evidence in support of their position which was ignored by the motions judge. Nor am I persuaded that the order dismissing the appellants' claims is contrary to the existing jurisprudence.

The evidence showed that the auditors had prepared the annual reports to comply with their statutory obligations. There was a total absence of evidence to indicate the respondents knew the appellants would rely upon the reports for any specific purpose or that the appellants did rely upon the reports before infusing more capital into their companies. The appellants were content to allow management to continue running the companies despite a drop in profitability reflected in the 1982 audited report and invested more capital in the face of that report. The evidence filed in opposition to the motion did not support the appellants' claim on this issue.

In the view of the Manitoba Court of Appeal, then, the first of the appellants' submissions regarding the existence of a duty of care could not succeed.

The appellants' second main submission concerning the existence of a duty of care consisted in an allegation that the respondent auditors contravened the statutory independence requirements set out in s. 155 of the Manitoba *Corporations Act*,

action oblique. Les intimés ont aussi fait valoir qu'ils ignoraient que des placements seraient faits sur la foi des états vérifiés et qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui de la prétention qu'ils auraient dû savoir que leurs rapports serviraient à cette fin. Finalement, le juge Helper a fait remarquer que les intimés ont affirmé qu'il n'y avait aucune preuve que les appelants s'en étaient effectivement remis aux états vérifiés en question.

En analysant ce premier argument principal, le juge Helper a entrepris de faire un examen approfondi de l'arrêt *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, dans lequel la Chambre des lords a étudié la question de l'étendue de l'obligation de diligence que les vérificateurs ont envers les actionnaires et investisseurs. Après avoir examiné la jurisprudence canadienne en la matière, elle conclut, à la p. 248, que

[TRADUCTION] [L]es appelants ont été incapables d'indiquer à notre cour quelque preuve que ce soit à l'appui de leur opinion que le juge des motions n'aurait pas pris en considération. Je ne suis pas non plus convaincue que l'ordonnance rejetant les actions des appelants soit contraire à la jurisprudence existante.

La preuve a révélé que les vérificateurs avaient préparé les rapports annuels comme la loi les oblige à le faire. Il n'y avait absolument aucune preuve que les intimés savaient que les appelants se fieraient à ces rapports à des fins précises, ou que les appelants se sont effectivement fiés à ces rapports pour investir plus de capitaux dans leurs sociétés. Les appelants se sont contentés de permettre aux dirigeants des sociétés de rester en poste malgré la baisse de rentabilité constatée dans le rapport de 1982, et ils ont investi plus de capitaux à la lumière de ce rapport. La preuve déposée à l'encontre de la motion ne justifiait pas l'allégation des appelants sur cette question.

La Cour d'appel du Manitoba était donc d'avis que le premier argument des appelants concernant l'existence d'une obligation de diligence ne pouvait pas être retenu.

Le second argument principal des appelants concernant l'existence d'une obligation de diligence était que les vérificateurs intimés avaient contrevenu aux exigences en matière d'indépendance énoncées à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations*

R.S.M. 1987, c. C225, and that this in itself gave rise to a cause of action in the individual shareholders. The relevant portions of s. 155 are as follows:

**155(1)** Subject to subsection (5), a person is disqualified from being an auditor of a corporation if he is not independent of the corporation, all of its affiliates, and the directors or officers of the corporation and its affiliates.

**155(2)** For the purposes of this section,

- (a) independence is a question of fact; and
- (b) a person is deemed not to be independent if he or his business partner
  - (i) is a business partner, a director, an officer or an employee of the corporation or any of its affiliates, or a business partner of any director, officer or employee of the corporation or any of its affiliates, or
  - (ii) beneficially owns or controls, directly or indirectly, a material interest in the securities of the corporation or any of its affiliates, or
  - (iii) has been a receiver, receiver-manager, liquidator or trustee in bankruptcy of the corporation or any of its affiliates within two years of his proposed appointment as auditor of the corporation.

**155(6)** The shareholders of a corporation may resolve to appoint as auditor, a person otherwise disqualified under subsections (1) and (2) if the resolution is consented to by all the shareholders including shareholders not otherwise entitled to vote.

Specifically, the appellants alleged that because s. 155(6) of the Act allows a single shareholder to exercise a veto power over the appointment of the auditors, each shareholder also has a right of action against the auditors where damage has been occasioned by a breach of the independence requirement in s. 155(2). Helper J.A. rejected this submission both on the ground that it was unsupported by authority and on the basis that the wording of

du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. C225, et que cela, faisait naître en soi une cause d'action en faveur des actionnaires pris individuellement. Les passages pertinents de l'art. 155 sont les suivants:

**155(1)** Sous réserve du paragraphe (5), pour être vérificateur, il faut être indépendant de la corporation, des personnes morales de son groupe et de leurs administrateurs ou dirigeants.

**155(2)** Pour l'application du présent article:

- a) l'indépendance est une question de fait;
- b) est réputée ne pas être indépendante la personne qui, ou dont l'associé:
  - (i) ou bien est associé, administrateur, dirigeant ou employé de la corporation, d'une personne morale de son groupe ou de leurs administrateurs, dirigeants ou employés,
  - (ii) ou bien est le propriétaire véritable ou détient, directement ou indirectement, le contrôle d'une partie importante des valeurs mobilières de la corporation ou de l'une des personnes morales de son groupe,
  - (iii) ou bien a été séquestre, séquestre-gérant, liquidateur ou syndic de faillite de la corporation ou d'une personne morale de son groupe dans les deux ans précédant la proposition de sa nomination au poste de vérificateur.

**155(6)** Les actionnaires de la corporation peuvent décider de nommer, à titre de vérificateur, une personne qui ne possède pas les qualités requises prévues aux paragraphes (1) et (2) si tous les actionnaires, y compris ceux qui ne sont pas habiles à voter par ailleurs, ont consenti à l'adoption de la résolution.

Plus précisément, les appelants ont allégué que, parce que le par. 155(6) de la Loi accorde à tout actionnaire un droit de veto à l'égard de la nomination des vérificateurs, chaque actionnaire possède aussi un droit d'action contre les vérificateurs lorsqu'un préjudice résulte du non-respect de l'exigence d'indépendance prévue au par. 155(2). Le juge Helper a rejeté cet argument à la fois pour le motif qu'il n'était étayé ni par la jurisprudence ni par la doctrine, et pour le motif que le texte de l'art. 155, dans l'ensemble, ne porte pas à croire

s. 155 as a whole does not suggest the interpretation urged by the appellants.

Finally, Helper J.A. addressed the appellants' contractual claim and held that the respondents' engagement to audit the financial statements of NGA and NGH in accordance with the Act did not give rise to a contractual relationship between them and the appellants. Similarly, she found the appellants could not sue on the contract between the corporations and the respondent Ernst & Young because of the lack of privity. Finding no evidence to support the existence of the requisite contractual relationship, Helper J.A. rejected the appellants' claim in this regard. For all these reasons, the Court of Appeal unanimously dismissed the appeal with costs.

### Issues

The issues in this case may be stated as follows:

- (1) Do the respondents owe the appellants a duty of care with respect to
  - (a) the investment losses they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports; and
  - (b) the losses in the value of their existing shareholdings they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports?
- (2) Does the rule in *Foss v. Harbottle* affect the appellants' action?

### Analysis

#### *Preliminary Matters*

Four preliminary matters should be addressed before turning to the principal issues in this appeal. The first concerns the procedure to be followed in a motion for summary judgment brought under Rule 20.03(1) of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules*. That rule provides as follows:

qu'il devrait être interprété de la manière préconisée par les appelants.

13  
 Finalement, le juge Helper a abordé l'allégation des appelants quant à l'existence d'un lien contractuel et a décidé que la mission confiée aux intimés de vérifier les états financiers de NGA et NGH conformément à la Loi ne créait pas de lien contractuel entre eux et les appelants. De même, elle a statué que les appelants ne pouvaient pas intenter une action fondée sur le contrat conclu entre les sociétés et l'intimée Ernst & Young, en raison de l'absence de lien de droit contractuel. Concluant à l'absence de preuve à l'appui de l'existence du lien contractuel requis, le juge Helper a rejeté l'action des appelants à cet égard. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel, avec dépens.

### Les questions en litige

14  
 En l'espèce, les questions en litige peuvent être formulées de la façon suivante:

- (1) Les intimés ont-ils une obligation de diligence envers les appelants quant
  - a) aux pertes en matière de placement que ces derniers auraient subies en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982, et
  - b) aux pertes qu'ils auraient subies quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982?
- (2) La règle de *Foss c. Harbottle* influe-t-elle sur l'action des appelants?

### Analyse

#### *Questions préliminaires*

15  
 Il y a lieu d'aborder quatre questions préliminaires avant de passer à l'examen des principales questions en litige dans le présent pourvoi. La première concerne la procédure à suivre dans le cas d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire fondée sur le par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, qui se lit ainsi:

20.03(1) Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

I would agree with both the Court of Appeal and the motions judge in their endorsement of the procedure set out in *Fidkalo*, *supra*, at p. 267, namely:

The question to be decided on a rule 20 motion is whether there is a genuine issue for trial. Although a defendant who seeks dismissal of an action has an initial burden of showing that the case is one in which the existence of a genuine issue is a proper question for consideration, it is the plaintiff who must then, according to the rule, establish his claim as being one with a real chance of success.

In the instant case, then, the appellants (who were the plaintiffs-respondents on the motion) bore the burden of establishing that their claim had "a real chance of success". They bear the same burden in this Court.

16

The second preliminary matter concerns the appellants' claim that as a result of a meeting in the summer of 1978 between David Korn, Max Freed and the respondent Cox and in light of an engagement letter sent by the respondents to NGA and NGH in 1981, a contract was formed between the shareholders of the audited corporations, on the one hand, and the respondents, on the other. This purported contract ostensibly required the respondents to conduct their audits for the benefit of the shareholders themselves and not merely for the benefit of the corporations. I have reviewed the portions of the record upon which the appellants base this submission and I am unable to find that the requisite elements of contract formation inhere on the facts. In any event, as the respondents pointed out, the appellants' request to amend their pleadings before trial to include a claim for breach of contract was denied by Kennedy J. and no appeal was brought from that decision. (See: *Hercules Management Ltd. v. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216 (Q.B.)) I would find, therefore, that the claim in breach of contract is not

20.03(1) Le tribunal, s'il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question en litige, rend un jugement sommaire en conséquence.

Je suis d'accord tant avec la Cour d'appel qu'avec le juge des motions quant à leur approbation de la procédure établie dans l'arrêt *Fidkalo*, précité, à la p. 267, à savoir:

[TRADUCTION] La question à trancher dans le cas d'une motion fondée sur l'art. 20 des Règles est de savoir s'il existe une question en litige. Bien qu'il incombe d'abord au défendeur qui demande le rejet d'une action de prouver que l'affaire est un cas où il convient d'examiner s'il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur, selon la règle, d'établir que son action a vraiment des chances de réussir.

En l'espèce, les appelants (qui étaient les demandeurs-intimés lors de la motion) étaient donc tenus d'établir que leur action avait «vraiment des chances de réussir». Ils ont la même obligation devant notre Cour.

La deuxième question préliminaire concerne l'allégation des appelants que, à la suite d'une rencontre à laquelle ont participé David Korn, Max Freed et l'intimé Cox à l'été 1978, et à la lumière d'une lettre de mission envoyée par les intimés à NGA et à NGH en 1981, un contrat a été conclu entre, d'une part, les actionnaires des sociétés vérifiées et, d'autre part, les intimés. Ce prétendu contrat obligeait manifestement les intimés à effectuer leurs vérifications au profit des actionnaires eux-mêmes, et non pas simplement au profit des sociétés. J'ai examiné les parties du dossier sur lesquelles les appelants fondent leur allégation et je suis incapable de conclure que les éléments requis pour qu'il y ait contrat se dégagent des faits. De toute façon, comme les intimés l'ont fait remarquer, la demande que les appelants ont présentée en vue de modifier leurs actes de procédure avant le procès, de manière à y inclure une action pour inexécution de contrat, a été rejetée par le juge Kennedy, et cette décision n'a fait l'objet d'aucun appel. (Voir *Hercules Management Ltd. c. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216 (B.R.)) Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour n'est pas saisie à juste titre de l'action pour inexécution de contrat et que les arguments

properly before this Court and that the appellants' submissions in this regard must fail.

Thirdly, the appellants allege that the respondent Cox's investments in certain syndicated mortgages administered by NGA and NGH constituted a breach of the statutory independence requirements set out in s. 155 of the Manitoba *Corporations Act* and that such a breach either gives rise to a private law cause of action or, alternatively, that it provides an independent basis for finding a duty of care in a tort action. Assuming without deciding that the respondent Cox was in breach of the independence requirements set out in that section, I would agree with Helper J.A. in finding that the section does not, in and of itself, give rise to a cause of action in negligence; see: *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. Similarly, I cannot see how breach of the independence requirements could establish a duty of care in tort. This does not mean, of course, that the statutory audit requirements set out in the Manitoba *Corporations Act* are entirely irrelevant to the appellants' claim. Rather, it simply means that a breach of the independence provisions does not, by itself, give rise either to an independent right of action or to a duty of care.

The final preliminary matter concerns whether or not the appellants actually relied on the 1980-82 audited reports prepared by the respondents. More specifically, the appellants allege that the Court of Appeal erred in finding, at p. 248, that

[t]here was a total absence of evidence to indicate the respondents knew the appellants would rely upon the reports for any specific purpose or that the appellants did rely upon the [1980-82] reports before infusing more capital into their companies. The appellants were content to allow management to continue running the companies despite a drop in profitability reflected in the 1982 audited report and invested capital in the face of that report. The evidence filed in opposition to the motion did not support the appellants' claim on this issue. [Emphasis added.]

invoqués à cet égard par les appelants doivent échouer.

Troisièmement, les appelants allèguent que les placements de l'intimé Cox dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH allaient à l'encontre des exigences en matière d'indépendance établies à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba, et que cela engendre une cause d'action de droit privé, ou, subsidiairement, fournit une raison indépendante de conclure à l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. À supposer sans en décider que l'intimé Cox n'ait pas respecté les exigences en matière d'indépendance énoncées à cet article, je serais d'accord avec le juge Helper pour conclure que cet article ne donne pas naissance en soi à une cause d'action pour négligence; voir *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. De même, je ne puis voir comment le non-respect des exigences en matière d'indépendance pourrait établir l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. Cela ne signifie pas, évidemment, que les exigences en matière de vérification prescrites par la *Loi sur les corporations* du Manitoba ne sont absolument pas pertinentes quant à l'action des appelants. Au contraire, cela signifie simplement qu'une violation des dispositions d'indépendance ne donne pas naissance en soi à un droit d'action indépendant ni à une obligation de diligence.

La dernière question préliminaire est de savoir si les appelants se sont vraiment fiés aux rapports de vérification des années 1980 à 1982, préparés par les intimés. Plus précisément, les appelants allèguent que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant, à la p. 248, que

[TRADUCTION] [i]l n'y avait absolument aucune preuve que les intimés savaient que les appelants se fieraient à ces rapports à des fins précises, ou que les appelants se sont effectivement fiés à ces rapports [de 1980 à 1982] pour investir plus de capitaux dans leurs sociétés. Les appelants se sont contentés de permettre aux dirigeants des sociétés de rester en poste malgré la baisse de rentabilité constatée dans le rapport de 1982, et ils ont investi plus de capitaux à la lumière de ce rapport. La preuve déposée à l'encontre de la motion ne justifiait pas l'allégation des appelants sur cette question. [Je souligne.]

Needless to say, actual reliance is a necessary element of an action in negligent misrepresentation and its absence will mean that the plaintiff cannot succeed in holding the defendant liable for his or her losses; see: *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, at p. 110. In light of my disposition on the duty of care issue, however, it is unnecessary to inquire into this matter here — the absence of a duty of care renders inconsequential the question of actual reliance. Having dealt with all four preliminary matters, then, I can now turn to a discussion of the principal issues in this appeal.

*Issue 1: Whether the Respondents owe the Appellants a Duty of Care*

(i) Introduction

19

It is now well established in Canadian law that the existence of a duty of care in tort is to be determined through an application of the two-part test first enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to be negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. . . .

While the House of Lords rejected the *Anns* test in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, and in *Caparo, supra*, at p. 574, per Lord Bridge and at pp. 585-86, per Lord Oliver (citing Brennan J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), at pp. 43-44), the basic approach that test embodies has repeat-

Il va sans dire que le fait de s'être fié est un élément nécessaire d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence, et que l'inexistence de ce fait signifie que le demandeur ne peut tenir avec succès le défendeur responsable de ses pertes; voir *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, à la p. 110. Cependant, compte tenu de ma décision sur la question de l'obligation de diligence, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question ici — l'absence d'obligation de diligence fait perdre toute importance à la question de savoir si on s'est vraiment fié aux rapports en question. Les quatre questions préliminaires étant réglées, je vais maintenant pouvoir procéder à l'analyse des questions principales soulevées dans le présent pourvoi.

*Question 1: Les intimés ont-ils une obligation de diligence envers les appelants?*

(i) Introduction

Il est maintenant bien établi en droit canadien que l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle doit être déterminée par l'application du critère à deux volets que lord Wilberforce a énoncé, pour la première fois, dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752:

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe, à première vue, une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation . . .

Bien que la Chambre des lords ait rejeté le critère de l'arrêt *Anns* dans *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, et dans *Caparo*, précité, à la p. 574, lord Bridge, et aux pp. 585 et 586, lord Oliver (citant le juge Brennan dans *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), aux pp. 43 et 44), notre Cour a, à maintes

edly been accepted and endorsed by this Court. (See, e.g.: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85.)

In *Kamloops*, *supra*, at pp. 10-11, Wilson J. restated Lord Wilberforce's test in the following terms:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], 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?

As will be clear from the cases earlier cited, this two-stage approach has been applied by this Court in the context of various types of negligence actions, including actions involving claims for different forms of economic loss. Indeed, it was implicitly endorsed in the context of an action in negligent misrepresentation in *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, at pp. 218-19. The same approach to defining duties of care in negligent misrepresentation cases has also been taken in other Commonwealth courts. In *Scott Group Ltd. v. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553, for example, a case that dealt specifically with auditors' liability for negligently prepared audit reports, the *Anns* test was adopted and applied by a majority of the New Zealand Court of Appeal.

reprises, accepté et approuvé la méthode fondamentale que ce critère comporte. (Voir, par exemple, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85.)

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, aux pp. 10 et 11, le juge Wilson reformule ainsi le critère de lord Wilberforce:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([le défendeur] et la personne qui a subi les dommages) pour que [le défendeur] ai[t] pu raisonnablement prévoir que [son] 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?

Comme il ressort de la jurisprudence mentionnée antérieurement, notre Cour a adopté cette méthode en deux temps dans le contexte de divers types d'actions pour négligence, notamment, les actions relatives à différentes formes de perte économique. En fait, cette méthode a reçu, dans l'arrêt *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, aux pp. 218 et 219, une approbation tacite dans le contexte d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence. D'autres tribunaux du Commonwealth ont utilisé la même méthode pour définir les obligations de diligence en matière de déclaration inexacte faite par négligence. Dans l'arrêt *Scott Group Ltd. c. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553, par exemple, une affaire où il était précisément question de la responsabilité de vérificateurs relativement à des rapports de vérification préparés avec négligence, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a, à la majorité, adopté et appliqué le critère de l'arrêt *Anns*.

21 I see no reason in principle why the same approach should not be taken in the present case. Indeed, to create a “pocket” of negligent misrepresentation cases (to use Professor Stapleton’s term) in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence cases would, in my view, be incorrect; see: Jane Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249. This is not to say, of course, that negligent misrepresentation cases do not involve special considerations stemming from the fact that recovery is allowed for pure economic loss as opposed to physical damage. Rather, it is simply to posit that the same general framework ought to be used in approaching the duty of care question in both types of case. Whether the respondents owe the appellants a duty of care for their allegedly negligent preparation of the 1980-82 audit reports, then, will depend on (a) whether a *prima facie* duty of care is owed, and (b) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations. Before analysing the merits of this case, it will be useful to set out in greater detail the principles governing this appeal.

(ii) The *Prima Facie* Duty of Care

22 The first branch of the *Anns/Kamloops* test demands an inquiry into whether there is a sufficiently close relationship between the plaintiff and the defendant that in the reasonable contemplation of the latter, carelessness on its part may cause damage to the former. The existence of such a relationship — which has come to be known as a relationship of “neighbourhood” or “proximity” — distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. In the context of a negligent misrepresentation action, then, deciding whether or not a *prima facie* duty of care exists necessitates an investigation into whether the defendant-representor and the plain-

Je ne vois aucune raison de principe de ne pas utiliser la même méthode en l’espèce. En fait, j’estime qu’il serait incorrect de créer une [TRADUCTION] «poche» de cas de déclaration inexacte faite par négligence (pour reprendre l’expression du professeur Stapleton) où l’existence d’une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence; voir Jane Stapleton, «Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249. Cela ne veut pas dire, évidemment, que les cas de déclaration inexacte faite par négligence ne comportent pas des considérations spéciales émanant du fait que l’indemnisation est permise pour une perte purement économique, et non pour des dommages matériels. Cela revient plutôt simplement à présupposer l’on devrait recourir au même cadre général pour aborder la question de l’obligation de diligence dans les deux genres de cas. La question de savoir si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982 qu’ils auraient préparés avec négligence, dépendra donc a) de la question de savoir s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, et b) de celle de savoir si cette obligation, le cas échéant, est annihilée ou limitée par des considérations de principe. Avant d’analyser le fond de la présente affaire, il sera utile d’exposer plus en détail les principes qui régissent le pourvoi.

(ii) L’obligation *prima facie* de diligence

Selon le premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, il faut se demander s’il existe, entre le demandeur et le défendeur, un lien suffisamment étroit pour que le manque de diligence de la part de ce dernier puisse être raisonnablement perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur. L’existence d’un tel lien — qu’on en est venu à appeler «lien étroit» — permet de distinguer les cas où le défendeur a une obligation *prima facie* de diligence envers le demandeur, de ceux où il n’existe aucune obligation de cette nature. Ainsi, dans le contexte d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, pour décider s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, il faut examiner si on peut dire qu’il

tiff-representee can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood.

What constitutes a “relationship of proximity” in the context of negligent misrepresentation actions? In approaching this question, I would begin by reiterating the position I took in *Norsk, supra*, at pp. 1114-15, that the term “proximity” itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion; it does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination. This view was also explicitly adopted by Stevenson J. in *Norsk, supra*, at p. 1178, and McLachlin J. also appears to have accepted it when she wrote, at p. 1151, of that case that “[p]roximity may usefully be viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors”; see also: M. H. McHugh, “Neighbourhood, Proximity and Reliance”, in P. D. Finn, ed., *Essays on Torts* (1989), 5, at pp. 36-37; and John G. Fleming, “The Negligent Auditor and Shareholders” (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349, at p. 351, where the author refers to proximity as a “vacuous test”. While *Norsk, supra*, was concerned specifically with whether or not a defendant could be held liable for “contractual relational economic loss” (as I called it, at p. 1037), I am of the view that the same observations with respect to the term “proximity” are applicable in the context of negligent misrepresentation. In order to render “proximity” a useful tool in defining when a duty of care exists in negligent misrepresentation cases, therefore, it is necessary to infuse that term with some meaning. In other words, it is necessary to set out the basis upon which one may properly reach the conclusion that proximity inheres between a representor and a representee.

This can be done most clearly as follows. The label “proximity”, as it was used by Lord Wilber-

existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui la déclaration a été faite.

Qu’est-ce qui constitue un «lien étroit» dans le contexte des actions pour déclaration inexacte faite par négligence? Pour répondre à cette question, je commencerais par réitérer le point de vue que j’ai adopté dans l’arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1114 et 1115, selon lequel l’expression «lien étroit» elle-même n’exprime rien de plus qu’un résultat, un jugement ou une conclusion; elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique. Le juge Stevenson a lui aussi adopté expressément ce point de vue dans l’arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1178, et le juge McLachlin paraît aussi l’accepter lorsqu’elle écrit, à la p. 1151 de cet arrêt, que «[l]e lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs»; voir également: M. H. McHugh, «Neighbourhood, Proximity and Reliance», dans P. D. Finn, dir., *Essays on Torts* (1989), 5, aux pp. 36 et 37, et John G. Fleming, «The Negligent Auditor and Shareholders» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349, à la p. 351, où l’auteur qualifie de [TRADUCTION] «vide de sens» le critère du lien étroit. Alors que l’arrêt *Norsk*, précité, portait précisément sur la question de savoir si un défendeur pouvait être tenu responsable d’une «perte économique relationnelle découlant d’un contrat» (selon mon expression, à la p. 1037), je suis d’avis que les mêmes observations relatives aux termes «lien étroit» s’appliquent dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence. Afin de faire du «lien étroit» un moyen utile de déterminer quand une obligation de diligence existe dans des cas de déclaration inexacte faite par négligence, il est donc nécessaire d’attribuer un certain sens à cette expression. En d’autres termes, il est nécessaire d’établir ce qui permet à bon droit de conclure à l’existence d’un lien étroit entre l’auteur d’une déclaration et celui à qui il l’a faite.

Il est très évident que cela peut se faire de la façon suivante. L’expression «lien étroit», utilisée

force in *Anns, supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs. Indeed, this idea lies at the very heart of the concept of a "duty of care", as articulated most memorably by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at pp. 580-81. In cases of negligent misrepresentation, the relationship between the plaintiff and the defendant arises through reliance by the plaintiff on the defendant's words. Thus, if "proximity" is meant to distinguish the cases where the defendant has a responsibility to take reasonable care of the plaintiff from those where he or she has no such responsibility, then in negligent misrepresentation cases, it must pertain to some aspect of the relationship of reliance. To my mind, proximity can be seen to inhere between a defendant-representor and a plaintiff-representee when two criteria relating to reliance may be said to exist on the facts: (a) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (b) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. To use the term employed by my colleague, Iacobucci J., in *Cognos, supra*, at p. 110, the plaintiff and the defendant can be said to be in a "special relationship" whenever these two factors inhere.

par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu'on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires. En fait, cette idée est au cœur même du concept d'«obligation de diligence», comme l'a si remarquablement affirmé lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, aux pp. 580 et 581. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, le lien entre le demandeur et le défendeur émane de la confiance du demandeur dans les propos du défendeur. Par conséquent, si le «lien étroit» doit permettre de distinguer les cas où le défendeur a la responsabilité de faire preuve de diligence raisonnable envers le demandeur de ceux où il n'a pas cette responsabilité, alors, dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, il doit se rapporter à un aspect du rapport de confiance. À mon avis, on peut considérer qu'il existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui il l'a faite lorsque l'on peut affirmer, à partir des faits, qu'il existe deux critères relatifs à la confiance: a) le défendeur devrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et b) il serait raisonnable que le demandeur s'y fie dans les circonstances particulières de l'affaire. Pour reprendre l'expression que mon collègue le juge Iacobucci a utilisée, à la p. 110 de l'arrêt *Cognos*, précité, on peut dire qu'il existe un «lien spécial» entre le demandeur et le défendeur lorsque ces deux facteurs sont présents.

25

I should pause here to explain that, in my view, to look to whether or not reliance by the plaintiff on the defendant's representation would be reasonable in determining whether or not a *prima facie* duty of care exists in negligent misrepresentation cases as opposed to looking at reasonable foreseeability alone is not, as might first appear, to abandon the basic tenets underlying the first branch of the *Anns/Kamloops* formula. The purpose behind the *Anns/Kamloops* test is simply to ensure that enquiries into the existence of a duty of care in negligence cases is conducted in two parts: The first involves discerning whether, in a given situa-

Je tiens ici à prendre le temps d'expliquer que, à mon avis, se demander s'il serait raisonnable que le demandeur se fie à la déclaration du défendeur, aux fins de déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, au lieu d'examiner la question de la prévisibilité raisonnable seulement, ne revient pas, comme il pourrait sembler à prime abord, à abandonner les préceptes fondamentaux du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* a simplement pour objet de garantir que l'examen qui vise à déterminer s'il existe une obligation de

tion, a duty of care would be imposed by law; the second demands an investigation into whether the legal duty, if found, ought to be negated or ousted by policy considerations. In the context of actions based on negligence causing physical damage, determining whether harm to the plaintiff was reasonably foreseeable to the defendant is alone a sufficient criterion for deciding proximity or neighbourhood under the first branch of the *Anns/Kamloops* test because the law has come to recognize (even if only implicitly) that, absent a voluntary assumption of risk by him or her, it is always reasonable for a plaintiff to expect that a defendant will take reasonable care of the plaintiff's person and property. The duty of care inquiry in such cases, therefore, will always be conducted under the assumption that the plaintiff's expectations of the defendant are reasonable.

In negligent misrepresentation actions, however, the plaintiff's claim stems from his or her detrimental reliance on the defendant's (negligent) statement, and it is abundantly clear that reliance on the statement or representation of another will not, in all circumstances, be reasonable. The assumption that always inheres in physical damage cases concerning the reasonableness of the plaintiff's expectations cannot, therefore, be said to inhere in reliance cases. In order to ensure that the same factors are taken into account in determining the existence of a duty of care in both instances, then, the reasonableness of the plaintiff's reliance must be considered in negligent misrepresentation actions. Only by doing so will the first branch of the *Kamloops* test be applied consistently in both contexts.

As should be evident from its very terms, the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for determining a *prima facie* duty of care is some-

diligence dans les affaires de négligence soit effectué en deux temps: il faut d'abord se demander si, dans une situation donnée, la loi imposerait une obligation de diligence; le cas échéant, il faut ensuite se demander si cette obligation légale devrait être annihilée ou supplantée par des considérations de principe. Dans le contexte d'une action pour négligence causant des dommages matériels, il suffit de déterminer si le préjudice causé au demandeur pouvait raisonnablement être prévu par le défendeur, pour décider s'il existe un lien étroit au sens du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, parce que la loi en est venue à reconnaître (même si ce n'est qu'implicitement) que, sauf lorsqu'il assume volontairement le risque, il est toujours raisonnable que le demandeur s'attende à ce que le défendeur prenne un soin raisonnable de ses biens et de sa personne. Par conséquent, en pareils cas, l'examen visant à déterminer s'il existe une obligation de diligence sera toujours fait en tenant pour acquis que les attentes du demandeur à l'égard du défendeur sont raisonnables.

Dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence, cependant, l'action du demandeur découle de la confiance qu'il a, à son détriment, accordée à la déclaration (faite par négligence) du défendeur, et il est tout à fait clair que la confiance accordée à l'affirmation ou à la déclaration d'une autre personne ne sera pas raisonnable dans tous les cas. On ne peut donc pas affirmer que l'hypothèse concernant le caractère raisonnable des attentes du demandeur, qui existe toujours dans les cas de dommages matériels, a cours dans les affaires de confiance. Pour garantir que les mêmes facteurs soient pris en considération dans les deux cas pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il faut alors examiner le caractère raisonnable de la confiance du demandeur dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence. Ce n'est qu'ainsi que le premier volet du critère de l'arrêt *Kamloops* sera appliqué uniformément dans les deux contextes.

Comme il devrait ressortir de ses termes mêmes, le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer

26

27

what broader than the tests used both in the cases decided before *Anns, supra*, and in those that have rejected the *Anns* approach. Rather than stipulating simply that a duty of care will be found in any case where reasonable foreseeability and reasonable reliance inhere, those cases typically require (a) that the defendant know the identity of either the plaintiff or the class of plaintiffs who will rely on the statement, and (b) that the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made. This narrower approach to defining the duty can be seen in a number of the more prominent English decisions dealing either with auditors' liability specifically or with liability for negligent misstatements generally. (See, e.g.: *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), at pp. 181-82 and p. 184, *per* Denning L.J. (dissenting); *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Caparo, supra, per* Lord Bridge, at p. 576, and *per* Lord Oliver, at pp. 589.) It is also evident in the approach taken by this Court in *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466.

l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence est un peu plus large que les critères utilisés dans la jurisprudence qui a précédé l'arrêt *Anns*, précité, et dans celle qui a rejeté la méthode de l'arrêt *Anns*. Au lieu de préciser simplement qu'il y aura une obligation de diligence dans tous les cas où il y avait prévisibilité raisonnable et confiance raisonnable, cette jurisprudence requiert habituellement a) que le défendeur connaisse le demandeur ou la catégorie de demandeurs qui se fieront à la déclaration, et b) que les pertes que le demandeur allègue avoir subies en raison de la confiance qu'il a accordée découlent de l'opération même visée par la déclaration en cause. Cette façon plus stricte d'aborder la définition de l'obligation peut être constatée dans un certain nombre d'arrêts anglais majeurs portant soit précisément sur la responsabilité des vérificateurs, soit sur la responsabilité générale en matière de déclaration inexacte faite par négligence. (Voir, par exemple, *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), aux pp. 181, 182 et 184, le lord juge Denning (dissident); *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Caparo*, précité, lord Bridge, à la p. 576, et lord Oliver, à la p. 589.) Cela ressort aussi de la méthode adoptée par notre Cour dans *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

28

While I would not question the conclusions reached in any of these judgments, I am of the view that inquiring into such matters as whether the defendant had knowledge of the plaintiff (or class of plaintiffs) and whether the plaintiff used the statements at issue for the particular transaction for which they were provided is, in reality, nothing more than a means by which to circumscribe — for reasons of policy — the scope of a representor's potentially infinite liability. As I have already tried to explain, determining whether "proximity" exists on a given set of facts consists in an attempt to discern whether, as a matter of simple justice, the defendant may be said to have had an obligation to be mindful of the plaintiff's interests in going about his or her business. Requiring, in addition to proximity, that the defendant know the identity of the plaintiff (or class of plaintiffs) and that the plaintiff use the statements in question for the specific purpose for

Bien que je ne mette pas en doute les conclusions tirées dans l'un ou l'autre de ces jugements, j'estime qu'examiner des questions comme celles de savoir si le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et si le demandeur a utilisé les déclarations en cause aux fins de l'opération qu'elles visaient n'est, en réalité, rien de plus qu'un moyen de circonscrire — pour des raisons de principe — la portée de la responsabilité potentiellement infinie de l'auteur des déclarations. Comme j'ai déjà tenté de l'expliquer, pour déterminer s'il existe un «lien étroit» compte tenu d'un ensemble de faits donné, il faut tenter de savoir si, pour des raisons de simple justice, l'on peut affirmer que le défendeur était tenu de se soucier des intérêts du demandeur dans le cours de ses propres affaires. Exiger, en plus du lien étroit, que le défendeur connaisse le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et que le demandeur utilise les états en question aux fins précises pour lesquelles

which they were prepared amounts, in my opinion, to a tacit recognition that considerations of basic fairness may sometimes give way to other pressing concerns. Plainly stated, adding further requirements to the duty of care test provides a means by which policy concerns that are extrinsic to simple justice — but that are, nevertheless, fundamentally important — may be taken into account in assessing whether the defendant should be compelled to compensate the plaintiff for losses suffered. In other words, these further requirements serve a policy-based limiting function with respect to the ambit of the duty of care in negligent misrepresentation actions.

This view is confirmed by the judgments themselves. In *Caparo, supra*, at p. 576, for example, Lord Bridge refers to the criteria of knowledge of the plaintiff (or class of plaintiffs) and use of the statements for the intended transaction as a “limit or control mechanism . . . imposed on the liability of the wrongdoer towards those who have suffered some economic damage in consequence of his negligence” (emphasis added). Similarly, in *Haig, supra*, at p. 476, Dickson J. (as he then was) explicitly discusses the policy concern arising from unlimited liability before finding that the statements at issue in *Haig* were used for the very purpose for which they were prepared and that the appropriate test for a duty of care in the case before him was “actual knowledge of the limited class that will use and rely on the statement”. (See also *Candler, supra*, at p. 183, *per* Denning L.J. (dissenting).) Certain scholars have adopted this view of the case law as well. (See, e.g.: Bruce Feldthusen, *Economic Negligence* (3rd ed. 1994), at pp. 93-100, where the author explains that the approach taken in both *Haig, supra*, and *Caparo, supra*, toward defining the duty of care was motivated by underlying policy concerns; see also: Earl A. Cherniak and Kirk F. Stevens, “Two Steps Forward or One Step Back? *Anns* at the Crossroads in Canada” (1992), 20 *C.B.L.J.* 164, and Ivan F. Ivankovich, “Accountants and Third-Party Liabil-

ils ont été préparés revient, à mon avis, à une reconnaître tacitement que des considérations d'équité fondamentale peuvent parfois céder le pas à d'autres préoccupations urgentes. Tout simplement, ajouter d'autres conditions au critère applicable pour déterminer s'il existe une obligation de diligence offre un moyen de prendre en considération des questions de principe qui n'ont rien à voir avec la simple justice — mais qui ont néanmoins une importance fondamentale — pour déterminer si le défendeur devrait être forcé d'indemniser le demandeur pour les pertes qu'il a subies. En d'autres termes, ces autres conditions jouent un rôle restrictif fondé sur des principes quant à l'étendue de l'obligation de diligence dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence.

Ce point de vue est confirmé par les arrêts eux-mêmes. Dans *Caparo*, précité, à la p. 576, par exemple, lord Bridge renvoie au critère de la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) et de l'utilisation des déclarations aux fins de l'opération voulue, comme étant un [TRA-DUCTION] «mécanisme de restriction ou de contrôle [. . .] imposé à la responsabilité de l'auteur d'un préjudice économique financier envers ceux qui l'ont subi par suite de sa négligence» (je souligne). De même, dans l'arrêt *Haig*, précité, à la p. 476, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) analyse explicitement la question de principe soulevée par la responsabilité illimitée, avant de conclure que les états en cause dans *Haig* ont été utilisés aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés, et que le critère applicable pour déterminer l'existence d'une obligation de diligence dans l'affaire qui lui était soumise était la «connaissance expresse de la catégorie de personnes qui va utiliser l'état et s'y fier». (Voir également *Candler*, précité, à la p. 183, le lord juge Denning (dissent).) Certains auteurs de doctrine ont aussi adopté ce point de vue de la jurisprudence. (Voir, par exemple, Bruce Feldthusen, *Economic Negligence* (3<sup>e</sup> éd. 1994), aux pp. 93 à 100, où l'auteur explique que la méthode adoptée dans les arrêts *Haig* et *Caparo*, précités, pour définir l'obligation de diligence était motivée par des questions de

ity — Back to the Future” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 505, at p. 518.)

30

In light of this Court’s endorsement of the *Anns/Kamloops* test, however, enquiries concerning (a) the defendant’s knowledge of the identity of the plaintiff (or of the class of plaintiffs) and (b) the use to which the statements at issue are put may now quite properly be conducted in the second branch of that test when deciding whether or not policy considerations ought to negate or limit a *prima facie* duty that has already been found to exist. In other words, criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized for what they really are — policy-based means by which to curtail liability — and they can appropriately be considered under the policy branch of the *Anns/Kamloops* test. To understand exactly how this may be done and how these criteria are pertinent to the case at bar, it will first be useful to set out the prevailing policy concerns in some detail.

### (iii) Policy Considerations

31

As Cardozo C.J. explained in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, the fundamental policy consideration that must be addressed in negligent misrepresentation actions centres around the possibility that the defendant might be exposed to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. This potential problem can be seen quite vividly within the framework of the *Anns/Kamloops* test. Indeed, while the criteria of reasonable foreseeability and reasonable reliance serve to distinguish cases where a *prima facie* duty is owed from those where it is not, it is nevertheless true that in certain types of situations these

principe sous-jacentes; voir également Earl A. Cherniak et Kirk F. Stevens, «Two Steps Forward or One Step Back? *Anns* at the Crossroads in Canada» (1992), 20 *C.B.L.J.* 164, et Ivan F. Ivanovich, «Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 505, à la p. 518.)

Cependant, vu l’approbation par notre Cour du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, les examens concernant a) la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) par le défendeur, et b) l’utilisation qui est faite des déclarations en cause peuvent maintenant être effectués tout à fait à bon droit dans le cadre du second volet de ce critère, lorsqu’il est question de décider si des considérations de principe devraient annihiler ou limiter une obligation *prima facie* dont on a déjà conclu à l’existence. En d’autres termes, les critères qui ont été utilisés dans d’autres cas pour définir le critère juridique applicable pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence peuvent maintenant être reconnus pour ce qu’ils sont réellement — un moyen, fondé sur des principes, de diminuer la responsabilité — et ils peuvent être pris en considération à bon droit en vertu du volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* qui a trait aux questions de principe. Pour comprendre exactement comment cela peut être fait, et en quoi ces critères sont pertinents en l’espèce, il sera utile de commencer par exposer de façon assez détaillée les questions de principe prédominantes.

### (iii) Les considérations de principe

Comme le juge en chef Cardozo l’a expliqué dans *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A.N.Y. 1931), à la p. 444, la considération de principe fondamentale qui doit être abordée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence est axée sur la possibilité que le défendeur encoure [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée». Ce problème potentiel peut être perçu de façon tout à fait saisissante dans la structure même du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. En fait, alors que les critères de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable servent à distinguer les cas où il

criteria can, quite easily, be satisfied and absent some means by which to circumscribe the ambit of the duty, the prospect of limitless liability will loom.

The general area of auditors' liability is a case in point. In modern commercial society, the fact that audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential takeover bidders, investors, etc.) for a wide variety of purposes will almost always be reasonably foreseeable to auditors themselves. Similarly, the very nature of audited financial statements — produced, as they are, by professionals whose reputations (and, thereby, whose livelihoods) are at stake — will very often mean that any of those people would act wholly reasonably in placing their reliance on such statements in conducting their affairs. These observations are consistent with the following remarks of Dickson J. in *Haig, supra*, at pp. 475-76, with respect to the accounting profession generally:

The increasing growth and changing role of corporations in modern society has been attended by a new perception of the societal role of the profession of accounting. The day when the accountant served only the owner-manager of a company and was answerable to him alone has passed. The complexities of modern industry combined with the effects of specialization, the impact of taxation, urbanization, the separation of ownership from management, the rise of professional corporate managers, and a host of other factors, have led to marked changes in the role and responsibilities of the accountant, and in the reliance which the public must place upon his work. The financial statements of the corporations upon which he reports can affect the economic interests of the general public as well as of shareholders and potential shareholders.

(See also: Cherniak and Stevens, *supra*, at pp. 169-70.) In light of these considerations, the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for ascertaining a *prima facie* duty of care may well be satisfied in many (even if not all) negligent misstate-

existe une obligation *prima facie* de ceux où il n'en existe pas, il n'en est pas moins vrai que, dans certains types de situations, il peut être très facile de respecter ces critères et que, en l'absence de moyen de circonscrire l'étendue de l'obligation, la perspective d'une responsabilité illimitée planera.

Le domaine général de la responsabilité des vérificateurs est un bon exemple typique. Dans le monde commercial contemporain, les vérificateurs eux-mêmes peuvent presque toujours raisonnablement prévoir que différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront, pour toute une gamme de raisons, à leurs rapports de vérification. De façon similaire, la nature même des états financiers vérifiés — qui sont produits par des professionnels dont la réputation (et, par conséquent, le gagne-pain) est en jeu — signifiera très souvent que n'importe qui parmi ces gens agirait de façon tout à fait raisonnable en se fiant à ces états pour gérer ses affaires. Ces observations sont compatibles avec les remarques suivantes que le juge Dickson a faites, dans l'arrêt *Haig*, précité, aux pp. 475 et 476, relativement à la profession de comptable en général:

L'expansion et l'évolution des compagnies dans la société moderne se sont accompagnées d'une nouvelle perception du rôle social de la profession de comptable. L'époque où le comptable ne travaillait que pour le propriétaire-directeur d'une compagnie et n'était responsable qu'envers lui seul est révolue. La complexité de l'industrie moderne alliée aux effets de la spécialisation, aux répercussions de l'imposition, de l'urbanisation, la distinction entre la propriété et la direction, l'ascension des directeurs généraux professionnels et nombre d'autres facteurs ont sensiblement modifié le rôle et les responsabilités du comptable ainsi que la confiance que le public doit accorder à son travail. Par les rapports qu'il dresse sur la situation financière des compagnies, il peut influencer les intérêts économiques du grand public comme des actionnaires actuels ou éventuels.

(Voir également Cherniak et Stevens, *loc. cit.*, aux pp. 169 et 170.) À la lumière de ces considérations, le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence

ment suits against auditors and, consequently, the problem of indeterminate liability will often arise.

peut bien être respecté dans maintes actions (même si ce ne sont pas toutes les actions) intentées contre des vérificateurs pour renseignements inexacts donnés par négligence et, par conséquent, le problème de la responsabilité indéterminée se posera souvent.

33

Certain authors have argued that imposing broad duties of care on auditors would give rise to significant economic and social benefits in so far as the spectre of tort liability would act as an incentive to auditors to produce accurate (i.e., non-negligent) reports. (See, e.g.: Howard B. Wiener, "Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation" (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.) I would agree that deterrence of negligent conduct is an important policy consideration with respect to auditors' liability. Nevertheless, I am of the view that, in the final analysis, it is outweighed by the socially undesirable consequences to which the imposition of indeterminate liability on auditors might lead. Indeed, while indeterminate liability is problematic in and of itself inasmuch as it would mean that successful negligence actions against auditors could, at least potentially, be limitless, it is also problematic in light of certain related problems to which it might give rise.

Certains auteurs ont fait valoir qu'imposer des obligations générales de diligence aux vérificateurs engendrerait des avantages économiques et sociaux importants dans la mesure où le spectre de la responsabilité en matière délictuelle inciterait les vérificateurs à produire des rapports exacts (c.-à-d. non préparés avec négligence). (Voir, par exemple, Howard B. Wiener, «Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation» (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.) Je conviens que la dissuasion d'adopter une conduite négligente est une considération de principe importante en ce qui concerne la responsabilité des vérificateurs. Néanmoins, je suis d'avis qu'en définitive les conséquences sociales non souhaitables que pourrait entraîner l'imposition d'une responsabilité indéterminée aux vérificateurs l'emportent sur cette considération. En fait, bien que la responsabilité indéterminée pose un problème en soi, en ce sens qu'elle signifierait que les actions pour négligence intentées avec succès contre des vérificateurs pourraient, au moins potentiellement, être illimitées, elle pose aussi un problème compte tenu de certaines autres difficultés connexes qu'elle pourrait causer.

34

Some of the more significant of these problems are thus set out in Brian R. Cheffins, "Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow" (1991), 18 *C.B.L.J.* 118, at pp. 125-27:

In addition to providing only limited benefits, imposing widely drawn duties of care on auditors would probably generate substantial costs. . . .

One reason [for this] is that auditors would expend more resources trying to protect themselves from liability. For example, insurance premiums would probably rise since insurers would anticipate more frequent claims. Also, auditors would probably incur higher costs since they would try to rely more heavily on exclusion

Certains des problèmes les plus graves sont exposés ainsi dans Brian R. Cheffins, «Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow» (1991), 18 *C.B.L.J.* 118, aux pp. 125 à 127:

[TRADUCTION] En plus de ne produire que des avantages limités, l'imposition d'une obligation générale de diligence aux vérificateurs entraînerait probablement des coûts importants . . .

L'une des raisons [qui expliquent cela] est que les vérificateurs utiliseraient davantage de ressources pour tenter de se protéger contre la responsabilité. Par exemple, les primes d'assurance augmenteraient probablement, étant donné que les assureurs s'attendraient à des réclamations plus fréquentes. De plus, les vérifica-

clauses. Hiring lawyers to draft such clauses might be expensive because only the most carefully constructed provisions would be likely to pass judicial scrutiny . . .

Finally, auditors' opportunity costs would increase. Whenever members of an accounting firm have to spend time and effort preparing for litigation, they forego revenue generating accounting activity. More trials would mean that this would occur with greater frequency.

. . .

The higher costs auditors would face as a result of broad duties of care could have a widespread impact. For example, the supply of accounting services would probably be reduced since some marginal firms would be driven to the wall. Also, because the market for accounting services is protected by barriers to entry imposed by the profession, the surviving firms would pass [*sic*] at least some of the increased costs to their clients.

Professor Ivankovich describes similar sources of concern. While he acknowledges certain social benefits to which expansive auditors' liability might conduce, he also recognizes the potential difficulties associated therewith (at pp. 520-21):

... [expansive auditors' liability] is also likely to increase the time expended in the performance of accounting services. This will trigger a predictable negative impact on the timeliness of the financial information generated. It is equally likely to increase the cost of professional liability insurance and reduce its availability, and to increase the cost of accounting services which, as a result, may become less generally available. Additionally, it promotes "free ridership" on the part of reliant third parties and decreases their incentive to exercise greater vigilance and care and, as well, presents an increased risk of fraudulent claims.

Even though I do not share the discomfort apparently felt by Professors Cheffins and Ivankovich with respect to using an *Anns*-type test in the context of negligent misrepresentation actions (See:

teurs feraient probablement face à des coûts plus élevés étant donné qu'ils essaieraient d'invoquer davantage des clauses d'exclusion. Le recours aux services d'avocats pour la rédaction de ces clauses pourrait être coûteuse, étant donné que seules les stipulations les plus soigneusement rédigées seraient susceptibles de résister à l'examen judiciaire. . .

Finalement, les coûts d'opportunité des vérificateurs augmenteraient. Chaque fois que les membres d'un cabinet de comptables doivent consacrer du temps et des efforts pour se préparer à un litige, ils doivent renoncer à une activité comptable qui produit un revenu. Un plus grand nombre de procès signifierait qu'une telle situation serait plus fréquente.

. . .

La hausse des coûts à laquelle les vérificateurs feraient face, en raison d'une obligation générale de diligence, pourrait avoir une incidence d'une grande envergure. Par exemple, la prestation de services de comptabilité serait probablement réduite du fait que certains cabinets marginaux seraient acculés au pied du mur. En outre, étant donné que le marché des services de comptabilité est protégé par des barrières corporatives, les cabinets survivants refileraient au moins une partie de la hausse des coûts à leurs clients.

Le professeur Ivankovich énonce d'autres sources semblables d'inquiétude. Tout en reconnaissant qu'une responsabilité accrue des vérificateurs pourrait engendrer certains avantages sociaux, il reconnaît aussi les difficultés qui sont susceptibles d'en découler (aux pp. 520 et 521):

[TRADUCTION] ... [une responsabilité accrue des vérificateurs] est susceptible d'accroître le temps consacré à la prestation des services de comptabilité. Cela aura un effet négatif prévisible sur l'actualité des renseignements financiers fournis. Elle est également susceptible d'accroître le coût de l'assurance-responsabilité professionnelle et d'en réduire la disponibilité, ainsi que d'augmenter le coût des services de comptabilité qui peuvent, en conséquence de cela, devenir moins disponibles en général. De plus, elle favorise la «resquille» chez des tiers confiants et diminue leur motivation à faire preuve de plus de vigilance et de prudence, et elle accroît aussi le risque de réclamations frauduleuses.

Bien que je ne ressente pas le malaise que ressentent apparemment les professeurs Cheffins et Ivankovich à l'égard de l'utilisation d'un critère du type de l'arrêt *Anns* dans le contexte d'actions pour

Cheffins, *supra*, at pp. 129-31, and Ivankovich, *supra*, at p. 530), I nevertheless agree with their assessment of the possible consequences to both auditors and the public generally if liability for negligently prepared audit reports were to go unchecked.

35

I should, at this point, explain that I am aware of the arguments put forth by certain scholars and judges to the effect that concerns over indeterminate liability have sometimes been overstated. (See, e.g.: J. Edgar Sexton and John W. Stevens, "Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities", in *Professional Responsibility in Civil Law and Common Law* (Meredith Memorial Lectures, McGill University, 1983-84) (1985), 88, at pp. 101-2; and *H. Rosenblum (1983), Inc. v. Adler*, 461 A.2d 138 (N.J. 1983), at p. 152, *per* Schreiber J.) Arguments to this effect rest essentially on the premise that actual liability will be limited in so far as a plaintiff will not be successful unless both negligence and reliance are established in addition to a duty of care. While it is true that damages will not be owing by the defendant unless these other elements of the cause of action are proved, neither the difficulty of proving negligence nor that of proving reliance will preclude a disgruntled plaintiff from bringing an action against an auditor and such actions would, we may assume, be all the more common were the establishment of a duty of care in any given case to amount to nothing more than a mere matter of course. This eventuality could pose serious problems both for auditors, whose legal costs would inevitably swell, and for courts, which, no doubt, would feel the pressure of increased litigation. Thus, the prospect of burgeoning negligence suits raises serious concerns, even if we assume that the arguments positing proof of negligence and reliance as a barrier to liability are correct. In my view, therefore, it makes more sense to circumscribe the ambit of the duty of care than to assume that difficulties in proving negligence and reliance will afford sufficient protection to auditors, since this approach avoids both

déclaration inexacte faite par négligence (voir Cheffins, *loc. cit.*, aux pp. 129 à 131, et Ivankovich, *loc. cit.*, à la p. 530), je suis néanmoins d'accord avec leur appréciation des conséquences possibles tant pour les vérificateurs que pour le public en général si jamais la responsabilité pour les rapports de vérification préparés avec négligence n'est pas sanctionnée.

Je tiens ici à expliquer que je suis conscient des arguments avancés par certains auteurs de doctrine et des juges, selon lesquels les craintes relatives à la responsabilité indéterminée ont parfois été exagérées. (Voir, par exemple, J. Edgar Sexton et John W. Stevens, «Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities», dans *La responsabilité professionnelle de droit civil et de common law* (Conférences commémoratives Meredith, Université McGill, 1983-84) (1985), 88, aux pp. 101 et 102, et *H. Rosenblum (1983), Inc. c. Adler*, 461 A.2d 138 (N.J. 1983), à la p. 152, le juge Schreiber.) Les arguments en ce sens reposent essentiellement sur la prémisse que la responsabilité réelle sera limitée dans la mesure où le demandeur n'aura gain de cause que si l'existence de négligence et de confiance est établie, en plus de celle d'une obligation de diligence. Bien qu'il soit vrai que le défendeur ne devra aucuns dommages-intérêts à moins que ces autres éléments de la cause d'action ne soient établis, ni la difficulté d'établir la négligence ni celle d'établir la confiance n'empêcheront un demandeur mécontent d'intenter une action contre un vérificateur, et de telles actions seraient, pouvons-nous le supposer, d'autant plus fréquentes si, dans toute affaire, la preuve de l'existence d'une obligation de diligence n'était rien de plus que quelque chose de tout à fait normal. Cette éventualité pourrait causer de graves problèmes tant aux vérificateurs, dont les frais de justice augmenteraient inévitablement, qu'aux tribunaux qui, sans aucun doute, sentiraient la pression d'un plus grand nombre de litiges. Ainsi, la perspective d'une multiplication des actions pour négligence suscite des craintes sérieuses, même en supposant que les arguments qui posent la preuve de la négligence et de la confiance comme un obstacle à la responsabilité sont exacts. J'estime donc qu'il est plus logique de circonscrire l'étendue de l'obliga-

“indeterminate liability” and “indeterminate litigation”.

As I have thus far attempted to demonstrate, the possible repercussions of exposing auditors to indeterminate liability are significant. In applying the two-stage *Anns/Kamloops* test to negligent misrepresentation actions against auditors, therefore, policy considerations reflecting those repercussions should be taken into account. In the general run of auditors' cases, concerns over indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care. But while such concerns may exist in most such cases, there may be particular situations where they do not. In other words, the specific factual matrix of a given case may render it an “exception” to the general class of cases in that while (as in most auditors' liability cases) considerations of proximity under the first branch of the *Anns/Kamloops* test might militate in favour of finding that a duty of care inheres, the typical concerns surrounding indeterminate liability do not arise. This needs to be explained.

As discussed earlier, looking to factors such as “knowledge of the plaintiff (or an identifiable class of plaintiffs) on the part of the defendant” and “use of the statements at issue for the precise purpose or transaction for which they were prepared” really amounts to an attempt to limit or constrain the scope of the duty of care owed by the defendants. If the purpose of the *Anns/Kamloops* test is to determine (a) whether or not a *prima facie* duty of care exists and then (b) whether or not that duty ought to be negated or limited, then factors such as these ought properly to be considered in the second branch of the test once the first branch concerning “proximity” has been found to be satisfied. To my

tion de diligence que de tenir pour acquis que la difficulté de prouver l'existence de négligence et de confiance protégera suffisamment les vérificateurs, étant donné que cette méthode permet d'éviter tant la «responsabilité indéterminée» que les «litiges indéterminés».

Comme j'ai tenté de le démontrer jusqu'à maintenant, les répercussions possibles du fait que les vérificateurs soient exposés à une responsabilité indéterminée sont importantes. En appliquant le critère à deux volets des arrêts *Anns* et *Kamloops* aux actions intentées contre des vérificateurs pour déclaration inexacte faite par négligence, il faudrait donc tenir compte des considérations de principe qui reflètent ces répercussions. Dans le cours normal des affaires mettant en cause des vérificateurs, les craintes relatives à la responsabilité indéterminée contribueront à annihiler une obligation *prima facie* de diligence. Mais, bien que ces craintes puissent exister dans la plupart de ces cas, il peut y avoir des situations particulières où il n'y en a pas. En d'autres termes, le contexte particulier d'une affaire donnée peut en faire une «exception» à la catégorie générale d'affaires, en ce sens que, alors que des considérations de lien étroit en vertu du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* pourraient militer en faveur d'une conclusion à l'existence d'une obligation de diligence (comme dans la plupart des cas de responsabilité de vérificateurs), les craintes qui entourent habituellement la responsabilité indéterminée n'existent pas. Cela nécessite une explication.

Comme nous l'avons vu, l'examen de facteurs comme la «connaissance du demandeur (ou d'une catégorie distinctive de demandeurs) par le défendeur» et l'«utilisation des déclarations en cause dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels ils ont été préparés» revient, en réalité, à tenter de limiter ou de circonscrire la portée de l'obligation de diligence des défendeurs. Si le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* vise à déterminer a) s'il existe une obligation *prima facie* de diligence et b) si cette obligation devrait être annihilée ou limitée, alors il conviendrait que des facteurs comme ceux-là soient pris en considération pour l'application du second volet du critère, une fois que l'on a con-

mind, the presence of such factors in a given situation will mean that worries stemming from indeterminacy should not arise, since the scope of potential liability is sufficiently delimited. In other words, in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant's statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed. Consequently, such considerations will not override a positive finding on the first branch of the *Anns/Kamloops* test and a duty of care may quite properly be found to exist.

38

As I see it, this line of reasoning serves to explain the holding of Cardozo J. (as he then was) in *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y.C.A. 1922). There, the New York Court of Appeals held that the defendant weigher was liable in damages for having negligently prepared a weight certificate he knew would be given to the plaintiff, who relied upon it for the specific purpose for which it was issued. In reaching his decision, Cardozo J. explicitly noted that the weight certificate was used for the very "end and aim of the transaction" and not for any collateral or unintended purpose (*Glanzer, supra*, at p. 275). On the facts of *Glanzer, supra*, then, the scope of the defendant's liability could readily be delimited and indeterminacy, therefore, was not a concern.

39

The same idea serves to explain the rationale underlying the seminal judgment of the House of Lords in *Hedley Byrne, supra*. While that case did not involve an action against auditors, similar concerns about indeterminate liability were, nonetheless, clearly relevant. On the facts of *Hedley Byrne, supra*, the defendant bank provided a negli-

clu qu'il a été satisfait au premier volet concernant le «lien étroit». À mon avis, la présence de ces facteurs dans une situation donnée signifiera que l'indétermination ne devrait pas être un sujet d'inquiétude, étant donné que l'étendue d'une responsabilité éventuelle est suffisamment délimitée. En d'autres termes, dans les cas où le défendeur connaît le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et où les déclarations du défendeur sont utilisées précisément dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites, les considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée sont dénuées d'intérêt étant donné que l'étendue de la responsabilité peut facilement être circonscrite. Par conséquent, ces considérations ne l'emporteront pas sur une conclusion positive relativement au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, et il sera tout à fait possible de conclure à bon droit à l'existence d'une obligation de diligence.

Selon moi, ce raisonnement permet d'expliquer la décision du juge Cardozo (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (C.A.N.Y. 1922). Dans cette affaire, la Court of Appeals de New York a statué que le défendeur peseur était responsable des dommages résultant de la négligence dont il avait fait preuve en préparant un certificat de pesée qui, à sa connaissance, serait remis au demandeur, qui s'y était fié aux fins pour lesquelles il avait été délivré. En rendant sa décision, le juge Cardozo a fait remarquer expressément que le certificat de pesée avait été utilisé précisément [TRADUCTION] «aux fins de l'opération», et non pour quelque fin connexe ou non voulue (*Glanzer, précité*, à la p. 275). Alors, d'après les faits de l'arrêt *Glanzer, précité*, la responsabilité du défendeur pouvait être facilement délimitée et la question de l'indétermination ne se posait donc pas.

La même idée permet d'expliquer le raisonnement de l'arrêt charnière de la Chambre des lords *Hedley Byrne, précité*. Même s'il n'était pas question, dans cette affaire, d'une action contre des vérificateurs, des craintes similaires au sujet d'une responsabilité indéterminée étaient néanmoins clairement pertinentes. Selon les faits de *Hedley*

gently prepared credit reference in respect of one of its customers to another bank which, to the knowledge of the defendants, passed on the information to the plaintiff for a stipulated purpose. The plaintiff relied on the credit reference for the specific purpose for which it was prepared. The House of Lords found that but for the presence of a disclaimer, the defendants would have been liable to the plaintiff in negligence. While indeterminate liability would have raised some concern to the Lords had the plaintiff not been known to the defendants or had the credit reference been used for a purpose or transaction other than that for which it was actually prepared, no such difficulties about indeterminacy arose on the particular facts of the case.

This Court's decision in *Haig, supra*, can be seen to rest on precisely the same basis. There, the defendant accountants were retained by a Saskatchewan businessman, one Scholler, to prepare audited financial statements of Mr. Scholler's corporation. At the time they were engaged, the accountants were informed by Mr. Scholler that the audited statements would be used for the purpose of attracting a \$20,000 investment in the corporation from a limited number of potential investors. The audit was conducted negligently and the plaintiff investor, who was found to have relied on the audited statements in making his investment, suffered a loss. While Dickson J. was clearly cognizant of the potential problem of indeterminacy arising in the context of auditors' liability (at p. 476), he nevertheless found that the defendants owed the plaintiff a duty of care. In my view, his conclusion was eminently sound given that the defendants were informed by Mr. Scholler of the class of persons who would rely on the report and the report was used by the plaintiff for the specific purpose for which it was prepared. Dickson J. himself expressed this idea as follows, at p. 482:

*Byrne*, précité, la banque défenderesse avait donné, au sujet de l'un de ses clients, des références de crédit préparées avec négligence à une autre banque qui, à la connaissance de la défenderesse, avait transmis l'information à la demanderesse dans un but précis. La demanderesse s'était fiée aux références de crédit aux fins pour lesquelles elles avaient été préparées. La Chambre des lords a conclu que, n'eût été la présence d'une clause d'exonération, la défenderesse aurait été reconnue responsable pour cause de négligence envers la demanderesse. Même si la responsabilité indéterminée aurait suscité une certaine inquiétude chez les lords juges si la demanderesse n'avait pas été connue de la défenderesse ou si les références de crédit avaient été utilisées dans le but ou aux fins d'une opération autres que ceux pour lesquels elles avaient été préparées, les faits de cette affaire n'ont posé aucune difficulté au sujet de l'indétermination.

L'arrêt *Haig*, précité, de notre Cour peut être considéré comme reposant précisément sur le même fondement. Dans cet arrêt, un homme d'affaires de la Saskatchewan, un dénommé Scholler, avait retenu les services des comptables défendeurs pour qu'ils préparent les états financiers vérifiés de sa société. Au moment d'être embauchés, les comptables ont été informés par M. Scholler que les états vérifiés serviraient à inciter un nombre limité d'investisseurs potentiels à investir 20 000 \$ dans la société. La vérification a été effectuée avec négligence et l'investisseur demandeur qui, a-t-on conclu, s'était fié aux états vérifiés pour faire son placement, a subi une perte. Bien que le juge Dickson ait été nettement au courant du problème potentiel de l'indétermination dans le contexte de la responsabilité de vérificateurs (à la p. 476), il a néanmoins conclu que les défendeurs avaient une obligation de diligence envers le demandeur. À mon avis, cette conclusion est très bien fondée, vu que les défendeurs avaient été informés par M. Scholler de la catégorie de personnes qui se fieraient au rapport et que ce rapport avait été utilisé par le demandeur aux fins mêmes pour lesquelles il avait été préparé. Le juge Dickson a lui-même exprimé cette idée de la façon suivante, à la p. 482:

The case before us is closer to *Glanzer* than to *Ultramares*. The very end and aim of the financial statements prepared by the accountants in the present case was to secure additional financing for the company from [a Saskatchewan government agency] and an equity investor; the statements were required primarily for these third parties and only incidentally for use by the company.

On the facts of *Haig*, then, the auditors were properly found to owe a duty of care because concerns over indeterminate liability did not arise. I would note that this view of the rationale behind *Haig*, *supra*, is shared by Professor Feldthusen. (See Feldthusen, *supra*, at pp. 98-100.)

41 The foregoing analysis should render the following points clear. A *prima facie* duty of care will arise on the part of a defendant in a negligent misrepresentation action when it can be said (a) that the defendant ought reasonably to have foreseen that the plaintiff would rely on his representation and (b) that reliance by the plaintiff, in the circumstances, would be reasonable. Even though, in the context of auditors' liability cases, such a duty will often (even if not always) be found to exist, the problem of indeterminate liability will frequently result in the duty being negated by the kinds of policy considerations already discussed. Where, however, indeterminate liability can be shown not to be a concern on the facts of a particular case, a duty of care will be found to exist. Having set out the law governing the appellants' claims, I now propose to apply it to the facts of the appeal.

#### (iv) Application to the Facts

42 In my view, there can be no question that a *prima facie* duty of care was owed to the appellants by the respondents on the facts of this case. As regards the criterion of reasonable foreseeability, the possibility that the appellants would rely on the audited financial statements in conducting their affairs and that they may suffer harm if the reports

L'affaire qui nous occupe ressemble davantage à *Glanzer* qu'à *Ultramares*. En l'espèce, l'objet véritable des états financiers dressés par les comptables était d'assurer à la compagnie l'aide financière [d'une organisme gouvernemental de la Saskatchewan] et d'un investisseur de capitaux; les états avaient été demandés en premier lieu pour ces tiers et seulement accessoirement pour la compagnie.

Ainsi, compte tenu des faits de l'arrêt *Haig*, on a conclu à bon droit que les vérificateurs avaient une obligation de diligence, parce que les craintes concernant une responsabilité indéterminée n'existaient pas. Je ferais remarquer que cette perception du raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Haig*, précité, est partagée par le professeur Feldthusen. (Voir Feldthusen, *op. cit.*, aux pp. 98 à 100.)

L'analyse qui précède devrait permettre d'éclaircir les points suivants. Une obligation *prima facie* de diligence incombe au défendeur dans une action pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu'on peut affirmer a) que le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et b) que la confiance accordée par le demandeur était raisonnable dans les circonstances. Même si, en matière de responsabilité des vérificateurs, on conclut souvent (quoique pas toujours) à l'existence d'une telle obligation, le problème de la responsabilité indéterminée fait souvent en sorte que l'obligation est annihilée par le genre de considérations de principe déjà analysées. Cependant, lorsqu'il est possible de démontrer que la question de la responsabilité indéterminée ne se pose pas d'après les faits d'une affaire donnée, on conclura à l'existence d'une obligation de diligence. Après avoir énoncé le droit applicable aux actions des appelants, je me propose maintenant de l'appliquer aux faits du présent pourvoi.

#### (iv) Application aux faits

À mon avis, il n'y a pas de doute que, d'après les faits de la présente affaire, les intimés avaient une obligation *prima facie* de diligence envers les appelants. En ce qui a trait au critère de la prévisibilité raisonnable, la possibilité que les appelants se fient aux états financiers vérifiés pour gérer leurs affaires et qu'ils subissent un préjudice si les

were negligently prepared must have been reasonably foreseeable to the respondents. This is confirmed simply by the fact that shareholders generally will often choose to rely on audited financial statements for a wide variety of purposes. It is further confirmed by the fact that under ss. 149(1) and 163(1) of the *Manitoba Corporations Act*, it is patently clear that audited financial statements are to be placed before the shareholders at the annual general meeting. The relevant portions of those sections read as follows:

**149(1)** The directors of a corporation shall place before the shareholders at every annual meeting

. . .

(b) the report of the auditor, if any; and

. . .

**163(1)** An auditor of a corporation shall make the examination that is in his opinion necessary to enable him to report in the prescribed manner on the financial statements required by this Act to be placed before the shareholders, except such financial statements or part thereof as relate to the period referred to in sub-clause 149(1)(a)(ii).

In my view, it would be untenable to argue in the face of these provisions that some form of reliance by shareholders on the audited reports would be unforeseeable.

Similarly, I would find that reliance on the audited statements by the appellant shareholders would, on the facts of this case, be reasonable. Professor Feldthusen (at pp. 62-63) sets out five general *indicia* of reasonable reliance; namely:

- (1) The defendant had a direct or indirect financial interest in the transaction in respect of which the representation was made.
- (2) The defendant was a professional or someone who possessed special skill, judgment, or knowledge.
- (3) The advice or information was provided in the course of the defendant's business.

rappports étaient préparés avec négligence doit avoir été raisonnablement prévisible pour les intimés. Cela est confirmé simplement par le fait qu'en général les actionnaires choisissent souvent de se fier à des états financiers vérifiés à des fins très diverses. Cela est en outre confirmé par le fait que, en vertu des par. 149(1) et 163(1) de la *Loi sur les corporations* du Manitoba, il est manifeste que des états financiers vérifiés doivent être présentés aux actionnaires lors de leur assemblée générale annuelle. Les parties pertinentes de ses paragraphes sont les suivantes:

**149(1)** Les administrateurs doivent, à l'assemblée annuelle, présenter aux actionnaires:

. . .

b) le rapport du vérificateur, s'il a été établi;

. . .

**163(1)** Le vérificateur doit procéder à l'examen qu'il estime nécessaire pour faire rapport, de la manière prescrite, sur les états financiers que la présente loi ordonne de présenter aux actionnaires, à l'exception des états financiers se rapportant à la période visée au sous-alinéa 149(1)a)(ii).

À mon avis, on ne pourrait pas soutenir, à la lecture de ces dispositions, qu'il était imprévisible que les actionnaires se fieraient de quelque manière que ce soit aux rapports vérifiés.

De même, je conclurais que, d'après les faits de la présente affaire, il était raisonnable que les actionnaires appelants se fient aux états vérifiés. Le professeur Feldthusen (aux pp. 62 et 63) énonce cinq indices généraux de confiance raisonnable, soit:

[TRADUCTION]

- (1) Le défendeur avait directement ou indirectement un intérêt financier dans l'opération visée par la déclaration.
- (2) Le défendeur était un professionnel ou une personne possédant des aptitudes, une capacité de discernement ou des connaissances particulières.
- (3) Le conseil ou le renseignement a été donné dans le cours des affaires du défendeur.

- (4) The information or advice was given deliberately, and not on a social occasion.
- (5) The information or advice was given in response to a specific enquiry or request.

While these *indicia* should not be understood to be a strict “test” of reasonableness, they do help to distinguish those situations where reliance on a statement is reasonable from those where it is not. On the facts here, the first four of these *indicia* clearly inhere. To my mind, then, this aspect of the *prima facie* duty is unquestionably satisfied on the facts.

44 Having found a *prima facie* duty to exist, then, the second branch of the *Anns/Kamloops* test remains to be considered. It should be clear from my comments above that were auditors such as the respondents held to owe a duty of care to plaintiffs in all cases where the first branch of the *Anns/Kamloops* test was satisfied, the problem of indeterminate liability would normally arise. It should be equally clear, however, that in certain cases, this problem does not arise because the scope of potential liability can adequately be circumscribed on the facts. An investigation of whether or not indeterminate liability is truly a concern in the present case is, therefore, required.

45 At first blush, it may seem that no problems of indeterminate liability are implicated here and that this case can easily be likened to *Glanzer, supra*, *Hedley Byrne, supra*, and *Haig, supra*. After all, the respondents knew the very identity of all the appellant shareholders who claim to have relied on the audited financial statements through having acted as NGA’s and NGH’s auditors for nearly 10 years by the time the first of the audit reports at issue in this appeal was prepared. It would seem plausible to argue on this basis that because the identity of the plaintiffs was known to the respondents at the time of preparing the 1980-82 reports, no concerns over indeterminate liability arise.

- (4) Le renseignement ou le conseil a été donné délibérément, et non dans le cadre d’un événement social.
- (5) Le renseignement ou le conseil a été donné en réponse à une question précise.

Même si ces indices ne devraient pas être considérés comme un «critère» strict de caractère raisonnable, ils aident à distinguer les situations où il est raisonnable de se fier à une déclaration de celles où il n’est pas raisonnable de le faire. Les quatre premiers indices sont nettement présents d’après les faits de la présente affaire. Je considère donc que, d’après les faits, cet aspect de l’obligation *prima facie* a été respecté.

Ayant conclu à l’existence d’une obligation *prima facie*, il me reste à examiner le deuxième volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Il devrait ressortir clairement des commentaires que j’ai faits plus haut que si on concluait que des vérificateurs comme les intimés ont une obligation de diligence envers les demandeurs dans tous les cas où il a été satisfait au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, le problème de la responsabilité indéterminée se poserait normalement. Toutefois, il devrait être également clair que, dans certains cas, ce problème ne se pose pas parce que l’étendue de la responsabilité éventuelle peut être suffisamment circonscrite selon les faits. Il est donc nécessaire de se demander si la question de la responsabilité indéterminée se pose réellement en l’espèce.

À première vue, il peut sembler qu’il n’y a aucun problème de responsabilité indéterminée ici et que la présente affaire peut facilement être assimilée aux arrêts *Glanzer*, *Hedley Byrne* et *Haig*, précités. Après tout, les intimés connaissaient exactement l’identité de tous les actionnaires appelants qui affirment s’être fiés aux états financiers vérifiés, du fait qu’ils étaient les vérificateurs de NGA et de NGH depuis près de 10 ans lorsqu’ils ont préparé le premier des rapports en cause dans le présent pourvoi. Il semblerait plausible de soutenir, compte tenu de cela, parce que l’identité des demandeurs étaient connue des intimés au moment de la préparation des rapports de 1980 à 1982, aucune crainte ne se pose au sujet de la responsabilité indéterminée.

To arrive at this conclusion without further analysis, however, would be to move too quickly. While knowledge of the plaintiff (or of a limited class of plaintiffs) is undoubtedly a significant factor serving to obviate concerns over indeterminate liability, it is not, alone, sufficient to do so. In my discussion of *Glanzer, supra*, *Hedley Byrne, supra*, and *Haig, supra*, I explained that indeterminate liability did not inhere on the specific facts of those cases not only because the defendant knew the identity of the plaintiff (or the class of plaintiffs) who would rely on the statement at issue, but also because the statement itself was used by the plaintiff for precisely the purpose or transaction for which it was prepared. The crucial importance of this additional criterion can clearly be seen when one considers that even if the specific identity or class of potential plaintiffs is known to a defendant, use of the defendant's statement for a purpose or transaction other than that for which it was prepared could still lead to indeterminate liability.

For example, if an audit report which was prepared for a corporate client for the express purpose of attracting a \$10,000 investment in the corporation from a known class of third parties was instead used as the basis for attracting a \$1,000,000 investment or as the basis for inducing one of the members of the class to become a director or officer of the corporation or, again, as the basis for encouraging him or her to enter into some business venture with the corporation itself, it would appear that the auditors would be exposed to a form of indeterminate liability, even if they knew precisely the identity or class of potential plaintiffs to whom their report would be given. With respect to the present case, then, the central question is whether or not the appellants can be said to have used the 1980-82 audit reports for the specific purpose for which they were prepared. The answer to this question will determine whether or not policy considerations surrounding indeterminate liability ought to negate the *prima facie* duty of care owed by the respondents.

46

Tirer cette conclusion sans approfondir l'analyse serait cependant aller trop vite. Bien qu'il ne fasse aucun doute que la connaissance du demandeur (ou d'une catégorie limitée de demandeurs) est un facteur important pour parer aux craintes relatives à la responsabilité indéterminée, elle n'est pas suffisante à elle seule pour le faire. Dans l'analyse que j'ai faite des arrêts *Glanzer, Hedley Byrne* et *Haig*, précités, j'ai expliqué qu'il n'y avait pas de responsabilité indéterminée d'après les faits de ces affaires, non seulement parce que le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) qui se fierait au relevé en cause, mais aussi parce que le relevé même avait été utilisé par le demandeur exactement dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels il avait été préparé. On peut voir clairement l'importance cruciale de cet autre critère lorsque l'on considère que, même si le défendeur connaît précisément l'identité ou la catégorie de demandeurs potentiels, l'utilisation de l'état dressé par le défendeur dans un autre but ou aux fins d'une autre opération que ceux pour lesquels il a été préparé pourrait encore mener à une responsabilité indéterminée.

47

Par exemple, si un rapport de vérification préparé pour une entreprise cliente, dans le but exprès d'inciter une catégorie connue de tiers à investir une somme de 10 000 \$ dans l'entreprise, était plutôt utilisé pour attirer un investissement de 1 000 000 \$ ou pour inciter un membre de cette catégorie à devenir administrateur ou dirigeant de l'entreprise ou, encore, pour l'encourager à se lancer dans une opération commerciale avec l'entreprise même, il apparaîtrait que les vérificateurs seraient exposés à une forme de responsabilité indéterminée, même s'ils connaissaient précisément l'identité ou la catégorie des demandeurs potentiels à qui leur rapport serait remis. En ce qui concerne la présente affaire, la question cruciale est donc de savoir si on peut affirmer que les appellants ont utilisé les rapports de vérification de 1980 à 1982 aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés. La réponse à cette question déterminera si des considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée devraient annihiler l'obligation *prima facie* de diligence des intimés.

48

What, then, is the purpose for which the respondents' audit statements were prepared? This issue was eloquently discussed by Lord Oliver in *Caparo, supra*, at p. 583:

My Lords, the primary purpose of the statutory requirement that a company's accounts shall be audited annually is almost self-evident. . . . The management is confided to a board of directors which operates in a fiduciary capacity and is answerable to and removable by the shareholders who can act, if they act at all, only collectively and only through the medium of a general meeting. Hence the legislative provisions requiring the board annually to give an account of its stewardship to a general meeting of the shareholders. This is the only occasion in each year on which the general body of shareholders is given the opportunity to consider, to criticise and to comment on the conduct by the board of the company's affairs, to vote the directors' recommendation as to dividends, to approve or disapprove the directors' remuneration and, if thought desirable, to remove and replace all or any of the directors. It is the auditors' function to ensure, so far as possible, that the financial information as to the company's affairs prepared by the directors accurately reflects the company's position in order first, to protect the company itself from the consequences of undetected errors or, possibly, wrongdoing . . . and, second, to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company's affairs and to exercise their collective powers to reward or control or remove those to whom that conduct has been confided. [Emphasis added.]

Similarly, Farley J. held in *Roman Corp. Ltd. v. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248 (Gen. Div.), at p. 260 (hereinafter *Roman I*) that

as a matter of law the only purpose for which shareholders receive an auditor's report is to provide the shareholders with information for the purpose of overseeing the management and affairs of the corporation and not for the purpose of guiding personal investment decisions or personal speculation with a view to profit.

(See also: *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10 (Ont. Gen. Div.)) Lord Oliver was referring to the relevant provisions of the U.K. *Companies Act 1985* (U.K.), 1985, c. 6, in making his pronouncements, and Farley J.

Quelles sont donc les fins pour lesquelles les états vérifiés ont été préparés par les intimés? Cette question a été éloquentement analysée par lord Oliver dans l'arrêt *Caparo*, précité, à la p. 583:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, la principale raison pour laquelle la Loi exige que les comptes d'une société soient vérifiés annuellement est presque évidente en soi. [. . .] La gestion est confiée à un conseil d'administration qui agit à titre de fiduciaire et doit répondre aux actionnaires qui peuvent le destituer. Ces actionnaires ne peuvent agir, s'ils décident de le faire, que collectivement et au moyen d'une assemblée générale. D'où les dispositions de la Loi exigeant que le conseil rende compte de sa gérance annuellement à une assemblée générale des actionnaires. Chaque année, c'est la seule occasion où l'ensemble des actionnaires a la possibilité d'examiner, de critiquer et de commenter la gestion des affaires de la société par le conseil d'administration, de voter sur les recommandations des administrateurs quant aux dividendes, d'approuver ou non la rémunération des administrateurs et, s'ils le jugent souhaitable, de destituer et de remplacer l'ensemble ou une partie des administrateurs. Il appartient aux vérificateurs de s'assurer, autant que possible, que l'information financière relative aux affaires de la société préparée par les administrateurs reflète exactement la situation de la société, afin, premièrement, de protéger la société elle-même contre les conséquences d'erreurs ou, peut-être, de fautes non décelées [. . .] et, deuxièmement, de fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner soigneusement la gestion des affaires de la société et d'exercer leurs pouvoirs collectifs de récompenser, de contrôler ou de destituer ceux à qui cette gestion a été confiée. [Je souligne.]

De même, le juge Farley a statué dans *Roman Corp. Ltd. c. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248 (Div. gén.), à la p. 260 (ci-après *Roman I*) que

[TRADUCTION] sur le plan du droit, le rapport des vérificateurs que les actionnaires reçoivent ne vise qu'à leur fournir des renseignements qui leur permettront de surveiller la gestion et les affaires de la société, et non à les guider dans des décisions personnelles d'investir ou de spéculer dans le but de réaliser un gain.

(Voir aussi *Roman Corp. c. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10 (Div. gén. Ont.)) En tenant ses propos, lord Oliver faisait allusion aux dispositions pertinentes de la *Companies Act 1985* (R.-U.), 1985, ch. 6, et le juge Farley a rendu son

rendered his judgment against the backdrop of the statutory audit requirements set out in the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.

To my mind, the standard purpose of providing audit reports to the shareholders of a corporation should be regarded no differently under the analogous provisions of the Manitoba *Corporations Act*. Thus, the directors of a corporation are required to place the auditors' report before the shareholders at the annual meeting in order to permit the shareholders, as a body, to make decisions as to the manner in which they want the corporation to be managed, to assess the performance of the directors and officers, and to decide whether or not they wish to retain the existing management or to have them replaced. On this basis, it may be said that the respondent auditors' purpose in preparing the reports at issue in this case was, precisely, to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management.

The appellants, however, submit that, in addition to this statutorily mandated purpose, the respondents further agreed to perform their audits for the purpose of providing the appellants with information on the basis of which they could make personal investment decisions. They base this claim largely on a conversation that allegedly took place at the 1978 meeting between Mr. Cox, Mr. Freed and Mr. Korn, as well as on certain passages of the engagement letter sent to them by the respondents. I have read the relevant portions of the record on this question and I am unable to accept the appellants' submission. Indeed, on examination for discovery, Mr. Freed discussed the engagement letter of the respondents and stated as follows:

Q It is this that you say is the document that says, it will speak for itself, but you interpret it to mean that they [the respondents] will look after your interests specifically [*sic*]? . . .

A I am saying that I took for granted that that was their duty.

jugement dans le contexte des exigences de vérification imposées par la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16.

Dans mon esprit, le but normal de la présentation de rapports de vérification aux actionnaires d'une société ne devrait pas être considéré différemment sous le régime des dispositions analogues contenues dans la *Loi sur les corporations* du Manitoba. Ainsi, les administrateurs d'une société doivent présenter le rapport des vérificateurs aux actionnaires, lors de l'assemblée annuelle, afin de leur permettre, en tant qu'entité, de prendre des décisions quant à la façon dont ils veulent que la société soit gérée, d'évaluer le rendement des administrateurs et des dirigeants, et de décider s'ils veulent les garder en poste ou les remplacer. On peut donc dire que le dessein que les vérificateurs intimés voulaient accomplir, en l'espèce, en préparant les rapports en question était précisément d'aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion.

Les appelants soutiennent cependant que, en plus de ce but imposé par la Loi, les intimés ont aussi consenti à effectuer leurs vérifications afin de fournir aux appelants des renseignements sur lesquels ils pourraient se fonder pour prendre des décisions personnelles en matière de placement. Ils fondent en grande partie cet argument sur une conversation qui aurait eu lieu lors de la rencontre de 1978 à laquelle ont pris part MM. Cox, Freed et Korn, de même que sur certains passages de la lettre de mission que leur avaient envoyée les intimés. J'ai lu les parties du dossier qui se rapportent à cette question et je suis incapable de retenir l'argument des appelants. En fait, lors de l'interrogatoire préalable, M. Freed a affirmé ce qui suit au sujet de la lettre de mission des intimés:

[TRADUCTION]

Q C'est ce que vous dites être le document qui dit, cela se passera de commentaires, mais vous considérez que cela signifie qu'ils [les intimés] s'occuperont précisément de vos intérêts?

R Je dis que j'ai tenu pour acquis qu'ils étaient obligés de le faire.

49

50

Q I see. All right. Was there ever anything in writing specifically that says that is your duty, is to look after my interests, I am away all the time?

A I am not aware.

Q Either, from you, or to you in that respect?

A I am not aware of any.

Q This letter happens to say, "We are always prepared upon instruction to extend our services beyond these required procedures." Did you ever give them any additional instructions?

A No. I never saw them.

Q Nor did you communicate with them in writing, or otherwise? Is that right?

A Not that I recall.

Similarly, the transcript of Mr. Korn's examination for discovery reveals the following exchange:

Q You emphasized [at the 1978 meeting] you say to Mr. Cox that because you were no longer in the management stream or chain, you would be relying more on the audited statements?

A Yes, and that — well, I wanted a sort of commitment that he understood that he was the shareholders' auditor and I did refer to the fact that he had [a] close personal association with Mr. Morris and he said no, he fully understood, have no fear.

Q Did you consider that to be a change from the normal kind of audit engagement, or were you just emphasizing something that was part of the normal audit engagement?

A I just pointed out the change. As a matter of fact, he already knew about the change.

. . .

Q But my question was whether you considered that to be any kind of alteration from the usual audit engagement process.

A Well, that's what happened. That's the fact that I said it to him and those are the words I said, and however he took it, that's however he took it.

Q Je vois. Très bien. Y avait-il un écrit quelconque qui précisait que c'est votre devoir, c'est de vous occuper de mes intérêts, je suis toujours absent?

R Je ne sais pas.

Q Soit de votre part, ou qui vous est destiné à cet égard?

R Je n'en connais aucun.

Q Il se trouve que cette lettre dit: «Nous sommes toujours disposés, si on nous demande de le faire, à étendre nos services au-delà de ces procédures prescrites.» Leur avez-vous jamais donné d'autres directives?

R Non, je ne les ai jamais vus.

Q Vous n'avez pas communiqué non plus avec eux par écrit ou autrement? N'est-ce pas?

R Pas que je me souviens.

De même, la transcription de l'interrogatoire préalable de M. Korn révèle l'échange suivant:

[TRADUCTION]

Q Vous avez souligné [lors de la rencontre de 1978] que vous avez dit à M. Cox que, parce que nous ne faisiez plus partie de la chaîne de gestion, vous vous fieriez davantage aux états vérifiés?

R Oui, et que — eh bien, je voulais qu'il me jure en quelque sorte qu'il avait compris qu'il était le vérificateur des actionnaires et je lui ai bel et bien mentionné qu'il existait une association personnelle étroite entre lui et M. Morris, et il m'a dit non, il comprenait parfaitement, n'avez crainte.

Q Considérez-vous que cela constituait un changement par rapport à la mission de vérification normale, ou ne faisiez-vous que souligner quelque chose qui faisait partie de la mission de vérification normale?

R Je n'ai fait que souligner le changement. En fait, il était déjà au courant de ce changement.

. . .

Q Mais ma question était de savoir si vous considérez cela comme une espèce de modification par rapport au processus normal d'une mission de vérification?

R Eh bien, c'est ce qui est arrivé. C'est un fait que je lui ai dit cela, et ce sont les mots que j'ai utilisés, et quelle que soit la façon dont il les a interprétés, c'est ainsi qu'il les a interprétés.

Q But I'm asking you if you considered that to be a change from a normal audit engagement.

A Well, I'm not — whether that was — whether those words were some sort of special instructions, those were the words and I guess there will be experts to say what consequences should have flown [*sic*] from them, and I'm not here as an expert on audit —

Q I'm entitled to know what you consider to be the case.

A Well, I made it clear that he should remember that he's the shareholders' auditor, that Clarkson was the shareholders' auditor, notwithstanding his personal relationship with Murray Morris.

Q Auditors are always the shareholders' auditors, are they not?

A And that's what I — if they are, they are.

Q And that's in fact what they are always?

A Well, that's good, I'm glad to hear that, glad to hear you say it.

Q Do you agree?

A That the auditors are the shareholders' auditors?

Q Yes.

A I agree precisely.

To my mind, these passages serve to demonstrate that despite the appellants' submissions, the respondents did not, in fact, prepare the audit reports in order to assist the appellants in making personal investment decisions or, indeed, for any purpose other than the standard statutory one. This finding accords with that of Helper J.A. in the Court of Appeal, and nothing in the record before this Court suggests the contrary.

It follows from the foregoing discussion that the only purpose for which the 1980-82 reports could have been used in such a manner as to give rise to a duty of care on the part of the respondents is as a guide for the shareholders, as a group, in supervising or overseeing management. In assessing whether this was, in fact, the purpose to which the appellants purport to have put the audited reports,

Q Mais je vous demande si vous avez considéré que cela était un changement par rapport à la mission de vérification normale.

R Eh bien, je ne suis pas — si c'était — si ces mots étaient un genre de directive particulière, c'étaient les mots utilisés et je suppose qu'il y aura des experts qui diront quelles conséquences auraient dû en découler, et je ne suis pas ici en tant qu'expert en matière de vérification —

Q J'ai le droit de savoir ce que vous en pensez.

R Eh bien, j'ai dit clairement qu'il devrait se rappeler qu'il était le vérificateur des actionnaires, que Clarkson était le vérificateur des actionnaires, nonobstant sa relation personnelle avec Murray Morris.

Q Les vérificateurs ne sont-ils pas toujours les vérificateurs des actionnaires?

R Et c'est ce que j'ai — s'ils le sont, ils le sont.

Q Et, en fait, c'est ce qu'ils sont toujours?

R Eh bien, c'est bon. Je suis heureux de l'entendre, heureux de vous l'entendre dire.

Q Êtes-vous d'accord?

R Pour dire que les vérificateurs sont les vérificateurs des actionnaires?

Q Oui.

R Je suis tout à fait d'accord.

À mon avis, ces passages démontrent que, en dépit des allégations des appelants, les intimés n'ont pas, en fait, préparé les rapports de vérification afin d'aider les appelants à prendre des décisions personnelles en matière de placement ou pour toute autre fin que celle prévue normalement par la loi. Cette conclusion est conforme à celle tirée par le juge Helper en Cour d'appel, et rien ne laisse entendre le contraire dans le dossier soumis à notre Cour.

Il découle de l'analyse qui précède que la seule fin pour laquelle les rapports de 1980 à 1982 auraient pu être utilisés de façon à engendrer une obligation de diligence de la part des intimés aurait été de servir à guider les actionnaires, en tant que groupe, dans la supervision ou la surveillance de la gestion de la société. Pour décider si c'était effectivement le but auquel les appelants ont voulu que

it will be useful to take each of the appellants' claims in turn. First, the appellant Hercules seeks compensation for its \$600,000 injection of capital into NGA over January and February of 1983 and the appellant Freed seeks damages commensurate with the amount of money he contributed in 1982 to his investment account in NGH. Secondly, all the appellants seek damages for the losses they suffered in the value of their existing shareholdings.

52 The claims of Hercules and Mr. Freed with respect to their 1982-83 investments can be addressed quickly. The essence of these claims must be that these two appellants relied on the respondents' reports in deciding whether or not to make further investments in the audited corporations. In other words, Hercules and Mr. Freed are claiming to have relied on the audited reports for the purpose of making personal investment decisions. As I have already discussed, this is not a purpose for which the respondents in this case can be said to have prepared their reports. In light of the dissonance between the purpose for which the reports were actually prepared and the purpose for which the appellants assert they were used, then, the claims of Hercules and Mr. Freed with respect to their investment losses are not such that the concerns over indeterminate liability discussed above are obviated; *viz.*, if a duty of care were owed with respect to these investment transactions, there would seem to be no logical reason to preclude a duty of care from arising in circumstances where the statements were used for any other purpose of which the auditors were equally unaware when they prepared and submitted their report. On this basis, therefore, I would find that the *prima facie* duty that arises respecting this claim is negated by policy considerations and, therefore, that no duty of care is owed by the respondents in this regard.

53 With respect to the claim concerning the loss in value of their existing shareholdings, the appellants make two submissions. First, they claim that they relied on the 1980-82 reports in monitoring

les rapports d'évaluation servent, il sera utile d'examiner à tour de rôle chacune des actions des appelants. Premièrement, l'appelante Hercules demande à être indemnisée pour les 600 000 \$ qu'elle a injectés dans NGA en janvier et février 1983, et l'appelant Freed réclame des dommages-intérêts correspondant à la somme qu'il a versée dans son compte de placement de NGH, en 1982. Deuxièmement, tous les appelants réclament des dommages-intérêts pour les pertes qu'ils ont subies quant à la valeur de leurs participations existantes.

Les actions de Hercules et de M. Freed en ce qui concerne leurs placements de 1982 et 1983 peuvent être réglées rapidement. Elles doivent signifier, pour l'essentiel, que ces deux appelants se sont fiés aux rapports des intimés pour décider de faire ou non d'autres placements dans les sociétés vérifiées. En d'autres termes, Hercules et M. Freed prétendent qu'ils se sont fiés aux rapports de vérification pour prendre des décisions personnelles en matière de placement. Comme je l'ai déjà dit, on ne peut affirmer en l'espèce que les intimés ont préparé leurs rapports à cette fin. Compte tenu de la discordance entre la fin à laquelle les rapports ont réellement été préparés et la fin à laquelle les appelants affirment les avoir utilisés, les actions de Hercules et de M. Freed relatives à leurs pertes en matière de placement ne sont pas de nature à parer aux craintes concernant la responsabilité indéterminée, qui ont été analysées plus haut; autrement dit, s'il existait une obligation de diligence à l'égard de ces placements, il semblerait n'y avoir aucune raison logique d'empêcher la naissance d'une obligation de diligence dans les cas où les états ont été utilisés à toute autre fin également inconnue des vérificateurs lorsqu'ils ont préparé et présenté leur rapport. Je suis donc d'avis de conclure, pour ce motif, que l'obligation *prima facie* qui existe à l'égard de cette action est annihilée par des considérations de principe et que, par conséquent, les intimés n'ont aucune obligation de diligence à cet égard.

En ce qui concerne l'action concernant la perte de valeur de leurs participations existantes, les appelants avancent deux arguments. Premièrement, ils soutiennent qu'ils se sont fiés aux rapports de

the value of their equity and that, owing to the (allegedly) negligent preparation of those reports, they failed to extract it before the financial demise of NGA and NGH. Secondly, and somewhat more subtly, the appellants submit that they each relied on the auditors' reports in overseeing the management of NGA and NGH and that had those reports been accurate, the collapse of the corporations and the consequential loss in the value of their shareholdings could have been avoided.

To my mind, the first of these submissions suffers from the same difficulties as those regarding the injection of fresh capital by Hercules and Mr. Freed. Whether the reports were relied upon in assessing the prospect of further investments or in evaluating existing investments, the fact remains that the purpose to which the respondents' reports were put, on this claim, concerned individual or personal investment decisions. Given that the reports were not prepared for that purpose, I find for the same reasons as those earlier set out that policy considerations regarding indeterminate liability inhere here and, consequently, that no duty of care is owed in respect of this claim.

As regards the second aspect of the appellants' claim concerning the losses they suffered in the diminution in value of their equity, the analysis becomes somewhat more intricate. The essence of the appellants' submission here is that the shareholders would have supervised management differently had they known of the (alleged) inaccuracies in the 1980-82 reports, and that this difference in management would have averted the demise of the audited corporations and the consequent losses in existing equity suffered by the shareholders. At first glance, it might appear that the appellants' claim implicates a use of the audit reports which is commensurate with the purpose for which the reports were prepared, i.e., overseeing or supervising management. One might argue on this basis that a duty of care should be found to inhere because, in view of this compatibility between

1980 à 1982 pour surveiller la valeur de leur droit sur l'actif et que, en raison de la négligence dont on aurait fait preuve en préparant ces rapports, ils n'ont pu l'extraire avant l'effondrement financier de NGA et de NGH. Deuxièmement, et de façon un peu plus subtile, les appelants prétendent que chacun d'eux s'est fié aux rapports des vérificateurs pour surveiller la gestion de NGA et NGH et que, si ces rapports avaient été exacts, l'effondrement des sociétés et la perte de valeur de leurs participations qui s'est ensuivie auraient pu être évités.

À mon avis, le premier de ces arguments pose les mêmes difficultés que celles qui ont trait à l'injection de nouveaux capitaux par Hercules et M. Freed. Peu importe que l'on se soit fié ou non à ces rapports pour évaluer les chances d'autres placements ou pour évaluer les placements existants, il reste que la fin à laquelle les rapports des intimés ont été utilisés, selon cet argument, concernait des décisions individuelles ou personnelles en matière de placement. Étant donné que ces rapports n'ont pas été préparés à cette fin, je conclus, pour les mêmes motifs que j'ai exposés précédemment, qu'il existe, en l'espèce, des considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée et que, par conséquent, il n'existe aucune obligation de diligence à l'égard de cette action.

En ce qui a trait au deuxième aspect de l'action des appelants concernant les pertes qu'ils ont subies en raison de la diminution de la valeur de leur droit sur l'actif, l'analyse devient un peu plus complexe. Ici, les appelants font valoir essentiellement que les actionnaires auraient supervisé la gestion différemment s'ils avaient été au courant des (prétendues) inexactitudes dans les rapports de 1980 à 1982, et que cette différence dans la gestion aurait permis d'éviter l'effondrement des sociétés vérifiées et les pertes qui se sont ensuivies pour les actionnaires quant à leurs droits sur l'actif. À première vue, il pourrait paraître que la demande des appelants suppose une utilisation des rapports de vérification qui soit compatible avec la fin à laquelle ces rapports ont été préparés, c.-à-d., surveiller ou superviser la gestion. De là, on pourrait soutenir qu'il y a lieu de conclure à l'existence

actual use and intended purpose, no indeterminacy arises. In my view, however, this line of reasoning suffers from a subtle but fundamental flaw.

56 As I have already explained, the purpose for which the audit reports were prepared in this case was the standard statutory one of allowing shareholders, as a group, to supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporations. In other words, it was, as Lord Oliver and Farley J. found in the cases cited above, to permit the shareholders to exercise their role, as a class, of overseeing the corporations' affairs at their annual general meetings. The purpose of providing the auditors' reports to the appellants, then, may ultimately be said to have been a "collective" one; that is, it was aimed not at protecting the interests of individual shareholders but rather at enabling the shareholders, acting as a group, to safeguard the interests of the corporations themselves. On the appellants' argument, however, the purpose to which the 1980-82 reports were ostensibly put was not that of allowing the shareholders as a class to take decisions in respect of the overall running of the corporation, but rather to allow them, as individuals, to monitor management so as to oversee and protect their own personal investments. Indeed, the nature of the appellants' claims (i.e. personal tort claims) requires that they assert reliance on the auditors' reports *qua* individual shareholders if they are to recover any personal damages. In so far as it must concern the interests of each individual shareholder, then, the appellants' claim in this regard can really be no different from the other "investment purposes" discussed above, in respect of which the respondents owe no duty of care.

57 This argument is no different as regards the specific case of the appellant Guardian, which is the sole shareholder of NGH. The respondents' pur-

d'une obligation de diligence étant donné que, compte tenu de la compatibilité entre l'utilisation réelle et le but visé, il n'y a aucune indétermination. À mon avis, cependant, ce raisonnement présente une faille subtile, mais fondamentale.

Comme je l'ai déjà expliqué, les rapports de vérification ont été préparés, en l'espèce, dans le but normal, prévu par la Loi, de permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement la bonne administration globale des sociétés. Autrement dit, comme l'ont conclu lord Oliver et le juge Farley dans les affaires précitées, il s'agissait de permettre aux actionnaires de jouer le rôle qui leur incombait, en tant que catégorie de personnes, de surveiller les affaires des sociétés, lors de leurs assemblées générales annuelles. On peut donc affirmer, en fin de compte, que les rapports des vérificateurs ont été présentés aux actionnaires à une fin «collective», c'est-à-dire, que le but était non pas de protéger les intérêts d'actionnaires pris individuellement, mais plutôt de permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de protéger les intérêts des sociétés mêmes. Toutefois, selon l'argument des appelants, les rapports de 1980 à 1982 ont manifestement été utilisés non pas pour permettre aux actionnaires, en tant que catégorie de personnes, de prendre des décisions quant à l'exploitation générale de leur société, mais plutôt de leur permettre, à titre individuel, de contrôler la gestion de manière à surveiller et à protéger leurs propres placements personnels. En fait, la nature des actions des appelants (c.-à-d. des actions personnelles en responsabilité délictuelle) exige qu'ils allèguent s'être fiés aux rapports des vérificateurs en leur qualité individuelle d'actionnaires pour pouvoir être indemnisés de tout préjudice personnel. Ainsi, dans la mesure où elle doit concerner les intérêts de chaque actionnaire pris individuellement, l'action des appelants à cet égard ne saurait être vraiment différente des autres «fins de placement» analysées plus haut, à l'égard desquelles les intimés n'ont aucune obligation de diligence.

Cet argument n'est pas différent en ce qui concerne le cas particulier de l'appelante Guardian, qui est l'unique actionnaire de NGH. Nous devons

pose in providing the audited reports in respect of NGH was, we must assume, to allow Guardian to oversee management for the better administration of the corporation itself. If Guardian in fact chose to rely on the reports for the ultimate purpose of monitoring its own investment it must, for the policy reasons earlier set out, be found to have done so at its own peril in the same manner as shareholders in NGA. Indeed, to treat Guardian any differently simply because it was a sole shareholder would do violence to the fundamental principle of corporate personality. I would find in respect of both Guardian and the other appellants, therefore, that the *prima facie* duty of care owed to them by the respondents is negated by policy considerations in that the claims are not such as to bring them within the “exceptional” cases discussed above.

*Issue 2: The Effect of the Rule in Foss v. Harbottle*

All the participants in this appeal — the appellants, the respondents, and the intervener — raised the issue of whether the appellants’ claims in respect of the losses they suffered in their existing shareholdings through their alleged inability to oversee management of the corporations ought to have been brought as a derivative action in conformity with the rule in *Foss v. Harbottle* rather than as a series of individual actions. The issue was also raised and discussed in the courts below. In my opinion, a derivative action — commenced, as required, by an application under s. 232 of the *Manitoba Corporations Act* — would have been the proper method of proceeding with respect to this claim. Indeed, I would regard this simply as a corollary of the idea that the audited reports are provided to the shareholders as a group in order to allow them to take collective (as opposed to individual) decisions. Let me explain.

The rule in *Foss v. Harbottle* provides that individual shareholders have no cause of action in law for any wrongs done to the corporation and that if

présumer que, en présentant les rapports de vérification relatifs à NGH, les intimés ont voulu permettre à Guardian de surveiller la gestion de la société même en vue d’en assurer la meilleure administration. Si Guardian a choisi de se fier aux rapports pour surveiller, en fin de compte, son propre placement, il faut conclure, pour les raisons de principe exposées précédemment, qu’elle l’a fait à ses propres risques, de la même manière que les actionnaires de NGA. En fait, traiter Guardian différemment simplement parce qu’elle est actionnaire unique irait à l’encontre du principe fondamental de la personnalité morale des sociétés. Je suis donc d’avis de conclure, en ce qui concerne Guardian et les autres appelants, que l’obligation *prima facie* de diligence que les intimés ont envers eux est annihilée par des considérations de principe, en ce sens que leurs actions ne sont pas de nature à les situer dans les cas d’«exception» analysés plus haut.

*Question 2: L’incidence de la règle de Foss c. Harbottle*

Tous les participants au présent pourvoi — les appelants, les intimés et l’intervenant — ont soulevé la question de savoir si les actions des appelants pour les pertes qu’ils ont subies sur le plan de leurs participations existantes, en raison de l’incapacité dans laquelle ils auraient été de surveiller la gestion des sociétés, auraient dû être intentées sous forme d’action oblique, conformément à la règle de *Foss c. Harbottle*, au lieu de prendre la forme d’une série d’actions individuelles. Cette question a aussi été soulevée et analysée devant les tribunaux d’instance inférieure. À mon avis, il aurait convenu, à ce chapitre, de recourir à une action oblique — intentée, tel que requis, au moyen d’une demande fondée sur l’art. 232 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba. En fait, je suis d’avis de considérer cela simplement comme un corollaire de l’idée que les rapports de vérification sont présentés aux actionnaires, en tant que groupe, pour leur permettre de prendre collectivement (et non individuellement) des décisions. Je m’explique.

La règle de *Foss c. Harbottle* prévoit que les actionnaires n’ont, à titre individuel, aucune cause d’action en droit pour les préjudices causés à la

an action is to be brought in respect of such losses, it must be brought either by the corporation itself (through management) or by way of a derivative action. The legal rationale behind the rule was eloquently set out by the English Court of Appeal in *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354, at p. 367, as follows:

The rule [in *Foss v. Harbottle*] is the consequence of the fact that a corporation is a separate legal entity. Other consequences are limited liability and limited rights. The company is liable for its contracts and torts; the shareholder has no such liability. The company acquires causes of action for breaches of contract and for torts which damage the company. No cause of action vests in the shareholder. When the shareholder acquires a share he accepts the fact that the value of his investment follows the fortunes of the company and that he can only exercise his influence over the fortunes of the company by the exercise of his voting rights in general meeting. The law confers on him the right to ensure that the company observes the limitations of its memorandum of association and the right to ensure that other shareholders observe the rule, imposed on them by the articles of association. If it is right that the law has conferred or should in certain restricted circumstances confer further rights on a shareholder the scope and consequences of such further rights require careful consideration.

To these lucid comments, I would respectfully add that the rule is also sound from a policy perspective, inasmuch as it avoids the procedural hassle of a multiplicity of actions.

60

The manner in which the rule in *Foss v. Harbottle*, *supra*, operates with respect to the appellants' claims can thus be demonstrated. As I have already explained, the appellants allege that they were prevented from properly overseeing the management of the audited corporations because the respondents' audit reports painted a misleading picture of their financial state. They allege further that had they known the true situation, they would have intervened to avoid the eventuality of the corporations' going into receivership and the consequent loss of their equity. The difficulty with this submission, I have suggested, is that it fails to recognize that in supervising management, the shareholders must be seen to be acting as a body in

société et que, si une action doit être intentée pour les pertes subies en raison de ces préjudices, elle doit l'être soit par la société même (par l'entremise de la direction), soit par voie d'action oblique. Le raisonnement juridique qui sous-tend cette règle a été exposé avec éloquence par la Cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Prudential Assurance Co. c. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354, à la p. 367:

[TRADUCTION] La règle [de *Foss c. Harbottle*] émane du fait qu'une société est une entité juridique distincte. Des droits et une responsabilité limités en découlent aussi. La société est responsable de ses contrats et des délits qu'elle commet; l'actionnaire n'assume pas cette responsabilité. La société acquiert des causes d'action pour inexécution de contrat et pour les délits qui lui causent un préjudice. L'actionnaire n'est investi d'aucune cause d'action. Lorsque l'actionnaire achète des actions, il accepte que la valeur de son placement suit le sort de la société et qu'il ne peut influencer sur le sort de la société que par l'exercice de ses droits de vote lors des assemblées générales. La loi lui confère le droit de s'assurer que la société respecte les limites de son acte constitutif et que les autres actionnaires respectent la règle qui leur est imposée par les statuts constitutifs. S'il est vrai que la loi a conféré ou devrait conférer, dans certaines circonstances limitées, d'autres droits à un actionnaire, l'étendue et les conséquences de ces autres droits requièrent un examen attentif.

À ces remarques claires, j'ajouterais que la règle est aussi valable en principe, dans la mesure où elle permet d'éviter les tracasseries procédurales d'une multitude d'actions.

La façon dont la règle de l'arrêt *Foss c. Harbottle*, précité, s'applique aux actions des appelants peut donc être démontrée. Comme je l'ai déjà expliqué, les appelants allèguent qu'ils ont été empêchés de surveiller correctement la gestion des sociétés vérifiées parce que les rapports de vérification des intimés traçaient un portrait trompeur de leur situation financière. Ils allèguent en outre que, s'ils avaient été au courant de la véritable situation, ils seraient intervenus pour éviter que les sociétés soient mises sous séquestre et pour éviter la perte consécutive de leur droit sur l'actif. Le problème que pose cet argument, comme je l'ai dit, est qu'il ne reconnaît pas que, lorsqu'ils surveillent la gestion, les actionnaires doivent être perçus comme

respect of the corporation's interests rather than as individuals in respect of their own ends. In a manner of speaking, the shareholders assume what may be seen to be a "managerial role" when, as a collectivity, they oversee the activities of the directors and officers through resolutions adopted at shareholder meetings. In this capacity, they cannot properly be understood to be acting simply as individual holders of equity. Rather, their collective decisions are made in respect of the corporation itself. Any duty owed by auditors in respect of this aspect of the shareholders' functions, then, would be owed not to shareholders *qua* individuals, but rather to all shareholders as a group, acting in the interests of the corporation. And if the decisions taken by the collectivity of shareholders are in respect of the corporation's affairs, then the shareholders' reliance on negligently prepared audit reports in taking such decisions will result in a wrong to the corporation for which the shareholders cannot, as individuals, recover.

This line of reasoning finds support in Lord Bridge's comments in *Caparo, supra*, at p. 580:

The shareholders of a company have a collective interest in the company's proper management and in so far as a negligent failure of the auditor to report accurately on the state of the company's finances deprives the shareholders of the opportunity to exercise their powers in general meeting to call the directors to book and to ensure that errors in management are corrected, the shareholders ought to be entitled to a remedy. But in practice no problem arises in this regard since the interest of the shareholders in the proper management of the company's affairs is indistinguishable from the interest of the company itself and any loss suffered by the shareholders . . . will be recouped by a claim against the auditor in the name of the company, not by individual shareholders. [Emphasis added.]

It is also reflected in the decision of Farley J. in *Roman I, supra*, the facts of which were similar to those of the case at bar. In that case, the plaintiff shareholders brought an action against the

agissant à titre d'entité à l'égard des intérêts de la société, plutôt qu'à titre individuel dans la poursuite de leurs propres fins. Pour ainsi dire, les actionnaires assument ce qu'on peut considérer comme un «rôle de gestion» lorsque, collectivement, ils surveillent les activités des administrateurs et des dirigeants au moyen des résolutions qu'ils adoptent lors des assemblées des actionnaires. À ce titre, ils ne peuvent être considérés à bon droit comme agissant simplement à titre de détenteurs individuels d'un droit sur l'actif. Au contraire, leurs décisions collectives sont prises à l'égard de la société même. Toute obligation que les vérificateurs auraient relativement à cet aspect des fonctions des actionnaires existerait, par conséquent, non pas en faveur des actionnaires à titre individuel, mais plutôt en faveur de tous les actionnaires, en tant que groupe agissant dans l'intérêt de la société. Et si les décisions prises collectivement par les actionnaires ont trait aux affaires de la société, alors la confiance que les actionnaires auront accordée, en les prenant, à des rapports de vérification préparés avec négligence causera un préjudice à la société dont les actionnaires ne peuvent pas se faire indemniser à titre individuel.

Ce raisonnement est étayé par les commentaires de lord Bridge dans l'arrêt *Caparo*, précité, à la p. 580:

[TRADUCTION] Les actionnaires d'une société ont collectivement droit à ce que la société soit gérée correctement et ils devraient avoir droit à un recours dans la mesure où le fait que le vérificateur ait omis par négligence de présenter un état exact de la situation financière de la société les empêche, lors d'une assemblée générale, d'exercer leurs pouvoirs de demander aux administrateurs de leur rendre des comptes et de s'assurer que les erreurs de gestion soient corrigées. Mais, en pratique, aucun problème ne se pose à cet égard étant donné que l'intérêt des actionnaires à ce que la société soit bien gérée est indissociable de l'intérêt de la société même, et que toute perte subie par les actionnaires [. . .] sera récupérée au moyen d'une action intentée contre le vérificateur au nom de la société, et non par des actionnaires à titre individuel. [Je souligne.]

Le même raisonnement ressort de la décision du juge Farley dans l'affaire *Roman I*, précitée, dont les faits sont semblables à ceux de la présente affaire. Dans cette affaire, le actionnaires deman-

defendant auditors alleging, *inter alia*, that the defendant's audit reports were negligently prepared. That negligence, the shareholders contended, prevented them from properly overseeing management which, in turn, led to the winding up of the corporation and a loss to the shareholders of their equity therein. Farley J. discussed the rule in *Foss v. Harbottle* and concluded that it operated so as to preclude the shareholders from bringing personal actions based on an alleged inability to supervise the conduct of management.

62

One final point should be made here. Referring to the case of *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216 (C.A.), the appellants submit that where a shareholder has been directly and individually harmed, that shareholder may have a personal cause of action even though the corporation may also have a separate and distinct cause of action. Nothing in the foregoing paragraphs should be understood to detract from this principle. In finding that claims in respect of losses stemming from an alleged inability to oversee or supervise management are really derivative and not personal in nature, I have found only that shareholders cannot raise individual claims in respect of a wrong done to the corporation. Indeed, this is the limit of the rule in *Foss v. Harbottle*. Where, however, a separate and distinct claim (say, in tort) can be raised with respect to a wrong done to a shareholder *qua* individual, a personal action may well lie, assuming that all the requisite elements of a cause of action can be made out.

63

The facts of *Haig, supra*, provide the basis for an example of where such a claim might arise. Had the investors in that case been shareholders of the corporation, and had a similarly negligent report knowingly been provided to them by the auditors for a specified purpose, a duty of care separate and distinct from any duty owed to the audited corporation would have arisen in their favour, just as one arose in favour of Mr. Haig. While the corporation

deurs avaient intenté une action contre les vérificateurs défendeurs en alléguant, notamment, que ces derniers avaient préparé leurs rapports de vérification avec négligence. Cette négligence, selon les actionnaires, les avait empêchés de surveiller correctement la gestion, ce qui avait entraîné la liquidation de la société et la perte des droits que les actionnaires avaient dans son actif. Le juge Farley a analysé la règle de *Foss c. Harbottle* et a conclu qu'elle s'appliquait de manière à empêcher les actionnaires d'intenter des actions personnelles fondées sur une allégation d'incapacité de surveiller la conduite de la direction.

Une dernière remarque s'impose ici. Invoquant l'arrêt *Goldex Mines Ltd. c. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216 (C.A.), les appelants soutiennent que, lorsqu'un actionnaire, pris individuellement, a subi directement un préjudice, cet actionnaire peut avoir une cause d'action personnelle même si la société peut avoir elle aussi une cause d'action séparée et distincte. Rien, dans les paragraphes qui précèdent, ne devrait être interprété comme dérogeant à ce principe. En concluant que les actions relatives aux pertes découlant d'une prétendue incapacité de surveiller ou superviser la gestion sont en fait de nature oblique et non personnelle, je n'ai fait que conclure que les actionnaires ne peuvent pas, à titre individuel, intenter des actions pour un préjudice causé à la société. En fait, c'est la limite de la règle de *Foss c. Harbottle*. Cependant, lorsqu'une action séparée et distincte (en responsabilité délictuelle, par exemple) peut être intentée pour un préjudice causé à un actionnaire à titre individuel, il peut bien y avoir une cause d'action personnelle, à supposer qu'il soit possible de prouver l'existence de tous les éléments nécessaires d'une cause d'action.

Les faits de l'arrêt *Haig*, précité, peuvent servir à formuler un exemple où une telle action pourrait être intentée. Si les investisseurs, dans cette affaire, avaient été actionnaires de la société, et si les vérificateurs leur avaient sciemment fourni, à une fin précise, un rapport préparé de la même manière négligente, une obligation de diligence séparée et distincte de toute obligation envers la société vérifiée serait née en leur faveur, tout comme une telle

would have been entitled to claim damages in respect of any losses it might have suffered through reliance on the report (assuming, of course, that the report was also provided for the corporation's use), the shareholders in question would also have been able to seek personal compensation for the losses they suffered *qua* individuals through their personal reliance and investment. On the facts of this case, however, no claims of this sort can be established.

### Conclusion

In light of the foregoing, I would find that even though the respondents owed the appellants (*qua* individual claimants) a *prima facie* duty of care both with respect to the 1982-83 investments made in NGA and NGH by Hercules and Mr. Freed and with respect to the losses they incurred through the devaluation of their existing shareholdings, such *prima facie* duties are negated by policy considerations which are not obviated by the facts of the case. Indeed, to come to the opposite conclusion on these facts would be to expose auditors to the possibility of indeterminate liability, since such a finding would imply that auditors owe a duty of care to any known class of potential plaintiffs regardless of the purpose to which they put the auditors' reports. This would amount to an unacceptably broad expansion of the bounds of liability drawn by this Court in *Haig, supra*. With respect to the claim regarding the appellants' inability to oversee management properly, I would agree with the courts below that it ought to have been brought as a derivative action. On the basis of these considerations, I would find under Rule 20.03(1) of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules* that the appellants have failed to establish that their claims as alleged would have "a real chance of success".

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

obligation est née en faveur de M. Haig. Même si la société avait eu le droit de réclamer des dommages-intérêts pour toute perte qu'elle aurait pu subir en se fiant au rapport (en supposant évidemment que le rapport a aussi été présenté en vue d'être utilisé par la société), les actionnaires en cause auraient également pu réclamer une indemnisation personnelle des pertes qu'ils ont subies, à titre individuel, en s'y fiant personnellement et en investissant. Toutefois, d'après les faits de la présente affaire, aucune réclamation de ce genre ne peut être établie.

### Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de conclure que, même si les intimés avaient une obligation *prima facie* de diligence envers les appelants (à titre de réclamants individuels), tant en ce qui concerne les placements de 1982 et 1983 effectués dans NGA et NGH par Hercules et M. Freed que les pertes qu'ils ont subies à la suite de la dévaluation de leurs participations existantes, ces obligations *prima facie* sont annihilées par des considérations de principe auxquelles ne parent pas les faits de la présente affaire. En fait, conclure le contraire de ces faits exposerait les vérificateurs à une responsabilité indéterminée, étant donné qu'une telle conclusion impliquerait que les vérificateurs ont une obligation de diligence envers toute catégorie connue de demandeurs potentiels, quelle que soit la fin à laquelle ces derniers ont utilisé les rapports des vérificateurs. Cela reviendrait à repousser de manière inacceptable les limites de la responsabilité que notre Cour a tracées dans l'arrêt *Haig*, précité. En ce qui concerne l'action relative à l'incapacité des appelants de bien surveiller la gestion, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire qu'elle aurait dû être intentée sous forme d'action oblique. Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure, en vertu du par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, que les appelants n'ont pas réussi à établir que leurs prétentions auraient «vraiment des chances de réussir».

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellants: Schulman & Schulman, Winnipeg.*

*Procureurs des appelants: Schulman & Schulman, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondents: Aikins, MacAulay, Thorvaldson, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés: Aikins, MacAulay, Thorvaldson, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener: McCarthy, Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant: McCarthy, Tétrault, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canadian Government Publishing  
PWGSC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Les Éditions du gouvernement du Canada  
TPSGC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1997 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1997 Vol. 2**

**Cited as [1997] 2 S.C.R. 217-402**

**Renvoi [1997] 2 R.C.S. 217-402**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

## CONTENTS

**Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers** ..... 294

Civil procedure — Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify abandonment of appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.

**Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée** ..... 299

Civil procedure — Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify an abandonment of an appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

## SOMMAIRE

**Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée** ..... 299

Procédure civile — Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.

**États-Unis d'Amérique c. Desfossés** ..... 326

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — *Habeas corpus* — L'extradition du requérant a été ordonnée et celui-ci a présenté des demandes successives de brefs d'*habeas corpus* — La première demande a été rejetée au fond comme si le bref avait été délivré — La Cour d'appel a

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hickman Motors Ltd. v. Canada**..... 336

Income tax — Deductions — Capital cost allowance — Assets of subsidiary company transferred to parent company on winding-up at year's end — Parent company holding assets and receiving revenue from them for five days — Assets then transferred to new company — Whether s. 88 winding-up provisions deeming flow through acquisition by parent company at capital cost creating rights for parent — Whether parent company can deduct capital cost allowance for assets transferred from subsidiary — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1), 88 — Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 1102(1), (14).

### **Martin v. Artyork Investments Ltd.**..... 290

Corporations — Directors — Indoor management rule — Appellant providing director of respondent company with funds to invest in company — Appellant entitled to rely on indoor management rule — Respondent bound by director's representations — Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 19.

### **R. v. Allender**..... 333

Criminal law — Murder — Accused convicted of first degree murder — Court of Appeal judgment upholding conviction affirmed.

### **R. v. Bedford**..... 292

Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Indictment quashed at trial on basis that it was unknown to law — Order appealed to the Court of Appeal not tantamount to acquittal — Appeal to this Court allegedly an appeal as of right — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal.

### **R. v. Currie**..... 260

Criminal law — Dangerous offenders — Indeterminate sentence — Sexual assaults — Accused declared dangerous offender and sentenced to indeterminate detention — Whether trial judge erred by failing to focus on seriousness of predicate offences — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence reasonably supported by evidence — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence premised on errors of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 752, 753.

### **R. v. Jack**..... 334

Criminal law — Jury — Deliberations — Accused convicted of manslaughter — Whether trial judge's exhortation to jury interfered with jury's deliberations — Whether new trial should be ordered.

## SOMMAIRE (Suite)

rejeté l'appel et la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi — Le requérant dispose-t-il d'un appel de plein droit contre les jugements ayant rejeté les appels des demandes subséquentes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(3), (5).

### **Hickman Motors Ltd. c. Canada**..... 336

Impôt sur le revenu — Déductions — Déduction pour amortissement — Actif de filiale transféré à la société mère lors d'une liquidation en fin d'année — Actif possédé par la société mère qui en tire un revenu pendant cinq jours — Actif alors transféré à une nouvelle société — Les dispositions de l'art. 88 relatives à la liquidation réputées opérer une acquisition par transfert vers la société mère au coût en capital créent-elles des droits en faveur de la société mère? — La société mère peut-elle faire une déduction pour amortissement relativement aux biens transférés de la filiale? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1), 88 — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1102(1), (14).

### **Martin c. Artyork Investments Ltd.**..... 290

Compagnies — Administrateurs — Règle des allégations interdites — Appelant fournissant à l'administrateur de la compagnie intimée des fonds à investir dans celle-ci — Appelant ayant droit d'invoquer la règle des allégations interdites — Intimée liée par les déclarations de l'administrateur — Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 19.

### **R. c. Allender**..... 333

Droit criminel — Meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel maintenant la déclaration de culpabilité.

### **R. c. Bedford**..... 292

Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Acte d'accusation annulé au procès pour le motif que l'infraction reprochée était inconnue en droit — L'ordonnance portée en appel à la Cour d'appel n'équivalait pas à un acquittement — On prétend que le pourvoi à notre Cour serait un appel de plein droit — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre ce pourvoi?

### **R. c. Currie**..... 260

Droit criminel — Délinquants dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée — Agressions sexuelles — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée — Le juge du procès a-t-il fait erreur en omettant d'axer son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondant étaient-elles raisonnablement étayées par la preuve? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Senior**..... 288

Criminal law — Sentencing — Imposition of consecutive sentences.

### **Soulos v. Korkontzilas**..... 217

Trusts and trustees — Constructive trust — Agency — Fiduciary duties — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

Real property — Remedies — Constructive trust — Agency — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

### **Sylvester v. British Columbia**..... 315

Labour law — Dismissal — Severance pay — Employee terminated while receiving disability benefits — Employer offering severance package of salary minus disability benefits being received — Whether disability benefits should be deducted from damages for breach of employment contract during the notice period.

### **United States of America v. Desfossés**..... 326

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — *Habeas corpus* — Applicant ordered extradited and seeking writs of *habeas corpus* by successive applications — First application rejected on merits as if writ had been issued — Court of Appeal dismissing appeal and leave to appeal to Supreme Court of Canada refused — Whether applicant having appeal as of right with respect to judgments dismissing appeals in subsequent applications — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(3), (5).

## SOMMAIRE (Fin)

correspondante étaient-elles fondées sur des erreurs de droit? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 752, 753.

### **R. c. Jack**..... 334

Droit criminel — Jury — Délibérations — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — L'exhortation du juge du procès au jury a-t-elle gêné les délibérations du jury? — Y a-t-il lieu d'ordonner un nouveau procès?

### **R. c. Senior**..... 288

Droit criminel — Détermination de la peine — Cumul des sentences.

### **Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada**..... 294

Procédure civile — Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.

### **Soulos c. Korkontzilas**..... 217

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Mandat — Obligations fiduciaires — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

Immeuble — Réparation — Fiducie par interprétation — Mandat — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

### **Sylvester c. Colombie-Britannique**..... 315

Droit du travail — Congédiement — Indemnité de départ — Employé licencié pendant qu'il recevait des prestations d'invalidité — Offre de l'employeur de verser une indemnité de départ constituée du salaire moins les prestations d'invalidité reçues — Les prestations d'invalidité reçues pendant la période visée par le préavis devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour violation du contrat d'emploi?

**Fotios Korkontzilas, Panagiota Korkontzilas  
and Olympia Town Real Estate  
Limited Appellants**

v.

**Nick Soulos Respondent**

INDEXED AS: SOULOS v. KORKONTZILAS

File No.: 24949.

1997: February 18; 1997: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Trusts and trustees — Constructive trust — Agency — Fiduciary duties — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.*

*Real property — Remedies — Constructive trust — Agency — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.*

K, a real estate broker, entered into negotiations to purchase a commercial building on behalf of S, his client. The vendor rejected the offer made and tendered a counteroffer. K rejected the counteroffer but "signed it back". The vendor advised K of the amount it would accept, but instead of conveying this information to S, K arranged for his wife to purchase the property, which was then transferred to K and his wife as joint tenants.

**Fotios Korkontzilas, Panagiota Korkontzilas  
et Olympia Town Real Estate  
Limited Appelants**

c.

**Nick Soulos Intimé**

RÉPERTORIÉ: SOULOS c. KORKONTZILAS

N° du greffe: 24949.

1997: 18 février; 1997: 22 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,  
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Mandat — Obligations fiduciaires — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?*

*Immeuble — Réparation — Fiducie par interprétation — Mandat — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?*

K, un courtier en immeubles, a entamé des négociations au nom de S, son client, en vue d'acheter un immeuble commercial. Le vendeur a rejeté l'offre et présenté une contre-offre. K a rejeté la contre-offre, mais il est revenu à la charge. Le vendeur a informé K du montant qu'il accepterait, mais au lieu de transmettre cette information à S, K a pris des dispositions pour que son épouse achète l'immeuble. L'immeuble a ensuite été

S brought an action against K to have the property conveyed to him, alleging breach of fiduciary duty giving rise to a constructive trust. He asserted that the property held special value to him because its tenant was his banker, and being one's banker's landlord was a source of prestige in his community. He abandoned his claim for damages because the market value of the property had decreased from the time of the purchase by K. The trial judge found that K had breached a duty of loyalty to S, but held that a constructive trust was not an appropriate remedy because K had not been "enriched". The Court of Appeal, in a majority decision, reversed the judgment and ordered that the property be conveyed to S subject to appropriate adjustments.

*Held* (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: The constructive trust is an ancient and eclectic institution imposed by law not only to remedy unjust enrichment, but to hold persons in different situations to high standards of trust and probity and prevent them from retaining property which in "good conscience" they should not be permitted to retain. While Canadian courts in recent decades have developed the constructive trust as a remedy for unjust enrichment, this should not be taken as expunging from Canadian law the constructive trust in other circumstances where its availability has long been recognized. Under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, and to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground.

The following conditions should generally be satisfied before a constructive trust based on wrongful conduct will be imposed: (1) the defendant must have been under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his hands; (2) the assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant

transféré à K et à son épouse, à titre de copropriétaires. Alléguant un manquement à une obligation fiduciaire donnant lieu à une fiducie par interprétation, S a intenté une action contre K afin d'obtenir que l'immeuble lui soit transféré. Il a soutenu que l'immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que son banquier en était le locataire et que le fait d'être le bailleur de son propre banquier était une source de prestige dans sa communauté. Il a renoncé à revendiquer des dommages-intérêts parce que la valeur marchande de l'immeuble avait diminué depuis que K l'avait acheté. Le juge du procès a conclu que K avait manqué à un devoir de loyauté envers S, mais il a statué que la fiducie par interprétation n'était pas la réparation appropriée parce que K ne s'était pas «enrichi». Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné le transfert de l'immeuble à S sous réserve des ajustements nécessaires.

*Arrêt* (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: La fiducie par interprétation est une institution ancienne et éclectique imposée par le droit non pas seulement pour remédier à l'enrichissement sans cause, mais aussi pour obliger des personnes se trouvant dans diverses situations à se conformer à des normes élevées en matière de confiance et de probité et les empêcher de conserver des biens qu'en toute «conscience» elles ne devraient pas être autorisées à garder. Bien qu'au cours des dernières décennies les tribunaux canadiens aient utilisé la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause, cet emploi ne devrait pas être interprété comme ayant fait disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation dans les autres cas où l'on reconnaît depuis longtemps la possibilité d'y avoir recours. Au nom de la conscience, l'application de la fiducie par interprétation est reconnue tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l'enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. Bien qu'elle soit souvent imposée parce qu'il y a à la fois conduite fautive et enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation peut aussi être accordée pour l'un ou l'autre motif.

Les conditions suivantes doivent généralement être réunies avant qu'une fiducie par interprétation fondée sur un comportement fautif puisse être imposée: 1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity* relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; 2) il faut démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des actes qu'il a ou est

in breach of his equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties; and (4) there must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case.

Here K's breach of his duty of loyalty sufficed to engage the conscience of the court and support a finding of constructive trust. First, K was under an equitable obligation in relation to the property at issue. His failure to pass on to his client the information he obtained on his client's behalf as to the price the vendor would accept on the property and his use of that information to purchase the property instead for himself constituted a breach of his equitable duty of loyalty. Second, the assets in K's hands resulted from his agency activities in breach of his equitable obligation to S. Third, a constructive trust is required to remedy the deprivation S suffered because of his continuing desire to own the particular property in question. A constructive trust is also required in cases such as this to ensure that agents and others in positions of trust remain faithful to their duty of loyalty. Finally, there are no factors which would make imposition of a constructive trust unjust in this case.

*Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting):* The ordering of a constructive trust is a discretionary matter and, as such, is entitled to appellate deference. The trial judge's decision not to order such a remedy should be overturned on appeal only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle. The trial judge committed no such error here. He considered the moral quality of K's actions and there is thus no room for appellate intervention on this ground. He was of the opinion that where there is otherwise no justification for ordering a constructive trust or any other remedy, the morality of the act will not alone justify such an order, which is a correct statement of the law. The trial judge has a discretion to order a constructive trust, or not to order one, and this discretion should not be affected by the number of available remedies. In this case, S withdrew his claim for damages. While compensatory damages were unavailable since no pecuniary

réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'*equity* lui imposait à l'égard du demandeur; 3) le demandeur doit établir qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel, soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; et 4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire.

En l'espèce, le manquement par K à son devoir de loyauté a suffi pour engager la conscience du tribunal et lui permettre de conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation. Premièrement, K était assujéti à une obligation en *equity* relativement à l'immeuble en cause. Son omission de faire part à son client de l'information qu'il avait obtenue au nom de ce dernier quant au prix que le vendeur accepterait pour l'immeuble et l'utilisation de cette information pour acheter lui-même l'immeuble constituaient un manquement au devoir de loyauté imposé par l'*equity*. Deuxièmement, K a obtenu la possession de cet immeuble par suite des actes accomplis à titre de mandataire et du manquement à l'obligation que lui imposait l'*equity* envers S. Troisièmement, une fiducie par interprétation est nécessaire pour remédier à l'appauvrissement que S a subi en raison de son désir persistant de devenir propriétaire de l'immeuble en question. Une fiducie par interprétation est également requise dans des cas comme celui-ci pour assurer le respect du devoir de loyauté auquel sont tenus les mandataires et autres personnes occupant des postes de confiance. Enfin, il n'y a pas en l'espèce de facteurs qui rendraient inéquitable l'imposition d'une fiducie par interprétation.

*Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents):* La décision d'imposer une fiducie par interprétation est discrétionnaire, et à ce titre, elle doit être abordée avec retenue par les tribunaux d'appel. La décision du juge de première instance de ne pas imposer une telle réparation ne peut être annulée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été fondé sur un principe erroné. Il n'a pas commis une telle erreur dans la présente cause. Le juge du procès a tenu compte de la valeur morale du comportement de K et, par conséquent, un tribunal d'appel ne peut intervenir en se fondant sur ce motif. Il était d'avis que lorsque rien ne justifie que le tribunal accorde une fiducie par interprétation ou une autre réparation, la seule valeur morale de l'acte ne suffira pas à fonder une telle décision; cet énoncé du droit est juste. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'imposer ou non la fiducie par interprétation et l'exercice de ce pouvoir ne devrait pas dépendre du nombre des répara-

loss was suffered, S could have sought exemplary damages. His decision not to do so should not bind the trial judge's discretion with respect to the order of a constructive trust. The trial judge also considered deterrence, but held that it alone could not justify a remedy in this case.

Even if appellate review were appropriate, the remedy of a constructive trust was not available on the facts of this case. Recent case law in this Court is very clear that a constructive trust may only be ordered where there has been an unjust enrichment, and there was no enrichment, and therefore no unjust enrichment, here. The unavailability of a constructive trust in the absence of unjust enrichment is consistent with the constructive trust's remedial role and supported by specific consideration of the principles set out in *Lac Minerals*. Deterrence does not suggest that a constructive trust should be available even where there is no unjust enrichment. Despite considerations of deterrence, it is true throughout the private law that remedies are typically unavailable in the absence of a loss. Courts have not held it to be necessary where a tort duty or a contractual duty has been breached to order remedies even where no loss resulted. There is nothing which would justify treating breaches of fiduciary duties any differently in this regard. In any event, the unavailability of a constructive trust in cases where there is no unjust enrichment does not have any significant effect on deterrence. Exemplary damages are available if deterrence is deemed to be particularly important, and an unscrupulous fiduciary has to reckon with the possibility that if there were gains in value to the property, he or she would be compelled to pay damages or possibly give up the property.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *White v. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78; *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276; *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919); *Neale v. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions v. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey v.*

tions possibles. En l'espèce, S a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Même s'il ne pouvait réclamer de dommages-intérêts compensatoires puisqu'il n'a subi aucune perte pécuniaire, S aurait pu réclamer des dommages-intérêts punitifs. Sa décision de ne pas le faire ne devrait pas jouer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la fiducie par interprétation. Le juge du procès a également tenu compte de l'élément de dissuasion, mais il a conclu que celui-ci ne pouvait en soi justifier l'octroi d'une réparation en l'espèce.

Même si l'examen en appel était justifié, la fiducie par interprétation ne s'offrait pas aux parties, vu les faits de l'espèce. Il ressort très clairement de la jurisprudence récente de la Cour qu'une fiducie par interprétation ne peut être imposée que lorsqu'il y a enrichissement sans cause. En l'espèce, il n'y a eu aucun enrichissement et, par conséquent, aucun enrichissement sans cause. L'impossibilité d'imposer une fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause est compatible avec le rôle réparateur de cette fiducie, et l'analyse des principes exposés dans l'arrêt *Lac Minerals* appuie également cette règle. La dissuasion n'exige pas que l'on puisse recourir à la fiducie par interprétation même en l'absence d'un enrichissement sans cause. Malgré des considérations de dissuasion, il est vrai que le droit privé ne prévoit habituellement pas de recours en cas d'absence de perte. Les tribunaux n'ont pas jugé qu'il était nécessaire d'accorder, même en l'absence de perte, une réparation à la suite d'un manquement à une obligation en matière délictuelle ou contractuelle. Rien ne justifie que les manquements aux obligations fiduciaires reçoivent un traitement particulier à cet égard. De toute façon, l'impossibilité d'invoquer la fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause n'a aucune incidence importante quant à l'élément de dissuasion. Des dommages-intérêts punitifs pourraient être imposés si l'élément de dissuasion était jugé particulièrement important, et un fiduciaire sans scrupules devra avoir à l'esprit la possibilité que, si le bien prenait de la valeur, il devrait alors payer des dommages-intérêts ou peut-être même céder le bien.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *White c. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78; *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276; *Beatty c. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919); *Neale c. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions c. Evans*, [1972] Ch. 359;

*Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Neste Oy v. Lloyd's Bank Plc.*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658; *Elders Pastoral Ltd. v. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180; *Mogal Corp. v. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928); *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269.

By Sopinka J. (dissenting)

*Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269; *Reading v. The King*, [1948] 2 All E.R. 27, aff'd [1949] 2 All E.R. 68, aff'd [1951] 1 All E.R. 617; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Phipps v. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849, aff'd [1966] 3 All E.R. 721; *Lee v. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217.

#### Authors Cited

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

Dewar, John L. "The Development of the Remedial Constructive Trust" (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312.

Dixon, John. "The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment" (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147.

Goff of Chieveley, Robert Goff, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Goode, Roy. "Property and Unjust Enrichment". In Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Litman, M. M. "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407.

McClellan, A. J. "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155.

*Hussey c. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Neste Oy c. Lloyd's Bank Plc.*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658; *Elders Pastoral Ltd. c. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180; *Mogal Corp. c. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Meinhard c. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928); *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269; *Reading c. The King*, [1948] 2 All E.R. 27, conf. par [1949] 2 All E.R. 68, conf. par [1951] 1 All E.R. 617; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Phipps c. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849, conf. par [1966] 3 All E.R. 721; *Lee c. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217.

#### Doctrine citée

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

Dewar, John L. «The Development of the Remedial Constructive Trust» (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312.

Dixon, John. «The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment» (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147.

Goff of Chieveley, Robert Goff, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Goode, Roy. «Property and Unjust Enrichment». In Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Litman, M. M. «The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407.

McClellan, A. J. «Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker* (1982)», 16 *U.B.C. L. Rev.* 155.

Paciocco, David M. "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. V, 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1967.

Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships", [1962] *Camb. L.J.* 69.

Waters, D. W. M. *The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law*. London: University of London, Athlone Press, 1964.

Paciocco, David M. «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. V, 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1967.

Sealy, L. S. «Fiduciary Relationships», [1962] *Camb. L.J.* 69.

Waters, D. W. M. *The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law*. London: University of London, Athlone Press, 1964.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221, reversing a decision of the Ontario Court (General Division) (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205, dismissing the respondent's action against the appellants for conveyance of a property. Appeal dismissed, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

*Thomas G. Heintzman, Q.C., and Darryl A. Cruz*, for the appellants.

*David T. Stockwood, Q.C., and Susan E. Caskey*, for the respondent.

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. —

I

<sup>1</sup> This appeal requires this Court to determine whether a real estate agent who buys for himself property for which he has been negotiating on behalf of a client may be required to return the property to his client despite the fact that the client can show no loss. This raises the legal issue of whether a constructive trust over property may be imposed in the absence of enrichment of the defendant and corresponding deprivation of the plaintiff. In my view, this question should be answered in the affirmative.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205, rejetant l'action intentée par l'intimé contre les appelants en vue d'obtenir le transfert d'un immeuble. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

*Thomas G. Heintzman, c.r., et Darryl A. Cruz*, pour les appelants.

*David T. Stockwood, c.r., et Susan E. Caskey*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I

Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si l'on peut exiger de l'agent immobilier qui a acheté pour lui-même un immeuble au sujet duquel il a entamé des pourparlers au nom d'un client, qu'il remette l'immeuble à son client même si ce dernier ne peut pas prouver qu'il a subi une perte. La question juridique à trancher est celle de savoir s'il est possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard d'un immeuble en l'absence d'un enrichissement du défendeur et d'un appauvrissement correspondant du demandeur. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse affirmative.

## II

The appellant Mr. Korkontzilas is a real estate broker. The respondent, Mr. Soulos, was his client. In 1984, Mr. Korkontzilas found a commercial building which he thought might interest Mr. Soulos. Mr. Soulos was interested in purchasing the building. Mr. Korkontzilas entered into negotiations on behalf of Mr. Soulos. He offered \$250,000. The vendor, Dominion Life, rejected the offer and tendered a counter-offer of \$275,000. Mr. Soulos rejected the counter-offer but “signed it back” at \$260,000 or \$265,000. Dominion Life advised Mr. Korkontzilas that it would accept \$265,000. Instead of conveying this information to Mr. Soulos as he should have, Mr. Korkontzilas arranged for his wife, Panagiota Goutsoulas, to purchase the property using the name Panagiot Goutsoulas. Panagiot Goutsoulas then transferred the property to Panagiota and Fotios Korkontzilas as joint tenants. Mr. Soulos asked what had happened to the property. Mr. Korkontzilas told him to “forget about it”; the vendor no longer wanted to sell it and he would find him a better property. Mr. Soulos asked Mr. Korkontzilas whether he had had anything to do with the vendor’s change of heart. Mr. Korkontzilas said he had not.

In 1987 Mr. Soulos learned that Mr. Korkontzilas had purchased the property for himself. He brought an action against Mr. Korkontzilas to have the property conveyed to him, alleging breach of fiduciary duty giving rise to a constructive trust. He asserted that the property held special value to him because its tenant was his banker, and being one’s banker’s landlord was a source of prestige in the Greek community of which he was a member. However, Mr. Soulos abandoned his claim for damages because the market value of the property had, in fact, decreased from the time of the Korkontzilas purchase.

## II

L’appelant, M. Korkontzilas, est un courtier en immeubles. L’intimé, M. Soulos, était son client. En 1984, M. Korkontzilas a repéré un immeuble commercial susceptible, selon lui, d’intéresser M. Soulos. En effet, M. Soulos était intéressé à acheter l’immeuble. Monsieur Korkontzilas a entamé des négociations au nom de M. Soulos. Il a offert une somme de 250 000 \$ pour l’immeuble. Le vendeur, la Dominion Life, a rejeté l’offre et a présenté une contre-offre dans laquelle il exigeait une somme de 275 000 \$. Monsieur Soulos a rejeté la contre-offre, mais il est revenu à la charge en offrant 260 000 \$ ou 265 000 \$. La Dominion Life a informé M. Korkontzilas qu’elle accepterait de vendre l’immeuble pour 265 000 \$. Au lieu de transmettre cette information à M. Soulos comme il aurait dû le faire, M. Korkontzilas a pris des dispositions pour que son épouse, Panagiota Goutsoulas, achète l’immeuble sous le nom de Panagiot Goutsoulas. Panagiot Goutsoulas a ensuite transféré l’immeuble à Panagiota et Fotios Korkontzilas à titre de copropriétaires. Monsieur Soulos a demandé ce qu’il était advenu de l’immeuble. Monsieur Korkontzilas lui a dit de [TRADUCTION] «l’oublier», que le vendeur ne voulait plus le vendre, mais qu’il lui trouverait quelque chose de mieux. Monsieur Soulos a demandé à M. Korkontzilas s’il avait quelque chose à voir avec le changement d’idée du vendeur. La réponse de M. Korkontzilas a été négative.

En 1987, M. Soulos a appris que M. Korkontzilas avait acheté l’immeuble pour lui-même. Alléguant un manquement à une obligation fiduciaire donnant lieu à une fiducie par interprétation, il a intenté une action contre M. Korkontzilas afin d’obtenir que l’immeuble lui soit transféré. Il a soutenu que l’immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que son banquier en était locataire et que le fait d’être le bailleur de son propre banquier était une source de prestige dans la communauté grecque à laquelle il appartenait. Toutefois, M. Soulos a renoncé à revendiquer des dommages-intérêts parce que la valeur marchande de l’immeuble avait, en réalité, diminué depuis que M. Korkontzilas l’avait acheté.

2

3

4 The trial judge found that Mr. Korkontzilas had breached a duty of loyalty to Mr. Soulos, but held that a constructive trust was not an appropriate remedy because Mr. Korkontzilas had purchased the property at market value and hence had not been “enriched”: (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205 (hereinafter cited to O.R.). The decision was reversed on appeal, Labrosse J.A. dissenting: (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221 (hereinafter cited to O.R.).

5 For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. In my view, the doctrine of constructive trust applies and requires that Mr. Korkontzilas convey the property he wrongly acquired to Mr. Soulos.

### III

6 The first question is what duties Mr. Korkontzilas owed to Mr. Soulos in relation to the property. This question returns us to the findings of the trial judge. The trial judge rejected the submission of Mr. Soulos that an agreement existed requiring Mr. Korkontzilas to present all properties in the Danforth area to him exclusively before other purchasers. He found, however, that Mr. Korkontzilas became the agent for Mr. Soulos when he prepared the offer which Mr. Soulos signed with respect to the property at issue. He further found that this agency relationship extended to reporting the vendor’s response to Mr. Soulos. This relationship of agency was not terminated when the vendor made its counter-offer. The trial judge therefore concluded that Mr. Korkontzilas was acting as Mr. Soulos’ agent at all material times.

7 The trial judge went on to state that the relationship of agent and principal is fiduciary in nature. He concluded that as agent to Mr. Soulos, Mr. Korkontzilas owed Mr. Soulos a “duty of loyalty”. He found that Mr. Korkontzilas breached this duty of loyalty when he failed to refer the vendor’s counter-offer to Mr. Soulos.

Le juge du procès a conclu que M. Korkontzilas avait manqué à un devoir de loyauté envers M. Soulos, mais il a statué que la fiducie par interprétation n’était pas la réparation appropriée parce que M. Korkontzilas avait acquis l’immeuble à sa valeur marchande et ne s’était donc pas «enrichi»: (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205 (ci-après cité au O.R.). La décision a été infirmée en appel, le juge Labrosse étant dissident: (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221 (ci-après cité au O.R.).

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Selon moi, la doctrine de la fiducie par interprétation s’applique et exige que M. Korkontzilas transfère à M. Soulos l’immeuble acquis de manière irrégulière.

### III

La première question à trancher est celle de savoir quelles étaient les obligations de M. Korkontzilas à l’égard de M. Soulos en ce qui a trait à l’immeuble. Cette question nous ramène aux conclusions du juge du procès. Celui-ci a rejeté l’argument de M. Soulos selon lequel il existait une entente obligeant M. Korkontzilas à lui proposer en exclusivité tous les immeubles dans la région de Danforth avant de les offrir à d’autres acheteurs. Il a toutefois conclu que M. Korkontzilas était devenu le mandataire de M. Soulos lorsqu’il a préparé l’offre que M. Soulos a signée relativement à l’immeuble en cause. Il a en outre considéré que ce mandat comportait l’obligation de faire part à M. Soulos de la réponse du vendeur. Le mandat n’avait pas pris fin lorsque le vendeur a présenté sa contre-offre. Le juge du procès a donc conclu que M. Korkontzilas était, pendant toute la période pertinente, le mandataire de M. Soulos.

Le juge du procès a ajouté que les rapports entre le mandant et le mandataire étaient de nature fiduciaire. Il a conclu qu’en qualité de mandataire de M. Soulos, M. Korkontzilas avait un «devoir de loyauté» envers celui-ci. Il a estimé que M. Korkontzilas avait manqué à ce devoir de loyauté en n’informant pas M. Soulos de la contre-offre du vendeur.

The Court of Appeal did not take issue with these conclusions. The majority did, however, differ from the trial judge on what consequences flowed from Mr. Korkontzilas' breach of the duty of loyalty.

## IV

This brings us to the main issue on this appeal: what remedy, if any, does the law afford Mr. Soulos for Mr. Korkontzilas' breach of the duty of loyalty in acquiring the property in question for himself rather than passing the vendor's statement of the price it would accept on to his principal, Mr. Soulos?

At trial Mr. Soulos' only claim was that the property be transferred to him for the price paid by Mr. Korkontzilas, subject to adjustments for changes in value and losses incurred on the property since purchase. He abandoned his claim for damages at an early stage of the proceedings. This is not surprising, since Mr. Korkontzilas had paid market value for the property and had, in fact, lost money on it during the period he had held it. Still, Mr. Soulos maintained his desire to own the property.

Mr. Soulos argued that the property should be returned to him under the equitable doctrine of constructive trust. The trial judge rejected this claim, on the ground that constructive trust arises only where the defendant has been unjustly enriched by his wrongful act. The fact that damages offered Mr. Soulos no compensation was of no moment: "It would be anomalous to declare a constructive trust, in effect, because a remedy in damages is unsatisfactory, the plaintiff having suffered none" (p. 69). Furthermore, "it seems simply disproportionate and inappropriate to utilize the drastic remedy of a constructive trust where the plaintiff has suffered no damage" (p. 69). The trial judge added that nominal damages were inappropriate, damages having been waived, and that

La Cour d'appel n'a pas remis en question ces conclusions. Les juges majoritaires n'étaient toutefois pas du même avis que le juge du procès quant aux conséquences du manquement par M. Korkontzilas à son devoir de loyauté.

## IV

Cela nous amène à la principale question en litige dans le présent pourvoi: quelle réparation, s'il en est, le droit offre-t-il à M. Soulos par suite du manquement au devoir de loyauté commis par M. Korkontzilas lorsqu'il a acquis l'immeuble en question au lieu de faire part à son mandant, M. Soulos, du prix que le vendeur accepterait?

Au procès, M. Soulos a seulement demandé le transfert de l'immeuble sur paiement de la somme versée par M. Korkontzilas, sous réserve des ajustements nécessaires par suite des changements de valeur intervenus et des pertes subies depuis l'achat de l'immeuble. Il s'est désisté de sa demande de dommages-intérêts au début de la poursuite, ce qui n'est pas étonnant vu que M. Korkontzilas avait acquis l'immeuble pour sa valeur marchande et qu'il avait en fait perdu de l'argent au cours de la période pendant laquelle il en avait été propriétaire. Quoiqu'il en soit, M. Soulos voulait toujours devenir propriétaire de l'immeuble.

Monsieur Soulos a soutenu que l'immeuble devait lui être remis en vertu de la doctrine de la fiducie par interprétation reconnue en *equity*. Le juge du procès a rejeté cette prétention pour le motif qu'il ne pouvait y avoir fiducie par interprétation que si le défendeur s'était enrichi sans cause par suite de sa conduite fautive. L'impossibilité d'indemniser M. Soulos au moyen de dommages-intérêts n'avait aucune importance: [TRADUCTION] «Il serait anormal de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation parce que le recours aux dommages-intérêts n'est pas satisfaisant, le demandeur n'ayant subi aucun préjudice» (à la p. 69). De plus, [TRADUCTION] «il semble tout simplement exagéré et inapproprié d'accorder la réparation draconienne que constitue la fiducie par interprétation lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice» (à la p. 69). Le juge du procès a ajouté qu'il

8

9

10

11

Mr. Soulos had mitigated his loss by buying other properties.

n'y avait pas lieu d'accorder des dommages-intérêts symboliques étant donné qu'il y avait eu renonciation aux dommages-intérêts et que M. Soulos avait atténué sa perte en achetant d'autres immeubles.

<sup>12</sup> The majority of the Court of Appeal took a different view. Carthy J.A. held that the award of an equitable remedy is discretionary and dependent on all the facts before the court. In his view, however, the trial judge had exercised his discretion on a wrong principle. Carthy J.A. asserted that the moral quality of the defendant's act may dictate the court's intervention. Most real estate transactions involve one person acting gratuitously for the purchaser, while seeking commission from the vendor. The fiduciary duties of the agent would be meaningless if the agent could simply acquire the property at market value, and then deny that he or she is a constructive trustee because no damages are suffered. In such circumstances, equity will "intervene with a proprietary remedy to sustain the integrity of the laws which it supervises" (p. 261). Carthy J.A. conceded that Mr. Soulos' reason for desiring the property may seem "whimsical". But viewed against the broad context of real estate transactions, he found that the remedy of constructive trust in these circumstances serves a "salutary purpose". It enables the court to ensure that immoral conduct is not repeated, undermining the bond of trust that enables the industry to function. The majority accordingly ordered conveyance of the property subject to appropriate adjustments.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'un avis différent. Le juge Carthy a statué que la décision d'accorder une réparation en *equity* était discrétionnaire et dépendait de l'ensemble des faits invoqués devant le tribunal. Selon lui, le juge du procès avait toutefois exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné. Le juge Carthy a affirmé que la valeur morale de la conduite du défendeur pouvait dicter l'intervention du tribunal. Dans la plupart des opérations immobilières, une personne agit gracieusement pour l'acheteur tout en demandant une commission au vendeur. Les obligations fiduciaires de l'agent seraient dénuées de sens si celui-ci pouvait tout simplement acquérir l'immeuble à sa valeur marchande et nier ensuite qu'il est fiduciaire par interprétation parce qu'aucun préjudice n'a été subi. Dans de telles circonstances, les tribunaux d'*equity* [TRADUCTION] «accordent une réparation fondée sur la propriété pour préserver l'intégrité des règles de droit dont ils surveillent l'application» (à la p. 261). Le juge Carthy a admis que le motif pour lequel M. Soulos désirait l'immeuble pouvait sembler [TRADUCTION] «fantaisiste». Il a toutefois conclu que, si on l'examine dans le contexte général des opérations immobilières, le recours à la fiducie par interprétation dans ces circonstances vise un [TRADUCTION] «objectif salutaire». Elle permet au tribunal de veiller à ce que ne se reproduise pas un comportement immoral qui risque d'ébranler la relation de confiance sur laquelle repose la profession. Les juges majoritaires ont donc ordonné le transfert de la propriété de l'immeuble sous réserve des ajustements nécessaires.

<sup>13</sup> The difference between the trial judge and the majority in the Court of Appeal may be summarized as follows. The trial judge took the view that in the absence of established loss, Mr. Soulos had no action. To grant the remedy of constructive trust in the absence of loss would be "simply disproportionate and inappropriate", in his view. The major-

La divergence entre le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel peut se résumer de la manière suivante. Le juge du procès était d'avis qu'en l'absence d'une perte établie, M. Soulos n'avait aucun droit d'action. Selon lui, il serait «tout simplement exagéré et inapproprié» d'accorder, en l'absence d'une perte, la fiducie par

ity in the Court of Appeal, by contrast, took a broader view of when a constructive trust could apply. It held that a constructive trust requiring reconveyance of the property could arise in the absence of an established loss in order to condemn the agent's improper act and maintain the bond of trust underlying the real estate industry and hence the "integrity of the laws" which a court of equity supervises.

The appeal thus presents two different views of the function and ambit of the constructive trust. One view sees the constructive trust exclusively as a remedy for clearly established loss. On this view, a constructive trust can arise only where there has been "enrichment" of the defendant and corresponding "deprivation" of the plaintiff. The other view, while not denying that the constructive trust may appropriately apply to prevent unjust enrichment, does not confine it to that role. On this view, the constructive trust may apply absent an established loss to condemn a wrongful act and maintain the integrity of the relationships of trust which underlie many of our industries and institutions.

It is my view that the second, broader approach to constructive trust should prevail. This approach best accords with the history of the doctrine of constructive trust, the theory underlying the constructive trust, and the purposes which the constructive trust serves in our legal system.

V

The appellants argue that this Court has adopted a view of constructive trust based exclusively on unjust enrichment in cases such as *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. Therefore, they argue, a constructive trust cannot be imposed in cases like this where the plaintiff can demonstrate

interprétation. Par contre, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont adopté une conception plus large du champ d'application de la fiducie par interprétation. Ils ont statué qu'il pouvait y avoir une fiducie par interprétation exigeant la rétrocession du bien en l'absence d'une perte établie afin de sanctionner l'acte répréhensible de l'agent et de préserver le lien de confiance sur lequel repose la profession du courtage immobilier et, par conséquent, «l'intégrité des règles de droit» dont les tribunaux d'*equity* sont chargés de surveiller l'application.

Le pourvoi expose donc deux conceptions différentes du rôle et de la portée de la fiducie par interprétation. Les partisans de la première conception considèrent que la fiducie par interprétation ne peut être accordée que dans le cas d'une perte clairement établie. Selon eux, il ne peut y avoir de fiducie par interprétation que s'il y a «enrichissement» du défendeur et «appauvrissement» correspondant du demandeur. Même s'ils ne nient pas que la fiducie par interprétation peut s'appliquer pour empêcher l'enrichissement sans cause, les partisans de la seconde conception ne la confinent pas dans ce rôle. Selon eux, la fiducie par interprétation peut s'appliquer en l'absence d'une perte établie pour condamner une conduite fautive et préserver l'intégrité du lien de confiance qui est à la base même d'un bon nombre de nos professions et institutions.

14

Je suis d'avis que cette seconde conception plus large de la fiducie par interprétation devrait l'emporter. Elle concorde davantage avec l'évolution de la doctrine de la fiducie par interprétation, la théorie sur laquelle repose la fiducie par interprétation, et les objectifs que cette fiducie vise dans notre système juridique.

15

V

Les appelants soutiennent que le point de vue adopté par notre Cour relativement à la fiducie par interprétation dans des arrêts tels *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, repose exclusivement sur l'enrichissement sans cause. Par conséquent, ils font valoir qu'une fiducie par interprétation ne

16

no deprivation and corresponding enrichment of the defendant.

peut pas être imposée dans les cas où, comme en l'espèce, le demandeur ne peut pas établir un appauvrissement ainsi qu'un enrichissement correspondant du défendeur.

17 The history of the law of constructive trust does not support this view. Rather, it suggests that the constructive trust is an ancient and eclectic institution imposed by law not only to remedy unjust enrichment, but to hold persons in different situations to high standards of trust and probity and prevent them from retaining property which in "good conscience" they should not be permitted to retain. This served the end, not only of doing justice in the case before the court, but of protecting relationships of trust and the institutions that depend on these relationships. These goals were accomplished by treating the person holding the property as a trustee of it for the wronged person's benefit, even though there was no true trust created by intention. In England, the trust thus created was thought of as a real or "institutional" trust. In the United States and recently in Canada, jurisprudence speaks of the availability of the constructive trust as a remedy; hence the remedial constructive trust.

L'évolution des règles de droit relatives à la fiducie par interprétation n'étaye pas un tel point de vue. Elle semble plutôt indiquer que la fiducie par interprétation est une institution ancienne et éclectique imposée par le droit non pas seulement pour remédier à l'enrichissement sans cause, mais aussi pour obliger des personnes se trouvant dans diverses situations à se conformer à des normes élevées en matière de confiance et de probité et les empêcher de conserver des biens qu'en toute «conscience» elles ne devraient pas être autorisées à garder. Cette doctrine avait pour but non seulement d'assurer que justice soit rendue dans l'affaire dont le tribunal était saisi, mais aussi de protéger les liens de confiance ainsi que les institutions qui en dépendent. Il a été possible d'atteindre ces objectifs en considérant que la personne détenait le bien à titre de fiduciaire pour le bénéfice de la personne lésée, même en l'absence d'une fiducie au sens strict créée par la volonté des parties. En Angleterre, la fiducie ainsi créée était appelée fiducie réelle ou «institutionnelle». Aux États-Unis, et récemment au Canada, il est question dans la jurisprudence de la possibilité de demander la fiducie par interprétation à titre de réparation.

18 While specific situations attracting a constructive trust have been identified, the older English jurisprudence offers no satisfactory limiting or unifying conceptual theory for the constructive trust. As D. W. M. Waters, *The Constructive Trust* (1964), at p. 39, puts it, the constructive trust "was never any more than a convenient and available language medium through which . . . the obligations of parties might be expressed or determined". The constructive trust was used in English law "to link together a number of disparate situations . . . on the basis that the obligations imposed by law in these situations might in some way be likened to the obligations which were imposed upon an express trustee": J. L. Dewar, "The Development

Même si elle reconnaît des cas précis où s'applique la fiducie par interprétation, la théorie générale du droit anglais ancien n'offre aucun concept limitatif ou unificateur satisfaisant pour la fiducie par interprétation. Comme l'indique D. W. M. Waters dans son ouvrage intitulé *The Constructive Trust* (1964), à la p. 39, la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «n'a jamais été autre chose qu'une expression pratique et utile servant à décrire ou à exprimer les obligations des parties». La fiducie par interprétation était utilisée en droit anglais [TRADUCTION] «pour établir un lien entre des situations variées . . . du fait que les obligations imposées par le droit dans de tels cas pouvaient à certains égards être assimilées aux obliga-

of the Remedial Constructive Trust” (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312, at p. 317, citing Waters, *supra*.

The situations in which a constructive trust was recognized in England include constructive trusts arising on breach of a fiduciary relationship, as well as trusts imposed to prevent the absence of writing from depriving a person of proprietary rights, to prevent a purchaser with notice from fraudulently retaining trust properties, and to enforce secret trusts and mutual wills. See Dewar, *supra*, at p. 334. The fiduciary relationship underlies much of the English law of constructive trust. As Waters, *supra*, at p. 33, writes: “the fiduciary relationship is clearly wed to the constructive trust over the whole, or little short of the whole, of the trust’s operation”. At the same time, not all breaches of fiduciary relationships give rise to a constructive trust. As L. S. Sealy, “Fiduciary Relationships”, [1962] *Camb. L.J.* 69, at p. 73, states:

The word “fiduciary,” we find, is *not* definitive of a single class of relationships to which a fixed set of rules and principles apply. Each equitable remedy is available only in a limited number of fiduciary situations; and the mere statement that John is in a fiduciary relationship towards me means no more than that in some respects his position is trustee-like; it does not warrant the inference that any particular fiduciary principle or remedy can be applied. [Emphasis in original.]

Nor does the absence of a classic fiduciary relationship necessarily preclude a finding of a constructive trust; the wrongful nature of an act may be sufficient to constitute breach of a trust-like duty: see Dewar, *supra*, at pp. 322-23.

Canadian courts have never abandoned the principles of constructive trust developed in England.

tions qui étaient imposées à un fiduciaire exprès»: J. L. Dewar, «The Development of the Remedial Constructive Trust» (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312, à la p. 317, citant Waters, précité.

Parmi les cas où la fiducie par interprétation a été reconnue en Angleterre, notons ceux où la fiducie découlait d’un manquement à une obligation fiduciaire ainsi que ceux où elle était imposée pour éviter que l’absence d’un écrit ne prive une personne de ses droits de propriété, pour empêcher un acheteur ayant une connaissance préalable de retenir frauduleusement des biens en fiducie ou pour assurer l’exécution des fiducies secrètes et des testaments mutuels. Voir Dewar, précité, à la p. 334. Les rapports fiduciaires sous-tendent une bonne partie des règles de droit anglais applicables à la fiducie par interprétation. Comme l’écrit Waters, précité, à la p. 33: [TRADUCTION] «les rapports fiduciaires sont manifestement inhérents à la fiducie par interprétation pour tout ce qui touche ou presque son application». Par ailleurs, ce ne sont pas tous les manquements à des obligations fiduciaires qui donnent naissance à une fiducie par interprétation. Comme le dit L. S. Sealy dans «Fiduciary Relationships», [1962] *Camb. L.J.* 69, à la p. 73:

[TRADUCTION] Selon nous, le terme «fiduciaire» ne définit *pas* une seule catégorie de rapports auxquels s’applique un ensemble de règles et de principes déterminés. Chacun des recours prévus par l’*equity* ne peut être exercé que dans un nombre limité de situations fiduciaires; le simple fait de déclarer que Jean a des rapports fiduciaires avec moi signifie simplement que sa situation est à certains égards assimilable à celle d’un fiduciaire; cela ne permet pas de conclure qu’il est possible d’appliquer un principe ou un recours fiduciaire donné. [En italique dans l’original.]

L’absence de rapports fiduciaires traditionnels n’empêche pas nécessairement non plus de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation; le caractère fautif de la conduite peut suffire pour constituer un manquement à une obligation assimilable à une obligation fiduciaire: voir Dewar, précité, aux pp. 322 et 323.

Les tribunaux canadiens n’ont jamais abandonné les principes de la fiducie par interprétation qui ont

They have, however, modified them. Most notably, Canadian courts in recent decades have developed the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. It is now established that a constructive trust may be imposed in the absence of wrongful conduct like breach of fiduciary duty, where three elements are present: (1) the enrichment of the defendant; (2) the corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) the absence of a juristic reason for the enrichment: *Pettkus v. Becker*, *supra*.

été élaborés en Angleterre. Ils les ont toutefois modifiés. Plus particulièrement, au cours des dernières décennies, les tribunaux canadiens ont utilisé la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause. Il est désormais établi qu'une fiducie par interprétation peut être imposée en l'absence d'un comportement fautif, tel le manquement à une obligation fiduciaire, lorsque trois éléments sont réunis: (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement: *Pettkus c. Becker*, précité.

21 This Court's assertion that a remedial constructive trust lies to prevent unjust enrichment in cases such as *Pettkus v. Becker* should not be taken as expunging from Canadian law the constructive trust in other circumstances where its availability has long been recognized. The language used makes no such claim. A. J. McClean, "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155, at p. 170, describes the ratio of *Pettkus v. Becker* as "a modest enough proposition". He goes on: "It would be wrong . . . to read it as one would read the language of a statute and limit further development of the law".

L'affirmation par notre Cour, dans des arrêts comme *Pettkus c. Becker*, que la fiducie par interprétation peut être accordée pour prévenir l'enrichissement sans cause, ne devrait pas être interprétée comme ayant fait disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation dans les autres cas où l'on reconnaît depuis longtemps la possibilité d'y avoir recours. Les termes utilisés ne permettent pas de faire une telle affirmation. Pour A. J. McClean, «Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155, le ratio de l'arrêt *Pettkus c. Becker* est [TRADUCTION] «un énoncé assez modéré» (à la p. 170). Il ajoute: [TRADUCTION] «Il serait erroné . . . de l'interpréter comme on interpréterait le texte d'une loi et de limiter l'évolution du droit».

22 Other scholars agree that the constructive trust as a remedy for unjust enrichment does not negate a finding of a constructive trust in other situations. D. M. Paciocco, "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315, at p. 318, states: "the constructive trust that is used to remedy unjust enrichment must be distinguished from the other types of constructive trusts known to Canadian law prior to 1980". Paciocco asserts that unjust enrichment is not a necessary condition of a constructive trust (at p. 320):

D'autres auteurs reconnaissent que l'imposition de la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause n'empêche pas de conclure à l'existence d'une telle fiducie dans d'autres situations. Dans son article intitulé «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315, à la p. 318, D. M. Paciocco dit qu' [TRADUCTION] «il faut établir une distinction entre la fiducie par interprétation qui est utilisée pour remédier à l'enrichissement sans cause et les autres types de fiducies par interprétation qui existaient en droit canadien avant 1980». Paciocco affirme que l'enrichissement sans cause n'est pas une condition essentielle à l'existence d'une fiducie par interprétation (à la p. 320):

... in the largest traditional category, the fiduciary constructive trust, there need be no deprivation experienced by the particular plaintiff. The constructive trust is imposed to raise the morality of the marketplace generally, with the beneficiaries of some of these trusts receiving what can only be described as a windfall.

Dewar, *supra*, holds a similar view (at p. 332):

While it is unlikely that Canadian courts will abandon the learning and the classifications which have grown up in connection with the English constructive trust, it is submitted that the adoption of the American style constructive trust by the Supreme Court of Canada in *Pettikus v. Becker* will profoundly influence the future development of Canadian trust law.

Dewar, *supra*, at pp. 332-33, goes on to state: "In English and Canadian law there is no general agreement as to precisely which situations give rise to a constructive trust, though there are certain general categories of cases in which it is agreed that a constructive trust does arise". One of these is to correct fraudulent or disloyal conduct.

M. M. Litman, "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407, at p. 414, sees unjust enrichment as a useful tool in rationalizing the traditional categories of constructive trust. Nevertheless he opines that it would be a "significant error" to simply ignore the traditional principles of constructive trust. He cites a number of Canadian cases subsequent to *Pettikus v. Becker*, *supra*, which impose constructive trusts for wrongful acquisition of property, even in the absence of unjust enrichment and correlative deprivation, and concludes that the constructive trust "cannot always be explained by the unjust enrichment model of constructive trust" (p. 416). In sum, the old English law remains part of contemporary Canadian law and guides its development. As La Forest J.A. (as he then was) states in *White v. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78 (N.B.C.A.), at p. 90, cited by Litman, *supra*, the courts "will

[TRADUCTION] ... dans la catégorie traditionnelle la plus large, soit la fiducie par interprétation, il n'est pas nécessaire qu'il y ait appauvrissement du demandeur. La fiducie par interprétation est imposée pour relever le degré de moralité sur le marché en général, les bénéficiaires de certaines de ces fiducies recevant ce que l'on ne peut décrire que comme un profit fortuit.

Dewar, précité, a un point de vue analogue (à la p. 332):

[TRADUCTION] Même s'il est peu probable que les tribunaux canadiens abandonnent les notions et les classifications relatives à la fiducie par interprétation appliquée en Angleterre, nous croyons que l'adoption par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pettikus c. Becker* d'une fiducie par interprétation de style américain influencera profondément l'évolution du droit des fiducies canadien.

Dewar, précité, ajoute aux pp. 332 et 333: [TRADUCTION] «En droit anglais et en droit canadien, il n'y a aucune unanimité sur les cas précis dans lesquels s'applique la fiducie par interprétation même s'il est admis qu'il existe certaines catégories générales de situations qui donnent lieu à une telle fiducie». L'une de ces situations est celle où l'on tente de remédier à un comportement frauduleux ou déloyal.

Dans «The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407, à la p. 414, M. M. Litman considère que l'enrichissement sans cause constitue un outil utile pour rationaliser les catégories traditionnelles de fiducies par interprétation. Il est néanmoins d'avis qu'on commettrait une [TRADUCTION] «erreur importante» en écartant tout simplement les principes traditionnels de la fiducie par interprétation. Il cite diverses décisions canadiennes, postérieures à l'arrêt *Pettikus c. Becker*, précité, qui imposent des fiducies par interprétation pour remédier à l'acquisition irrégulière de biens, même en l'absence d'un enrichissement sans cause et d'un appauvrissement correspondant, et il conclut que la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «ne peut pas toujours s'expliquer par le modèle de la fiducie par interprétation fondée sur l'enrichissement sans cause» (p. 416). En résumé, le droit anglais ancien fait encore partie du droit canadien contemporain et oriente son évolution. Comme le dit le juge La Forest (maintenant juge

not venture far onto an uncharted sea when they can administer justice from a safe berth”.

25 I conclude that the law of constructive trust in the common law provinces of Canada embraces the situations in which English courts of equity traditionally found a constructive trust as well as the situations of unjust enrichment recognized in recent Canadian jurisprudence.

## VI

26 Various principles have been proposed to unify the situations in which the English law found constructive trust. R. Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at p. 61, suggest that unjust enrichment is such a theme. However, unless “enrichment” is interpreted very broadly to extend beyond pecuniary claims, it does not explain all situations in which the constructive trust has been applied. As McClean, *supra*, at p. 168, states: “however satisfactory [the unjust enrichment theory] may be for other aspects of the law of restitution, it may not be wide enough to cover all types of constructive trust”. McClean goes on to note the situation raised by this appeal: “In some cases, where such a trust is imposed the trustee may not have obtained any benefit at all; this could be the case, for example, when a person is held to be a trustee *de son tort*. A plaintiff may not always have suffered a loss.” McClean concludes (at pp. 168-69): “Unjust enrichment may not, therefore, satisfactorily explain all types of restitutionary claims”.

27 McClean, among others, regards the most satisfactory underpinning for unjust enrichment to be the concept of “good conscience” which lies at

de notre Cour) dans l’arrêt *White c. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78 (C.A.N.-B.), à la p. 90, cité par Litman, précité, les tribunaux [TRADUCTION] «ne s’aventureront pas dans des domaines inconnus lorsqu’ils peuvent administrer la justice en s’en tenant à des principes sûrs».

Je conclus que les règles de droit relatives à la fiducie par interprétation dans les provinces de common law du Canada visent les cas où les tribunaux d’*equity* anglais ont traditionnellement conclu à l’existence d’une fiducie par interprétation de même que les cas d’enrichissement sans cause reconnus dans la jurisprudence canadienne récente.

## VI

Divers principes ont été proposés pour donner cohésion aux cas où le droit anglais permettait de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation. Dans l’ouvrage intitulé *The Law of Restitution* (3<sup>e</sup> éd. 1986), à la p. 61, R. Goff et G. Jones sont d’avis que l’enrichissement sans cause est l’un de ces principes. Toutefois, à moins que le terme «enrichissement» ne soit interprété de façon très large de manière à n’être pas limité aux réclamations pécuniaires, il n’explique pas tous les cas où la fiducie par interprétation a été appliquée. Comme le dit McClean, précité, à la p. 168: [TRADUCTION] «aussi satisfaisante que soit [la théorie de l’enrichissement sans cause] pour les autres aspects du droit applicable en matière de restitution, sa portée n’est peut-être pas assez large pour englober tous les types de fiducies par interprétation». McClean aborde ensuite la situation soulevée par le présent pourvoi: [TRADUCTION] «Dans certains cas, lorsqu’une telle fiducie est imposée, il se peut que le fiduciaire n’ait obtenu aucun avantage; ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque la personne est déclarée fiduciaire *de son tort*. Le demandeur n’a peut-être pas toujours subi une perte. McClean conclut (aux pp. 168 et 169): [TRADUCTION] «Par conséquent, l’enrichissement sans cause ne peut pas expliquer de façon satisfaisante toutes les catégories de demandes de restitution».

McClean, comme d’autres, considère que le principe le plus satisfaisant pour fonder la théorie de l’enrichissement sans cause est le concept de la

“the very foundation of equitable jurisdiction” (p. 169):

“Safe conscience” and “natural justice and equity” were two of the criteria referred to by Lord Mansfield in *Moses v. MacFerlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (K.B.) in dealing with an action for money had and received, the prototype of a common law restitutionary claim. “Good conscience” has a sound basis in equity, some basis in common law, and is wide enough to encompass constructive trusts where the defendant has not obtained a benefit or where the plaintiff has not suffered a loss. It is, therefore, as good as, or perhaps a better, foundation for the law of restitution than is unjust enrichment.

Other scholars agree with McClean that good conscience may provide a useful way of unifying the different forms of constructive trust. Litman, *supra*, adverts to the “natural justice and equity” or “good conscience” trust “which operates as a remedy for wrongs which are broader in concept than unjust enrichment” and goes on to state that this may be viewed as the underpinning of the various institutional trusts as well as the unjust enrichment restitutionary constructive trust (at pp. 415-16).

Good conscience as the unifying concept underlying constructive trust has attracted the support of many jurists. Edmund Davies L.J. suggested that the concept of a “want of probity” in the person upon whom the constructive trust is imposed provides “a useful touchstone in considering circumstances said to give rise to constructive trusts”: *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276 (C.A.), at p. 301. Cardozo J. similarly endorsed the unifying theme of good conscience in *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919), at p. 380:

A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder

«conscience» qui est à la [TRADUCTION] «base même de la compétence en *equity*» (à la p. 169):

[TRADUCTION] La «conscience tranquille» ainsi que «la justice naturelle et l'*equity*» étaient deux des critères mentionnés par lord Mansfield dans l'arrêt *Moses c. MacFerlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (K.B.), dans une action en recouvrement des sommes reçues, le prototype des demandes de restitution en common law. Le concept de la «conscience» a des assises solides en *equity* et un certain fondement en common law; il est suffisamment large pour s'appliquer aux fiducies par interprétation lorsque le défendeur n'a obtenu aucun avantage ou lorsque le demandeur n'a pas subi de perte. Par conséquent, on peut dire qu'il s'agit dans le cas du droit de la restitution d'un fondement aussi solide sinon meilleur que l'enrichissement sans cause.

D'autres experts reconnaissent comme McClean que le concept de la conscience peut s'avérer utile pour assurer la cohésion des différentes formes de fiducie par interprétation. Litman, précité, signale la fiducie fondée sur [TRADUCTION] «la justice naturelle et l'*equity*» ou la «conscience» [TRADUCTION] «qui constitue un recours pour les préjudices débordant le cadre de l'enrichissement sans cause», et il ajoute que l'on peut considérer qu'il s'agit du fondement des diverses fiducies institutionnelles ainsi que de la fiducie par interprétation en matière de restitution pour enrichissement sans cause (aux pp. 415 et 416).

De nombreux juristes sont d'accord pour considérer la conscience comme le concept unificateur à la base même de la fiducie par interprétation. Selon lord juge Edmund Davies, l'idée d'un «manque de probité» chez la personne à laquelle la fiducie par interprétation est imposée constitue [TRADUCTION] «une pierre de touche utile pour déterminer les circonstances dans lesquelles il y aurait fiducie par interprétation»: *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276 (C.A.), à la p. 301. Le juge Cardozo a approuvé en termes similaires le thème unificateur de la conscience dans la décision *Beatty c. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919), à la p. 380:

[TRADUCTION] La fiducie par interprétation est la formule utilisée pour exprimer la conscience de l'*equity*. Lorsque des biens ont été acquis dans des circonstances

28

29

of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee. [Emphasis added.]

telles que le titulaire du titre en common law ne peut pas, en toute conscience, en retenir l'intérêt bénéficiaire, l'*equity* fait de cette personne un fiduciaire. [Je souligne.]

30 Lord Denning M.R. expressed similar views in a series of cases applying the constructive trust as a remedy for wrong-doing: see *Neale v. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions v. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286. In *Binions*, referring to the statement by Cardozo J., *supra*, Denning M.R. stated that the court would impose a constructive trust "for the simple reason that it would be utterly inequitable for the plaintiffs to turn the defendant out contrary to the stipulation subject to which they took the premises" (p. 368). In *Hussey*, he said the following of the constructive trust (at pp. 1289-90): "By whatever name it is described, it is a trust imposed by law whenever justice and good conscience require it".

Lord Denning, maître des rôles, a exprimé un point de vue analogue dans une série de décisions où la fiducie par interprétation a été imposée pour remédier à un acte fautif: voir *Neale c. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions c. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey c. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286. Dans *Binions*, faisant référence au juge Cardozo, précité, lord Denning a dit que le tribunal imposerait une fiducie par interprétation [TRADUCTION] «pour la simple raison qu'il serait tout à fait injuste que les demandeurs expulsent le défendeur en violation de la clause aux termes de laquelle ils ont occupé les locaux» (p. 368). Dans *Hussey*, il a dit ce qui suit au sujet de la fiducie par interprétation (aux pp. 1289 et 1290): [TRADUCTION] «Quel que soit le terme employé pour la décrire, il s'agit d'une fiducie imposée en vertu du droit lorsque la justice et la conscience l'exigent».

31 Many English scholars have questioned Lord Denning's expansive statements on constructive trust. Nevertheless, he is not alone: Bingham J. similarly referred to good conscience as the basis for equitable intervention in *Neste Oy v. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658.

De nombreux auteurs anglais ont remis en question les déclarations extensives de lord Denning au sujet de la fiducie par interprétation. Néanmoins, il n'est pas seul dans son camp: le juge Bingham a également indiqué dans la décision *Neste Oy c. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658, que le concept de la conscience était le fondement d'une intervention en *equity*.

32 The New Zealand Court of Appeal also appears to have accepted good conscience as the basis for imposing a constructive trust in *Elders Pastoral Ltd. v. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180. Cooke P., at pp. 185-86, cited the following passage from Bingham J.'s reasons in *Neste Oy*, *supra*, at p. 666:

Dans l'arrêt *Elders Pastoral Ltd. c. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande semble aussi avoir accepté que la conscience pouvait justifier l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le président Cooke, aux pp. 185 et 186, a cité le passage suivant des motifs du juge Bingham dans le jugement *Neste Oy*, précité, à la p. 666:

Given the situation of [the defendants] when the last payment was received, any reasonable and honest directors of that company (or the actual directors had they known of it) would, I feel sure, have arranged for the repayment of that sum to the plaintiffs without hesitation or delay. It would have seemed little short of sharp practice for [the defendants] to take any benefit from the payment, and it would have seemed contrary to any

[TRADUCTION] Compte tenu de la situation [des défendeurs] lorsque le dernier paiement a été reçu, tout administrateur raisonnable et honnête de cette compagnie (ou les administrateurs actuels s'ils l'avaient su) aurait, j'en suis certain, pris des dispositions, sans hésitation ni retard, pour que cette somme soit remboursée aux demandeurs. Il aurait été quasiment déloyal de la part [des défendeurs] de tirer avantage du paiement, et il

ordinary notion of fairness that the general body of creditors should profit from the accident of a payment made at a time when there was bound to be a total failure of consideration. Of course it is true that insolvency always causes loss and perfect fairness is unattainable. The bank, and other creditors, have their legitimate claims. It nonetheless seems to me that at the time of its receipt [the defendants] could not in good conscience retain this payment and that accordingly a constructive trust is to be inferred. [Emphasis added.]

Cooke P. concluded simply (at p. 186): “I do not think that in conscience the stock agents can retain this money.” *Elders* has been taken to stand for the proposition that even in the absence of a fiduciary relationship or unjust enrichment, conduct contrary to good conscience may give rise to a remedial constructive trust: see *Mogal Corp. v. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; J. Dixon, “The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment” (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147, at pp. 157-58. Although the Judicial Committee of the Privy Council rejected the creation of a constructive trust on grounds of good conscience in *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806, the fact remains that good conscience is a theme underlying constructive trust from its earliest times.

Good conscience addresses not only fairness between the parties before the court, but the larger public concern of the courts to maintain the integrity of institutions like fiduciary relationships which the courts of equity supervised. As La Forest J. states in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 453:

The law of fiduciary duties has always contained within it an element of deterrence. This can be seen as early as *Keech* in the passage cited *supra*; see also *Canadian Aero, supra*, at pp. 607 and 610; *Canson, supra*, at p. 547, *per* McLachlin J. In this way the law is able to monitor a given relationship society views as socially

aurait semblé contraire à toute notion ordinaire d'équité que l'ensemble des créanciers puisse profiter du fait qu'un paiement a été fait à un moment où il n'y avait plus aucune contrepartie. Certes, l'insolvabilité entraîne toujours des pertes et il est impossible d'atteindre la perfection en matière d'équité. La banque et d'autres créanciers ont des réclamations légitimes. Il me semble néanmoins qu'au moment de la réception du paiement, [les défendeurs] ne pouvaient en toute conscience retenir cet argent et que, par conséquent, il faut conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation. [Je souligne.]

Le président Cooke a tout simplement conclu (à la p. 186): [TRADUCTION] «Je ne pense pas qu'en toute conscience, les courtiers puissent conserver cet argent.» On a considéré que la décision *Elders* appuyait la thèse voulant que, même en l'absence de rapports fiduciaires ou d'enrichissement sans cause, le comportement contraire à la conscience pouvait entraîner l'imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation: voir *Mogal Corp. c. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; J. Dixon, «The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment», (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147, aux pp. 157 et 158. Même si dans *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806, le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté la création d'une fiducie par interprétation pour satisfaire aux exigences de la conscience, il n'en demeure pas moins que la conscience est depuis le début un thème sous-jacent à la fiducie par interprétation.

La conscience concerne non seulement l'équité entre les parties devant le tribunal, mais aussi le souci plus général des tribunaux de maintenir l'intégrité d'institutions tels les rapports fiduciaires que les tribunaux d'*equity* étaient chargés de surveiller. Comme le dit le juge La Forest dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 453:

Le droit des obligations fiduciaires a toujours comporté un élément de dissuasion. On peut déjà le constater dans le passage susmentionné de l'arrêt *Keech*, précité; voir aussi *Canadian Aero*, précité, aux pp. 607 et 610; *Canson*, précité, à la p. 547, le juge McLachlin. Le droit est ainsi en mesure de surveiller une relation que la

useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility.

The constructive trust imposed for breach of fiduciary relationship thus serves not only to do the justice between the parties that good conscience requires, but to hold fiduciaries and people in positions of trust to the high standards of trust and probity that commercial and other social institutions require if they are to function effectively.

34

It thus emerges that a constructive trust may be imposed where good conscience so requires. The inquiry into good conscience is informed by the situations where constructive trusts have been recognized in the past. It is also informed by the dual reasons for which constructive trusts have traditionally been imposed: to do justice between the parties and to maintain the integrity of institutions dependent on trust-like relationships. Finally, it is informed by the absence of an indication that a constructive trust would have an unfair or unjust effect on the defendant or third parties, matters which equity has always taken into account. Equitable remedies are flexible; their award is based on what is just in all the circumstances of the case.

35

Good conscience as a common concept unifying the various instances in which a constructive trust may be found has the disadvantage of being very general. But any concept capable of embracing the diverse circumstances in which a constructive trust may be imposed must, of necessity, be general. Particularity is found in the situations in which judges in the past have found constructive trusts. A judge faced with a claim for a constructive trust will have regard not merely to what might seem "fair" in a general sense, but to other situations where courts have found a constructive trust. The

société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d'une réglementation officielle qui risquerait d'en réduire l'utilité sociale.

La fiducie par interprétation imposée pour manquement à une obligation fiduciaire permet non seulement de rendre justice aux parties comme l'exige la conscience, mais aussi d'obliger les fiduciaires et autres personnes occupant des postes de confiance à se conformer aux normes élevées en matière de confiance et de probité nécessaires pour assurer l'efficacité des institutions commerciales et autres institutions sociales.

Il ressort qu'une fiducie par interprétation peut être imposée lorsque la conscience l'exige. L'examen portant sur les exigences de la conscience doit tenir compte des situations où des fiducies par interprétation ont été reconnues dans le passé. Il est guidé aussi par les deux raisons pour lesquelles les fiducies par interprétation ont été traditionnellement imposées: rendre justice aux parties et préserver l'intégrité d'institutions fondées sur des rapports assimilables à ceux qui existent dans le cadre des fiducies. Enfin, l'examen se fait en fonction de l'absence d'indication qu'une fiducie par interprétation aurait un effet inéquitable ou injuste sur le défendeur ou sur des tiers, ce dont l'*equity* a toujours tenu compte. Les réparations reconnues en *equity* sont souples; elles sont accordées en fonction de ce qui est juste compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

La conscience comme élément unificateur dans les différents cas où il est possible de conclure à une fiducie par interprétation a l'inconvénient d'être très générale. Mais tout concept capable d'englober les diverses circonstances dans lesquelles une fiducie par interprétation peut être imposée doit obligatoirement l'être. Ce sont les circonstances particulières des cas où les juges ont conclu dans le passé à l'existence d'une fiducie par interprétation qui viennent préciser le concept général. Le juge à qui l'on demande d'imposer une fiducie par interprétation tiendra compte non seulement de ce qui pourrait sembler «équitable» dans un sens général, mais aussi des autres cas où les tribunaux ont conclu à l'existence d'une fiducie par interprétation. L'objectif consiste simplement à

goal is but a reasoned, incremental development of the law on a case-by-case basis.

The situations which the judge may consider in deciding whether good conscience requires imposition of a constructive trust may be seen as falling into two general categories. The first category concerns property obtained by a wrongful act of the defendant, notably breach of fiduciary obligation or breach of duty of loyalty. The traditional English institutional trusts largely fall under but may not exhaust (at least in Canada) this category. The second category concerns situations where the defendant has not acted wrongfully in obtaining the property, but where he would be unjustly enriched to the plaintiff's detriment by being permitted to keep the property for himself. The two categories are not mutually exclusive. Often wrongful acquisition of property will be associated with unjust enrichment, and vice versa. However, either situation alone may be sufficient to justify imposition of a constructive trust.

In England the law has yet to formally recognize the remedial constructive trust for unjust enrichment, although many of Lord Denning's pronouncements pointed in this direction. The courts do, however, find constructive trusts in circumstances similar to those at bar. Equity traditionally recognized the appropriateness of a constructive trust for breach of duty of loyalty simpliciter. The English law is summarized by Goff and Jones, *The Law of Restitution*, *supra*, at p. 643:

A fiduciary may abuse his position of trust by diverting a contract, purchase or other opportunity from his beneficiary to himself. If he does so, he is deemed to hold that contract, purchase, or opportunity on trust for the beneficiary.

P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985) (at pp. 330; 338-43) agrees. He suggests that cases of conflict of interest not infrequently may give rise to constructive trust, absent unjust

assurer l'évolution logique et progressive du droit, cas par cas.

On peut considérer que les cas dont le juge doit tenir compte pour déterminer si la conscience exige l'imposition d'une fiducie par interprétation entrent dans deux catégories générales. La première catégorie concerne les biens obtenus par suite de la conduite fautive du défendeur, notamment le manquement à une obligation fiduciaire ou le manquement à un devoir de loyauté. Les fiducies institutionnelles anglaises traditionnelles entrent généralement dans cette catégorie sans toutefois être les seules à en faire partie (du moins au Canada). La seconde catégorie concerne les cas où le défendeur n'a pas obtenu les biens de manière irrégulière, mais où il s'enrichirait sans cause au détriment du demandeur si on lui permettait de les conserver. Les deux catégories ne sont pas mutuellement exclusives. L'acquisition de biens d'une manière irrégulière sera souvent associée à l'enrichissement sans cause, et vice versa. Toutefois, l'un ou l'autre de ces éléments peut suffire à justifier l'imposition d'une fiducie par interprétation.

En Angleterre, le droit ne reconnaît pas encore formellement la fiducie par interprétation accordée à titre de réparation dans les cas d'enrichissement sans cause, même si de nombreuses déclarations de lord Denning vont dans ce sens. Toutefois, les tribunaux concluent bel et bien à l'existence de la fiducie par interprétation dans des circonstances analogues à celles dont il est question en l'espèce. L'*equity* reconnaît traditionnellement qu'il est juste d'imposer une fiducie par interprétation pour un simple manquement à un devoir de loyauté. Le droit anglais est résumé par Goff et Jones dans *The Law of Restitution*, précité, à la p. 643:

[TRADUCTION] Il se peut que le fiduciaire abuse de sa position de confiance en utilisant à son profit un contrat, une acquisition de biens ou une autre occasion d'affaires au détriment de son bénéficiaire. S'il le fait, il est réputé détenir en fiducie pour le bénéficiaire les avantages ainsi détournés.

P. Birks est d'accord avec ce principe dans l'ouvrage intitulé *An Introduction to the Law of Restitution* (1985) (à la p. 330 et aux pp. 338 à 343). Il indique que les conflits d'intérêts sont souvent à

enrichment. Birks distinguishes between anti-enrichment wrongs and anti-harm wrongs (at p. 340). A fiduciary acting in conflict of interest represents a risk of actual or potential harm, even though his misconduct may not always enrich him. A constructive trust may accordingly be ordered.

l'origine de la fiducie par interprétation accordée en l'absence d'enrichissement sans cause. Birks fait une distinction entre les actes fautifs réprimés en vue de prévenir l'enrichissement et ceux qui sont condamnés afin de faire obstacle à un préjudice (p. 340). Un fiduciaire en conflit d'intérêts représente un risque de préjudice réel ou potentiel, même si son inconduite ne l'enrichit pas toujours. Une fiducie par interprétation peut en conséquence être ordonnée.

38

Both categories of constructive trust are recognized in the United States; although unjust enrichment is sometimes cited as the rationale for the constructive trust in the U.S., in fact its courts recognize the availability of constructive trust to require the return of property acquired by wrongful act absent unjust enrichment of the defendant and reciprocal deprivation of the plaintiff. Thus the authors of *Scott on Trusts* (3rd ed. 1967), vol. V, at p. 3410, state that the constructive trust "is available where property is obtained by mistake or by fraud or by other wrong". Or as Cardozo C.J. put it, "[a] constructive trust is, then, the remedial device through which preference of self is made subordinate to loyalty to others": *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928), at p. 548, cited in *Scott on Trusts*, *supra*, at p. 3412. *Scott on Trusts*, *supra*, at p. 3418, states that there are cases "in which a constructive trust is enforced against a defendant, although the loss to the plaintiff is less than the gain to the defendant or, indeed, where there is no loss to the plaintiff".

Les deux catégories de fiducie par interprétation sont reconnues aux États-Unis; même si l'enrichissement sans cause est parfois invoqué aux États-Unis pour justifier la fiducie par interprétation, en fait, les tribunaux y reconnaissent qu'il est possible d'avoir recours à la fiducie par interprétation pour obtenir la remise du bien acquis par suite d'une conduite fautive en l'absence d'un enrichissement sans cause du défendeur et d'un appauvrissement correspondant du demandeur. Ainsi, les auteurs de *Scott on Trusts* (3<sup>e</sup> éd. 1967), vol. V, à la p. 3410, affirment que la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «peut être invoquée lorsque le bien est obtenu par erreur ou par fraude, ou à la suite d'une autre conduite fautive». Ou comme l'a dit le juge Cardozo, [TRADUCTION] «[u]ne fiducie par interprétation est donc le mécanisme de réparation en vertu duquel l'intérêt personnel s'efface devant la loyauté envers autrui»: *Meinhard c. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928), à la p. 548, cité dans *Scott on Trusts*, précité, à la p. 3412. *Scott on Trusts*, précité, indique, à la p. 3418, qu'il y a des cas [TRADUCTION] «où une fiducie par interprétation est imposée au défendeur même si la perte du demandeur est inférieure au gain réalisé par le défendeur ou, en fait, lorsque le demandeur n'a subi aucune perte».

39

Canadian courts also recognize the availability of constructive trusts for both wrongful acquisition of property and unjust enrichment. Applying the English law, they have long found constructive trusts as a consequence of wrongful acquisition of property, for example by fraud or breach of fiduciary duty. More recently, Canadian courts have recognized the availability of the American-style remedial constructive trust in cases of unjust

Les tribunaux canadiens reconnaissent aussi la possibilité de recourir à la fiducie par interprétation tant dans les cas où des biens sont acquis d'une manière irrégulière que dans les cas d'enrichissement sans cause. Appliquant le droit anglais, ils concluent depuis longtemps à l'existence d'une fiducie par interprétation à la suite d'une acquisition irrégulière de biens, par exemple en raison d'une fraude ou d'un manquement à une obligation

enrichment: *Pettkus v. Becker*, *supra*. However, since *Pettkus v. Becker* Canadian courts have continued to find constructive trusts where property has been wrongfully acquired, even in the absence of unjust enrichment. While such cases appear infrequently since few choose to litigate absent pecuniary loss, they are not rare.

Litman, *supra*, at p. 416, notes that in “the post-*Pettkus v. Becker* era there are numerous cases where courts have used the institutional constructive trust without advertent to or relying on unjust enrichment”. The imposition of a constructive trust in these cases is justified not on grounds of unjust enrichment, but on the ground that the defendant’s wrongful act requires him to restore the property thus obtained to the plaintiff.

Thus in *Ontario Wheat Producers’ Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (Ont. C.A.), a constructive trust was imposed on a bank which received money with actual knowledge that it belonged to someone other than the depositor.

Again, in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (B.C.S.C.), a constructive trust was imposed on individuals who knowingly participated in a breach of fiduciary duty despite a finding that unjust enrichment would not warrant the imposition of a trust because the plaintiff company could not be said to have suffered a loss or deprivation since its own policy precluded it from receiving the profits. Dohm J. (as he then was) stated that the constructive trust was required “not to balance the equities but to ensure that trustees and fiduciaries remain faithful and that those who

fiduciaire. Plus récemment, les tribunaux canadiens ont reconnu qu’il était possible d’imposer une fiducie par interprétation analogue à celle qui existe aux États-Unis dans les cas d’enrichissement sans cause: *Pettkus c. Becker*, précité. Toutefois, depuis cet arrêt, les tribunaux canadiens ont continué de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation lorsque des biens ont été acquis de manière irrégulière, même en l’absence d’enrichissement sans cause. Bien que de tels cas ne soient pas fréquents car peu de justiciables choisissent d’intenter des poursuites en l’absence d’une perte pécuniaire, ils ne sont pas rares.

Litman, précité, à la p. 416, fait remarquer que [TRADUCTION] «depuis l’arrêt *Pettkus c. Becker*, il y a eu de nombreux cas où les tribunaux ont eu recours à la fiducie par interprétation institutionnelle sans qu’il soit question d’enrichissement sans cause». L’imposition d’une fiducie par interprétation dans de tels cas se justifie non pas par l’enrichissement sans cause, mais par le fait que la conduite fautive du défendeur l’oblige à remettre le bien ainsi obtenu au demandeur.

Ainsi, dans l’arrêt *Ontario Wheat Producers’ Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (C.A. Ont.), une fiducie par interprétation a été imposée à une banque qui avait reçu de l’argent tout en sachant qu’il n’appartenait pas au déposant mais à un tiers.

De même, dans l’arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (C.S.C.-B.), une fiducie par interprétation a été imposée à des personnes qui avaient participé sciemment à un manquement à une obligation fiduciaire, même si on avait conclu que l’enrichissement sans cause ne justifierait pas l’imposition d’une fiducie parce qu’il était impossible de dire que la compagnie demanderesse avait subi une perte ou un appauvrissement car sa propre politique l’empêchait de toucher les profits. Le juge Dohm (maintenant juge en chef adjoint) a dit que la fiducie par interprétation devait être accordée [TRADUCTION] «non pas en raison de ce qu’exige l’équité entre les parties, mais pour veiller à ce que les fiduciaires demeurent fidèles à la parole donnée et à ce que les per-

40

41

42

assist them in the breaches of their duty are called to account” (p. 302).

43 I conclude that in Canada, under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, as well as to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground: where there is a wrongful act but no unjust enrichment and corresponding deprivation; or where there is an unconscionable unjust enrichment in the absence of a wrongful act, as in *Pettkus v. Becker*, *supra*. Within these two broad categories, there is room for the law of constructive trust to develop and for greater precision to be attained, as time and experience may dictate.

44 The process suggested is aptly summarized by McClean, *supra*, at pp. 169-70:

The law [of constructive trust] may now be at a stage where it can distill from the specific examples a few general principles, and then, by analogy to the specific examples and within the ambit of the general principle, create new heads of liability. That, it is suggested, is not asking the courts to embark on too dangerous a task, or indeed on a novel task. In large measure it is the way that the common law has always developed.

## VII

45 In *Pettkus v. Becker*, *supra*, this Court explored the prerequisites for a constructive trust based on unjust enrichment. This case requires us to explore the prerequisites for a constructive trust based on wrongful conduct. Extrapolating from the cases where courts of equity have imposed constructive trusts for wrongful conduct, and from a discussion of the criteria considered in an essay by Roy Goode, “Property and Unjust Enrichment”, in Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of*

sonnes qui les aident à manquer à leurs obligations soient appelées à rendre des comptes» (p. 302).

Je conclus qu’au nom de la conscience, l’application de la fiducie par interprétation est reconnue au Canada tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l’enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. Bien qu’elle soit souvent imposée parce qu’il y a à la fois conduite fautive et enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation peut aussi être accordée pour l’un ou l’autre motif: lorsqu’il y a une conduite fautive mais aucun enrichissement sans cause ni appauvrissement correspondant ou lorsqu’il y a enrichissement sans cause moralement inadmissible, en l’absence de conduite fautive, comme dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité. Dans le cadre de ces deux grandes catégories les règles de droit relatives à la fiducie par interprétation pourront évoluer et se préciser au fil des ans et selon les cas qui pourront se présenter.

McClean, précité, a résumé avec habileté le processus évoqué (aux pp. 169 et 170):

[TRADUCTION] Le droit [en matière de fiducie par interprétation] en est peut-être arrivé à une étape où il est possible de dégager certains principes généraux à partir d’exemples précis et de créer, par analogie et dans le respect de ces principes généraux, de nouveaux chefs de responsabilité. À notre avis, il ne s’agit pas de demander aux tribunaux de se lancer dans une entreprise trop risquée ni même nouvelle, en fait, puisque dans une large mesure, c’est de cette manière que la common law a toujours évolué.

## VII

Dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, notre Cour a examiné sous tous leurs angles les conditions préalables à la fiducie par interprétation fondée sur l’enrichissement sans cause. La présente espèce nous oblige à étudier minutieusement les conditions essentielles à l’existence de la fiducie par interprétation fondée sur un comportement fautif. À la lumière des décisions des tribunaux d’*equity* imposant la fiducie par interprétation par suite de comportements fautifs et des critères

*Restitution* (1991), I would identify four conditions which generally should be satisfied:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected.

### VIII

Applying this test to the case before us, I conclude that Mr. Korkontzilas' breach of his duty of loyalty sufficed to engage the conscience of the court and support a finding of constructive trust for the following reasons.

First, Mr. Korkontzilas was under an equitable obligation in relation to the property at issue. His failure to pass on to his client the information he obtained on his client's behalf as to the price the vendor would accept on the property and his use of that information to purchase the property instead for himself constituted breach of his equitable duty of loyalty. He allowed his own interests to conflict with those of his client. He acquired the property wrongfully, in flagrant and inexcusable breach of his duty of loyalty to Mr. Soulos. This is the sort of situation which courts of equity, in Canada and

examinés dans un article de Roy Goode intitulé «Property and Unjust Enrichment», publié dans *Essays on the Law of Restitution* (1991), sous la direction d'Andrew Burrows, je conclus que quatre conditions doivent généralement être réunies:

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c'est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d'*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens;
- (2) il faut démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'*equity* lui imposait à l'égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés.

### VIII

Applicant ce critère à l'espèce, je conclus que le manquement par M. Korkontzilas à son devoir de loyauté a suffi pour engager la conscience du tribunal et lui permettre de conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation pour les motifs suivants.

Premièrement, M. Korkontzilas était assujéti à une obligation en *equity* relativement à l'immeuble en cause. L'omission de faire part à son client de l'information qu'il avait obtenue au nom de ce dernier quant au prix que le vendeur accepterait pour l'immeuble et l'utilisation de cette information pour acheter lui-même l'immeuble constituent un manquement au devoir de loyauté imposé par l'*equity*. Il a permis que ses propres intérêts entrent en conflit avec ceux de son client. Il a acheté l'immeuble de manière irrégulière, après avoir manqué de façon flagrante et inexcusable à son devoir de

elsewhere, have traditionally treated as involving an equitable duty, breach of which may give rise to a constructive trust, even in the absence of unjust enrichment.

48 Second, the assets in the hands of Mr. Korkontzilas resulted from his agency activities in breach of his equitable obligation to the plaintiff. His acquisition of the property was a direct result of his breach of his duty of loyalty to his client, Mr. Soulos.

49 Third, while Mr. Korkontzilas was not monetarily enriched by his wrongful acquisition of the property, ample reasons exist for equity to impose a constructive trust. Mr. Soulos argues that a constructive trust is required to remedy the deprivation he suffered because of his continuing desire, albeit for non-monetary reasons, to own the particular property in question. No less is required, he asserts, to return the parties to the position they would have been in had the breach not occurred. That alone, in my opinion, would be sufficient to persuade a court of equity that the proper remedy for Mr. Korkontzilas' wrongful acquisition of the property is an order that he is bound as a constructive trustee to convey the property to Mr. Soulos.

50 But there is more. I agree with the Court of Appeal that a constructive trust is required in cases such as this to ensure that agents and others in positions of trust remain faithful to their duty of loyalty: see *Hodgkinson v. Simms, supra, per* La Forest J. If real estate agents are permitted to retain properties which they acquire for themselves in breach of a duty of loyalty to their clients provided they pay market value, the trust and confidence which underpin the institution of real estate brokerage will be undermined. The message will be clear: real estate agents may breach their duties to their clients and the courts will do nothing about it, unless the client can show that the real estate

loyauté envers M. Soulos. Voilà le genre de situation où les tribunaux d'*equity*, au Canada et ailleurs, ont traditionnellement conclu à l'existence d'une obligation en *equity* dont la violation peut donner naissance à une fiducie par interprétation, même en l'absence d'enrichissement sans cause.

Deuxièmement, M. Korkontzilas a obtenu la possession de cet immeuble par suite des actes accomplis à titre de mandataire et du manquement à l'obligation que lui imposait l'*equity* envers le demandeur. L'acquisition de l'immeuble était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté envers son client, M. Soulos.

Troisièmement, même si M. Korkontzilas ne s'est pas enrichi pécuniairement par suite de l'acquisition irrégulière de l'immeuble, il existe de bonnes raisons pour que l'*equity* impose une fiducie par interprétation. Monsieur Soulos soutient qu'une fiducie par interprétation est nécessaire pour remédier à l'appauvrissement qu'il a subi en raison de son désir persistant de devenir propriétaire de l'immeuble en question, bien que pour des raisons non pécuniaires. Selon lui, cette mesure, et rien de moins, permettra de replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu manquement. À mon avis, cet argument à lui seul suffirait à convaincre un tribunal d'*equity* que la réparation appropriée pour l'acquisition irrégulière de l'immeuble par M. Korkontzilas est une ordonnance portant qu'il doit, à titre de fiduciaire par interprétation, transférer l'immeuble à M. Soulos.

Mais il y a plus. Comme la Cour d'appel, j'estime qu'une fiducie par interprétation est requise dans des cas comme celui-ci pour assurer le respect du devoir de loyauté auquel sont tenus les mandataires et autres personnes occupant des postes de confiance: voir *Hodgkinson c. Simms*, précité, le juge La Forest. Si les agents immobiliers sont autorisés à garder les immeubles qu'ils ont acquis pour eux-mêmes en violation de leur devoir de loyauté envers leurs clients à condition qu'ils paient la valeur marchande de l'immeuble, la confiance sur laquelle repose l'institution qu'est le courtage immobilier sera ébranlée. Le message sera clair: les agents immobiliers peuvent manquer

agent made a profit. This will not do. Courts of equity have always been concerned to keep the person who acts on behalf of others to his ethical mark; this Court should continue in the same path.

I come finally to the question of whether there are factors which would make imposition of a constructive trust unjust in this case. In my view, there are none. No third parties would suffer from an order requiring Mr. Korkontzilas to convey the property to Mr. Soulos. Nor would Mr. Korkontzilas be treated unfairly. Mr. Soulos is content to make all necessary financial adjustments, including indemnification for the loss Mr. Korkontzilas has sustained during the years he has held the property.

I conclude that a constructive trust should be imposed. I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal that the appellants convey the property to the respondent, subject to appropriate adjustments. The respondent is entitled to costs throughout.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague McLachlin J. While I agree with her conclusion that a breach of a fiduciary duty was made out herein, I disagree with her analysis concerning the appropriate remedy. In my view, she errs in upholding the decision of the majority of the Court of Appeal to overturn the trial judge and impose a constructive trust over the property in question. There are two broad reasons for my conclusion. First, the order of a constructive trust is a discretionary matter and, as such, is entitled to appellate deference. Given that the trial judge did not err in principle in declining to make such an order, appellate courts should not interfere with the exercise of his discretion. Second, even if appellate review were appropriate in the present

à leurs obligations envers leurs clients et les tribunaux n'interviendront pas à moins que le client puisse prouver que l'agent immobilier a réalisé un profit. C'est inacceptable. Les tribunaux d'*equity* se sont toujours souciés d'obliger la personne qui agit pour une autre à respecter l'éthique; notre Cour doit aller dans le même sens.

J'en viens maintenant à la question de savoir s'il existe en l'espèce des facteurs qui rendraient inéquitable l'imposition d'une fiducie par interprétation. À mon avis, il n'y en a aucun. Nul ne subira un préjudice du fait d'une ordonnance enjoignant à M. Korkontzilas de transférer l'immeuble à M. Soulos. Monsieur Korkontzilas ne sera pas non plus traité inéquitablement. Monsieur Soulos ne demande pas mieux que de faire les ajustements financiers nécessaires, y compris d'indemniser M. Korkontzilas pour la perte qu'il a subie au cours des années pendant lesquelles il a été propriétaire de l'immeuble.

Je conclus qu'une fiducie par interprétation doit être imposée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel portant que les appelants doivent transférer l'immeuble à l'intimé, sous réserve des ajustements appropriés. L'intimé a droit aux dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — J'ai lu les motifs de ma collègue, le juge McLachlin. Bien que j'adhère à sa conclusion selon laquelle le manquement à une obligation fiduciaire a été établi en l'espèce, je ne souscris pas à son analyse concernant la réparation appropriée. À mon avis, elle commet une erreur en confirmant le jugement par lequel les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision du juge du procès pour imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble en question. Ma conclusion se fonde sur deux motifs principaux. Premièrement, la décision d'imposer une fiducie par interprétation relève du pouvoir discrétionnaire du juge et, à ce titre, elle appelle à la retenue. Comme le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe en refusant de

51

52

53

case, a constructive trust as a remedy is not available where there has been no unjust enrichment. The main source of my disagreement with McLachlin J. arises in consideration of the second point, but in order to address the reasons of the majority in the court below as well, I will consider both of these issues in turn.

#### Standard of Review and the Exercise of Discretion

54

It is a matter of settled law that appellate courts should generally not interfere with orders exercised within a trial judge's discretion. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: see *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85. As acknowledged by the majority in the Court of Appeal ((1995), 25 O.R. (3d) 257, at p. 259), the decision to order a constructive trust is a matter of discretion. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, the majority held that the order of a constructive trust in response to a breach of a fiduciary duty would depend on all the circumstances. La Forest J. stated at p. 674:

In the case at hand, the restitutionary claim has been made out. The Court can award either a proprietary remedy, namely that Lac hand over the Williams property, or award a personal remedy, namely a monetary award. . . . [A constructive trust] is but one remedy, and will only be imposed in appropriate circumstances.

The discretionary approach to constructive trusts is also consistent with the approach to equitable remedies generally: see *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 585.

rendre une ordonnance en ce sens, les tribunaux d'appel ne devraient pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, même si l'examen en appel était justifié en l'espèce, il ne peut y avoir fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause. Quoique mon désaccord avec le juge McLachlin porte essentiellement sur ce dernier point, je traiterai tout de même de ces questions successivement, dans le cadre de mon analyse des motifs des juges majoritaires de la juridiction inférieure.

#### Norme de contrôle et exercice du pouvoir discrétionnaire

Il est bien établi en droit que, règle générale, les tribunaux d'appel ne devraient pas modifier les ordonnances rendues dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. En effet, de telles ordonnances ne peuvent être infirmées en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été fondé sur un principe erroné: voir *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85. Comme l'ont reconnu les juges majoritaires de la Cour d'appel ((1995), 25 O.R. (3d) 257, à la p. 259) la décision d'accorder la fiducie par interprétation est discrétionnaire. Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, la Cour a conclu à la majorité que la décision d'imposer une fiducie par interprétation à la suite d'un manquement à une obligation fiduciaire reposait sur l'examen de l'ensemble des circonstances. Le juge La Forest a dit, à la p. 674:

En l'espèce, on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La Cour peut accorder une réparation relative à la propriété, c'est-à-dire ordonner à Lac de rendre le bien-fonds Williams, ou accorder une indemnité, c'est-à-dire une somme d'argent. [ . . . ] [La fiducie par interprétation n'est qu'une] réparation parmi d'autres, et il n'y sera recouru que dans les circonstances appropriées.

Cette conception de la fiducie par interprétation axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est également conforme avec la manière d'aborder les réparations en *equity* de façon générale: voir *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, à la p. 585.

Given that ordering a constructive trust is a discretionary matter, it is necessary to show an error in principle on the part of the trial judge in order to overturn the judge's decision not to order such a remedy. In my view, the trial judge committed no such error.

The majority of the Court of Appeal apparently found that the trial judge erred in failing to consider the moral blameworthiness of the appellants' actions. Similarly, McLachlin J. would hold that a constructive trust was appropriate in the present case simply because of considerations of "good conscience". In my view, the trial judge considered the moral quality of the appellants' actions and thus there is no room for appellate intervention on this ground. He stated ((1991), 4 O.R. (3d) 51, at p. 69) that, while "[n]o doubt the maintenance of commercial morality is an element of public policy and a legitimate concern of the court", morality should generally not invite the intervention of the court, except where it is required in aid of enforcing some legal right. Put another way, in my view the trial judge was of the opinion that where there is otherwise no justification for ordering a constructive trust or any other remedy, the morality of the act will not alone justify such an order, which statement of the law is in my view correct.

The majority of the Court of Appeal stated (at pp. 259-60) that the principles set out by the trial judge may be applicable where there are alternative remedies, but are questionable where only one remedy is available, as in the present case. I do not accept this contention. If a constructive trust is held to be inappropriate where there are a variety of remedies available, I cannot understand the principle behind the conclusion that such a remedy may be appropriate where it is the only remedy available. The trial judge has a discretion to order a constructive trust, or not to order one, and this discretion should not be affected by the number of available remedies. In the present case, the plain-

La décision d'imposer une fiducie par interprétation étant discrétionnaire, il faut d'abord établir que le juge de première instance a commis une erreur de principe avant d'annuler sa décision de ne pas accorder une telle réparation. Selon moi, le juge du procès n'a pas commis une telle erreur.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu, semble-t-il, que le juge du procès a commis une erreur en ne prenant pas en compte la nature moralement répréhensible du comportement des appelants. De la même façon, le juge McLachlin, invoquant de simples considérations de «conscience», est d'avis qu'il y avait lieu d'imposer une fiducie par interprétation en l'espèce. Selon moi, le juge du procès a effectivement tenu compte de la valeur morale du comportement des appelants et, par conséquent, un tribunal d'appel ne peut intervenir en se fondant sur ce motif. Le juge du procès a dit ((1991), 4 O.R. (3d) 51, à la p. 69) que même s'il [TRADUCTION] «[n]e fait aucun doute que le maintien de la moralité dans les affaires constitue un aspect de l'ordre public sur lequel un tribunal est fondé à se pencher», la morale ne devrait pas, de façon générale, inciter le tribunal à intervenir, sauf lorsque cela s'avère nécessaire pour faire respecter un droit quelconque en common law. Autrement dit, j'estime que le juge du procès était d'avis que lorsque rien ne justifie que le tribunal accorde une fiducie par interprétation ou une autre réparation, la seule valeur morale de l'acte ne suffira pas à fonder une telle décision. Selon moi, cet énoncé du droit est juste.

Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel (aux pp. 259 et 260), les principes énoncés par le juge du procès pouvaient s'appliquer lorsque d'autres réparations s'offraient aux parties mais lorsqu'une seule réparation était possible, comme c'est le cas en l'espèce, leur application était contestable. Je ne souscris pas à ce raisonnement. Si la fiducie par interprétation est jugée inappropriée lorsque diverses réparations s'offrent aux parties, je ne vois pas en vertu de quel principe elle serait appropriée lorsqu'il s'agit de la seule réparation possible. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'imposer ou non la fiducie par interprétation et l'exercice de ce pouvoir ne devrait pas dépendre

55

56

57

tiff withdrew his claim for damages. While compensatory damages were unavailable since the plaintiff suffered no pecuniary loss (which I will discuss further below in assessing whether a constructive trust could have been ordered), the plaintiff could have sought exemplary damages — his decision not to do so should not bind the trial judge's discretion with respect to the order of a constructive trust.

58

The trial judge put significant emphasis on the absence of pecuniary gains in concluding that he would not order a constructive trust. For the reasons which I set out in detail below, I am of the opinion that the trial judge was correct in this regard. On the other hand, the majority of the Court of Appeal and McLachlin J. hold that the trial judge erred in improperly appreciating the deterrence role of a constructive trust in the present case. In my view, consideration of deterrence fails to disclose any error in principle on the part of the trial judge. Deterrence, like the morality of the acts in question, may be relevant to the exercise of discretion with respect to the remedy for a breach of a fiduciary duty (see, e.g., *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 421 and 453), but the trial judge in the present case did not fail to consider deterrence in deciding whether to order a constructive trust. As noted above, he stated that while "maintenance of commercial morality is . . . a legitimate concern of the court" (p. 69), it would not alone justify ordering a remedy in the present case. In my view, his mention of the "maintenance of commercial morality" indicates that the judge considered deterrence, but held that it alone could not justify a remedy in the present case. Thus, even if failure to consider deterrence could be consid-

du nombre des réparations possibles. En l'espèce, l'intimé a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Même s'il ne pouvait réclamer de dommages-intérêts compensatoires puisqu'il n'a subi aucune perte pécuniaire (j'examinerai cette question plus loin en déterminant si une fiducie par interprétation aurait pu être ordonnée), l'intimé aurait pu réclamer des dommages-intérêts punitifs. Sa décision de ne pas le faire ne devrait pas jouer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la fiducie par interprétation.

Le juge du procès a beaucoup insisté sur l'absence de profit en décidant de ne pas accorder la fiducie par interprétation. Pour les motifs que j'exposerai en détail plus loin, j'estime que la décision du juge du procès à cet égard était bien fondée. Par contre, les juges majoritaires de la Cour d'appel et le juge McLachlin considèrent que le juge du procès a commis une erreur en appréciant mal le rôle dissuasif de la fiducie par interprétation dans la présente affaire. À mon avis, la prise en considération du rôle dissuasif de la fiducie par interprétation ne révèle aucune erreur de principe de la part du juge du procès. Il se peut que l'élément de dissuasion, tout comme la valeur morale des actes visés, influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de décider de la réparation à accorder en cas de manquement à une obligation fiduciaire (voir, par ex., *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, aux pp. 421 et 453). Toutefois, en l'espèce, le juge du procès n'a pas omis de tenir compte de cet élément en déterminant s'il convenait d'ordonner la fiducie par interprétation. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge a affirmé que même si [TRANSDUCTION] «le maintien de la moralité dans les affaires constitue [. . .] un aspect de l'ordre public sur lequel un tribunal est fondé à se pencher» (à la p. 69), cet objectif, en soi, ne justifie pas l'octroi d'une réparation en l'espèce. À mon avis, cette mention du «maintien de la moralité dans les affaires» montre qu'après avoir tenu compte de l'élément de dissuasion, le juge a néanmoins conclu que celui-ci ne pouvait, en soi, justifier l'octroi d'une réparation en l'espèce. Par conséquent, même s'il était possible de qualifier d'erreur de principe l'omission de tenir compte de l'élément

ered an error in principle, the trial judge in the present case did not so err.

In my view, the trial judge committed no error in principle which could justify a decision to set aside his judgment and order a constructive trust. Even if the trial judge did commit some error in principle, however, in my view the remedy of a constructive trust was not available on the facts of the present case. That is, even if no deference is owed to the trial judge, the majority below erred in ordering a constructive trust and the appeal should be allowed. The following are my reasons for this conclusion.

#### Unjust Enrichment and the Availability of a Constructive Trust

McLachlin J. would hold that there are two general circumstances in which a constructive trust may be ordered: where there has been unjust enrichment and where there has been an absence of "good conscience". While unjust enrichment and the absence of "good conscience" may both be present in a particular case, McLachlin J. is of the view that either element individually is sufficient to order a constructive trust. By failing to consider the "good conscience" ground on its own, McLachlin J. finds that the trial judge erred. I respectfully disagree with this finding. In my view, recent case law in this Court is very clear that a constructive trust may only be ordered where there has been an unjust enrichment. For example, passages in *Lac Minerals, supra*, set out the circumstances in which an order of a constructive trust might be appropriate. In my opinion, it is clear from that decision that a constructive trust is not available as a remedy unless there has been an unjust enrichment. La Forest J. stated at pp. 673-74:

This Court has recently had occasion to address the circumstances in which a constructive trust will be imposed in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada*

de dissuasion, dans la présente affaire, le juge du procès n'a pas commis une telle erreur.

Selon moi, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe susceptible de justifier l'annulation de son jugement et l'imposition d'une fiducie par interprétation. Même s'il avait commis une erreur de principe, je suis d'avis que, vu les faits de l'espèce, la fiducie par interprétation ne s'offrirait pas aux parties. Autrement dit, même s'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en imposant la fiducie par interprétation et le pourvoi devrait être accueilli. Voici les motifs sur lesquels je fonde ma conclusion.

#### Enrichissement sans cause et possibilité de recourir à la fiducie par interprétation

Selon le juge McLachlin, les cas où la fiducie par interprétation peut être accordée entrent dans deux catégories générales: lorsqu'il y a enrichissement sans cause et lorsqu'il y a atteinte à la «conscience». Même s'il peut arriver que, dans un cas particulier, il y ait à la fois enrichissement sans cause et atteinte à la «conscience», le juge McLachlin est d'avis que la présence de l'un ou l'autre élément suffit pour imposer la fiducie par interprétation. Le juge McLachlin conclut qu'en ne tenant pas compte de ce que dicte la «conscience» indépendamment de toute autre considération, le juge du procès a commis une erreur. Avec égards, je ne souscris pas à cette conclusion. Selon moi, il ressort très clairement de la jurisprudence récente de notre Cour qu'une fiducie par interprétation ne peut être imposée que lorsqu'il y a un enrichissement sans cause. Par exemple, des extraits de l'arrêt *Lac Minerals*, précité, exposent les circonstances dans lesquelles il conviendrait d'imposer une fiducie par interprétation. À mon avis, il ressort clairement de cet arrêt que l'imposition d'une fiducie par interprétation ne peut être accordée à titre de réparation que lorsqu'il y a un enrichissement sans cause. Le juge La Forest a dit, aux pp. 673 et 674:

Cette Cour a été appelée récemment à examiner, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, les circonstances motivant

59

60

*Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. There, the Chief Justice discussed the development of the constructive trust over 200 years from its original use in the context of fiduciary relationships, through to *Pettkus v. Becker*, [[1980] 2 S.C.R. 834], where the Court moved to the modern approach with the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. He identified that *Pettkus v. Becker*, *supra*, set out a two-step approach. First, the Court determines whether a claim for unjust enrichment is established, and then, secondly, examines whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, a constructive trust was refused, not on the basis that it would not have been available between the parties (though in my view it may not have been appropriate), but rather on the basis that the claim for unjust enrichment had not been made out, so no remedial question arose.

In the case at hand, the restitutionary claim has been made out. The Court can award either a proprietary remedy, namely that Lac hand over the Williams property, or award a personal remedy, namely a monetary award. While, as the Chief Justice observed, “The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust”: see *Pettkus v. Becker*, at p. 847, the converse is not true. The constructive trust does not lie at the heart of the law of restitution. [Emphasis added.]

La Forest J. added at p. 678:

Much of the difficulty disappears if it is recognized that in this context the issue of the appropriate remedy only arises once a valid restitutionary claim has been made out. The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. [Emphasis added.]

<sup>61</sup> In *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, the majority cited some of the passages above from *Lac* with approval and held at p. 96 that, “[t]he requirement of unjust enrichment is fundamental to the use of a constructive trust.”

<sup>62</sup> Citing only *Pettkus*, *supra*, specifically, McLachlin J. states at para. 21 that it and other cases should not be taken to expunge from Cana-

l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le Juge en chef y a analysé l'évolution de la fiducie par interprétation au cours d'une période de 200 ans, depuis son emploi initial dans le cadre des rapports fiduciaires jusqu'à l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [[1980] 2 R.C.S. 834], dans lequel la Cour a donné à la fiducie par interprétation son emploi contemporain de réparation en matière d'enrichissement sans cause. Le Juge en chef a souligné que l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, établissait un processus en deux temps. En premier lieu, la Cour détermine si l'enrichissement sans cause est établi et ensuite elle se demande si, dans les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée à l'égard de cet enrichissement. Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, on a refusé d'appliquer la fiducie par interprétation, non pas parce qu'elle ne s'offrait pas aux parties (bien qu'à mon avis elle aurait pu ne pas être appropriée), mais plutôt parce que l'enrichissement sans cause n'ayant pas été établi, la question de la réparation ne se posait pas.

En l'espèce, on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La Cour peut accorder une réparation relative à la propriété, c'est-à-dire ordonner à Lac de rendre le bien-fonds Williams, ou accorder une indemnité, c'est-à-dire une somme d'argent. Même si, comme le Juge en chef le faisait observer à la p. 847 de l'arrêt *Pettkus c. Becker*, «Le principe de l'enrichissement sans cause est au coeur de la fiducie par interprétation», l'inverse n'est pas vrai. La fiducie par interprétation n'est pas au coeur du droit de la restitution. [Je souligne.]

Il a ajouté, à la p. 678:

Une grande partie de la difficulté disparaît si l'on reconnaît que, dans ce contexte, la question de la réparation appropriée se pose seulement une fois que l'on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. [Je souligne.]

Dans *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, les juges majoritaires ont cité et approuvé certains des passages de l'arrêt *Lac* et ils ont conclu, à la p. 96, que «[l']enrichissement sans cause est une condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation».

Se référant uniquement à l'arrêt *Pettkus*, précité, le juge McLachlin dit, au par. 21, que cet arrêt et d'autres décisions, ne devraient pas être interprétés

dian law the constructive trust in circumstances where there has not been unjust enrichment. With respect, I do not see how statements such as “[t]he requirement of unjust enrichment is fundamental to the use of a constructive trust” could do anything but expunge from Canadian law the use of constructive trusts where there has been no enrichment. Unjust enrichment has been repeatedly stated to be a requirement for a constructive trust; thus to order one where there has been no unjust enrichment would clearly depart from settled law.

Even aside from the case law, in my view, the unavailability of a constructive trust in the absence of unjust enrichment is consistent with the constructive trust’s remedial role. The respondent submitted that if no remedy is available in the present case, there would inappropriately be a right without a remedy. I disagree. Clearly, the beneficiary has a right to have the fiduciary adhere to its duty, and if damages are suffered, the beneficiary has a right to a remedy. In my view, this is analogous to remedial principles found elsewhere in the private law. Even if a duty is owed and breached in other legal contexts, there is no remedy unless a loss has been suffered. I may owe a duty to my neighbour to shovel snow off my walk, and I may breach that duty, but if my neighbour does not suffer any loss because of the breached duty, there is no tort and no remedy. Similarly, I may have a contractual duty to supply goods at a specific date for a specific price, but if I do not and the other party is able to purchase the same goods at the contract price at the same time and place, the party has not suffered damage and no remedy is available. It is entirely consistent with these rules to state that even if a fiduciary breaches a duty, if the fiduciary

comme faisant disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation en cas d’absence d’enrichissement sans cause. Avec égards, je ne vois pas comment des déclarations telles «[l]’enrichissement sans cause est une condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation» pourraient ne pas faire disparaître du droit canadien le recours à la fiducie par interprétation en l’absence d’enrichissement. Il a été maintes fois répété que l’enrichissement sans cause constituait une condition préalable au recours à la fiducie par interprétation. Par conséquent, l’imposition d’une telle fiducie en l’absence d’enrichissement sans cause, irait manifestement à l’encontre d’un principe juridique établi.

Même en faisant abstraction de la jurisprudence, j’estime que l’impossibilité d’imposer une fiducie par interprétation en l’absence d’un enrichissement sans cause est compatible avec le rôle réparateur de cette fiducie. L’intimé a soutenu que si aucune réparation ne s’offrait à lui en l’espèce, il en résulterait une situation inacceptable, car il jouirait d’un droit tout en étant privé d’un recours pour le faire respecter. Je ne suis pas d’accord. De toute évidence, le bénéficiaire a le droit d’exiger du fiduciaire qu’il remplisse son obligation et, s’il subit un préjudice, il a droit à une réparation. À mon avis, cela est conforme aux autres principes de droit privé en matière de réparation. La violation d’une obligation, dans d’autres contextes juridiques, donne lieu à une réparation uniquement en cas de perte. Ainsi, il se peut que j’aie l’obligation, envers mon voisin, de déneiger mon allée, et il se peut que j’aie manqué à cette obligation. Cependant, si cette violation ne fait subir aucune perte à mon voisin, il n’y a pas de délit civil et aucune réparation ne s’offre à lui. De la même façon, il se peut que j’aie l’obligation contractuelle de fournir des marchandises à une certaine date, à un prix déterminé. Si, après que j’ai manqué à mon obligation, mon cocontractant parvient à se procurer les mêmes marchandises au prix, à la date et au lieu prévus au contrat, il ne subira aucun préjudice et aucune réparation ne s’offrira à lui. Le principe selon lequel il n’existe aucune réparation en cas de violation d’une obligation d’un fiduciaire si celui-ci ne s’enrichit pas du fait de cette violation, est

is not unjustly enriched by the breach, there is no remedy.

64 Remedial principles generally thus support the rule against a constructive trust where there has been no unjust enrichment. The rule is also supported, in my view, by specific consideration of the principles governing constructive trusts set out in *Lac Minerals*. In *Lac Minerals*, La Forest J. stated that, even where there has been unjust enrichment, the constructive trust will be an exceptional remedy; the usual approach would be to award damages. He stated at p. 678:

In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. Thus, in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, *supra*, had the restitutionary claim been made out, there would have been no reason to award a constructive trust, as the plaintiff's claim could have been satisfied simply by a personal monetary award; a constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [Emphasis added.]

65 La Forest J. thus held that generally an aggrieved beneficiary will only be entitled to damages, not to the property itself. This implies that the beneficiary does not generally have a right to the property in question, but rather has a right to receive the value of the gains resulting from the acquisition of the property. Following this reasoning, if the value of the gains is zero, that is, there is no unjust enrichment, the beneficiary will not have a right to a remedy. Consequently, where there has been no unjust enrichment, there is no right to a constructive trust or any other remedy.

66 While, in my view, recent decisions of this Court and the principles underlying them settle the matter, McLachlin J. cites other Canadian case law in concluding that constructive trusts may be ordered even where there has not been unjust enrichment. She cites three lower court decisions which she claims involved the award of a constructive trust absent unjust enrichment. With respect, I do not read any one of these cases as supporting

parfaitement compatible avec les règles que je viens de mentionner.

Les principes en matière de réparation étaient donc, de façon générale, la règle interdisant l'imposition d'une fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause. À mon avis, l'analyse des principes régissant la fiducie par interprétation, exposés dans l'arrêt *Lac Minerals*, appuie également cette règle. Dans cet arrêt, le juge La Forest a dit que, même en cas d'enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation constituait une réparation extraordinaire, la solution normalement retenue étant les dommages-intérêts. Il a affirmé, à la p. 678:

Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. Ainsi, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, précité, si l'on avait établi qu'il y avait lieu à restitution, il n'y aurait eu aucune raison d'imposer une fiducie par interprétation puisqu'il aurait pu être satisfait aux prétentions du demandeur par une simple indemnité; il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence d'un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété. [Je souligne.]

Le juge La Forest conclut donc que le bénéficiaire lésé ne peut généralement obtenir que des dommages-intérêts, et non le bien lui-même. C'est dire qu'en général, le bénéficiaire n'a pas droit au bien en question mais plutôt à la valeur des gains tirés de son acquisition. Il s'ensuit que si aucun gain n'a été réalisé, c'est-à-dire s'il n'y a eu aucun enrichissement sans cause, le bénéficiaire n'a pas le droit d'obtenir réparation. Par conséquent, en l'absence d'enrichissement sans cause, il n'existe aucun droit à une fiducie par interprétation ni à aucune autre réparation.

Bien que, selon moi, les arrêts récents de notre Cour et les principes qui les sous-tendent règlent la question, le juge McLachlin, citant d'autres arrêts canadiens, conclut que la fiducie par interprétation peut s'appliquer même en l'absence d'enrichissement sans cause. Elle fait référence à trois décisions de juridictions inférieures qui, selon elle, ont imposé une fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause. Avec égards,

her claim. An unjust enrichment exists where there has been an enrichment of the defendant, a corresponding deprivation experienced by the plaintiff and the absence of any juristic reason for the enrichment: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, and *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. McLachlin J. fails to cite a case where a remedial constructive trust was ordered absent such an enrichment.

In *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (Ont. C.A.), a constructive trust was imposed on a bank which received money with actual knowledge that it belonged to someone other than the depositor. The bank was a secured creditor of the depositor, which depositor was in financial difficulty at the time of the deposits. Clearly, this case involved an unjust enrichment: the bank benefitted by gaining rights over the deposited money, as well as by increasing the likelihood of repayment of the depositor's credit; the plaintiff (a corporation whose agent, the depositor, breached his fiduciary obligations) was deprived of its right to its money; and there was no juristic reason for the enrichment. Thus, the order of a constructive trust responded to an unjust enrichment, whether or not the court adverted to such doctrine.

*MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (B.C.S.C.) is also, in my view, a case of unjust enrichment. In this case, a fiduciary to a corporation breached his duty by engaging in self-dealing without disclosing his interest. A constructive trust was imposed over the secret profits even though the plaintiff organization, because of its internal policy, could not have realized the profits itself. While the fiduciary was plainly enriched, the trial judge and McLachlin J. conclude that since the plaintiff could not have realized the profits,

j'estime qu'aucune de ces décisions n'étaye son point de vue. L'enrichissement sans cause se déduit de la présence de trois éléments, soit un enrichissement du défendeur, un appauvrissement correspondant du demandeur, et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426. Or, le juge McLachlin n'a cité aucune décision dans laquelle une fiducie par interprétation a été accordée à titre de réparation en l'absence d'un tel enrichissement.

Dans *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (C.A. Ont.), une fiducie par interprétation a été imposée à une banque qui a reçu, en toute connaissance de cause, des sommes d'argent qui appartenaient à une personne autre que le déposant. Dans cette affaire, la banque était créancière garantie du déposant qui éprouvait des difficultés financières au moment des dépôts. De toute évidence, il s'agissait d'un cas d'enrichissement sans cause: la banque tirait profit de la situation en obtenant des droits sur les sommes déposées tout en augmentant ses chances d'être remboursée du crédit fait au déposant; la demanderesse (une société dont le mandataire, le déposant, avait manqué à ses obligations fiduciaires) était privée du droit de recouvrer son argent; et il n'y avait aucun motif juridique justifiant l'enrichissement. L'imposition d'une fiducie par interprétation répondait donc à un enrichissement sans cause, que la cour ait fait allusion ou non à une telle doctrine.

*MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (C.S.C.-B.) présente, selon moi, un autre cas d'enrichissement sans cause. Dans cette affaire, le fiduciaire d'une société a manqué à son obligation en effectuant une opération intéressée, sans révéler son conflit d'intérêts. Une fiducie par interprétation a été imposée relativement aux profits secrets réalisés, même si la société demanderesse n'aurait pas pu, à cause de sa politique interne, réaliser elle-même les profits. Bien que le fiduciaire se soit manifestement enrichi, le juge du procès et le juge McLachlin ont conclu à l'absence d'un «appauvrissement correspondant» et donc

67

68

there was no “corresponding deprivation” and therefore no unjust enrichment.

69

I disagree with McLachlin J. that there was no unjust enrichment in *Binstead*. First of all, courts have consistently treated fiduciaries’ profits explicitly as unjust enrichment, whether or not the beneficiary could have earned the profits itself. For example, in *Reading v. The King*, [1948] 2 All E.R. 27 (K.B.D.), aff’d [1949] 2 All E.R. 68 (C.A.), aff’d [1951] 1 All E.R. 617 (H.L.), Denning J. stated at p. 28:

It matters not that the master has not lost any profit nor suffered any damage, nor does it matter that the master could not have done the act himself. If the servant has unjustly enriched himself by virtue of his service without his master’s sanction, the law says that he ought not to be allowed to keep the money. . . . [Emphasis added.]

In *Canadian Aero Service Ltd. v. O’Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 621-22, Laskin J., as he then was, stated:

Liability of O’Malley and Zarzycki for breach of fiduciary duty does not depend upon proof by Canaero that, but for their intervention, it would have obtained the Guyana contract; nor is it a condition of recovery of damages that Canaero establish what its profit would have been or what it has lost by failing to realize the corporate opportunity in question. It is entitled to compel the faithless fiduciaries to answer for their default according to their gain. Whether the damages awarded here be viewed as an accounting of profits or, what amounts to the same thing, as based on unjust enrichment, I would not interfere with the quantum. [Emphasis added.]

*Reading* and *O’Malley* are clear: the characterization of the profits earned by a fiduciary in breach of duty is one of unjust enrichment, whether or not the corporation could have earned the profits itself.

d’un enrichissement sans cause, étant donné que la demanderesse n’aurait pas pu réaliser elle-même les profits.

Je n’adhère pas au point de vue du juge McLachlin selon lequel il n’y avait pas d’enrichissement sans cause dans l’arrêt *Binstead*. Tout d’abord, les tribunaux ont, de façon constante, explicitement qualifié d’enrichissement sans cause les profits réalisés par le fiduciaire, peu importe que le bénéficiaire ait pu ou non les réaliser lui-même. Par exemple, dans *Reading c. The King*, [1948] 2 All E.R. 27 (K.B.D.), conf. par [1949] 2 All E.R. 68 (C.A.), conf. par [1951] 1 All E.R. 617 (H.L.), le juge Denning a dit (à la p. 28):

[TRADUCTION] Le fait que l’employeur n’a perdu aucun profit ni subi aucun préjudice est sans importance. Et le fait que l’employeur n’aurait pu accomplir l’acte lui-même n’a pas d’importance non plus. Si l’employé s’est enrichi de façon injuste du fait de l’exercice de ses fonctions et sans la permission de son employeur, la loi interdit qu’il soit autorisé à conserver l’argent . . . [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O’Malley*, [1974] R.C.S. 592, aux pp. 621 et 622, le juge Laskin, plus tard Juge en chef, a dit:

Pour établir la responsabilité d’O’Malley et de Zarzycki pour violation d’obligation de fiduciaire, il n’est pas nécessaire que Canaero démontre qu’elle aurait obtenu le contrat de la Guyane, si ce n’avait été de l’intervention de ces derniers; ce n’est pas non plus une condition du recouvrement de dommages-intérêts que Canaero établisse ce qu’auraient été ses profits éventuels ou ce qu’elle a perdu en ne réalisant pas l’occasion d’affaires en question. Elle a le droit d’obliger les fiduciaires déloyaux à rendre compte de leur manquement suivant le gain qu’ils ont réalisé. Que les dommages-intérêts adjugés en l’espèce soient considérés comme compte de profits ou, ce qui équivaut à la même chose, comme basés sur un enrichissement injuste, je suis d’avis de ne pas en modifier le montant. [Je souligne.]

Il ressort clairement des arrêts *Reading* et *O’Malley* que les profits réalisés par le fiduciaire à la suite d’un manquement à ses obligations sont rattachés à l’enrichissement sans cause, que la société ait été ou non en mesure de réaliser elle-même les profits. Par conséquent, il y a bien eu

Thus, *Binstead* involved unjust enrichment, contrary to McLachlin J.'s assertion.

I wish to add that the treatment of the profits as unjust enrichment in *Reading*, *O'Malley*, and *Binstead* is not inconsistent with the general rules governing unjust enrichment. The plaintiff in each case had a right to have the fiduciary adhere to his duty. When the defendant breached that duty, the profits earned as a result of that breach are essentially treated in equity as belonging to the corporation, whether or not the corporation could have earned those profits in the absence of the breach. As an example of the proprietary analogy, Denning M.R. stated at p. 856 in *Phipps v. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849 (C.A.), aff'd [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.), that:

[W]ith *information or knowledge* which he has been employed by his principal to collect or discover, or which he has otherwise acquired, for the use of his principal, then again if he turns it to his own use, so as to make a profit by means of it for himself, he is accountable . . . for such information or knowledge is the property of his principal, just as much as an invention is . . . [Italics in original; underlining added.]

Thus, in *Binstead*, the retention of the profits by the fiduciary would have deprived the corporation of its right to the profits. The deprivation is represented by the monies obtained by the fiduciary as a result of infringing the rights of the plaintiff. In order for there not to have been deprivation and unjust enrichment in circumstances otherwise similar to *Binstead*, the self-dealing could not have resulted in any secret profits — if a remedy were awarded in a case without profit, thus no enrichment nor deprivation, McLachlin J. could well point to the case for support. Given that there was profit in *Binstead*, however, there was unjust enrichment which justified the order of a constructive trust, whether or not the court explicitly relied upon unjust enrichment.

enrichissement sans cause dans l'arrêt *Binstead*, contrairement à ce qu'affirme le juge McLachlin.

J'aimerais ajouter que le fait que les profits aient été considérés comme un «enrichissement injuste» dans les arrêts *Reading*, *O'Malley*, et *Binstead* n'est pas incompatible avec les règles générales régissant l'enrichissement sans cause. Dans chaque cas, la partie demanderesse avait le droit d'obtenir le respect par le fiduciaire de son obligation. Les profits réalisés par la partie défenderesse par suite du manquement à son obligation sont considérés en *equity* comme appartenant à la société, que cette dernière ait été ou non en mesure de réaliser ces profits en l'absence du manquement visé. Pour illustrer l'analogie établie avec le droit de propriété, le maître des rôles Denning a dit, dans *Phipps c. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849 (C.A.), à la p. 856, conf. par [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.), que:

[TRADUCTION] [S]'il réalise un profit personnel à l'aide des *renseignements ou connaissances* qu'il devait recueillir ou découvrir pour le compte de son mandataire ou qu'il a par ailleurs acquis pour ce dernier, il peut être tenu responsable [ . . . ], car de tels renseignements ou connaissances appartiennent à son mandataire, au même titre qu'une invention . . . [En italique dans l'original; je souligne.]

Par conséquent, dans l'arrêt *Binstead*, la conservation des profits par le fiduciaire aurait privé la société de son droit à ceux-ci. Les sommes que le fiduciaire a obtenues en portant atteinte aux droits de la partie demanderesse représentent l'appauvrissement. Pour qu'il n'y ait ni appauvrissement ni enrichissement sans cause dans des circonstances par ailleurs analogues à celles de l'affaire *Binstead*, il faudrait que l'opération intéressée n'engendre aucun profit secret. Si une réparation était accordée en l'absence de profit, et donc en l'absence d'enrichissement et d'appauvrissement, le juge McLachlin serait fondée à invoquer ce cas à l'appui de sa conclusion. Cependant, étant donné qu'un profit a bel et bien été réalisé dans *Binstead*, il y a eu enrichissement sans cause justifiant l'imposition d'une fiducie par interprétation, que la cour se soit fondée expressément ou non sur la doctrine de l'enrichissement sans cause.

72 In summary, McLachlin J. fails to refer to a single Canadian case where a constructive trust was ordered despite the absence of unjust enrichment. Given this conclusion and given that recent cases of this Court unambiguously foreclose the possibility of ordering a constructive trust in the absence of unjust enrichment, in my view McLachlin J. is in error in concluding that a constructive trust may be ordered in the absence of unjust enrichment.

73 Aside from Canadian case law, McLachlin J. attempts to rely on various scholars and foreign case law as providing support for her conclusion. Because of the clear statement of the law recently set out by this Court, in my view the scholarly writings and foreign cases are only useful in so far as the policy they set out suggests that the law in Canada should be modified. I will therefore simply address the policy upon which McLachlin J. relies, rather than each case and each article she cites.

74 Simply put, McLachlin J., reasoning similarly to the majority below, concludes that to fail to permit the order of a constructive trust where there has been a breach of a fiduciary duty, but no unjust enrichment, would inadequately safeguard the integrity of fiduciary relationships. She says at para. 33 that ordering a constructive trust simply on the basis of "good conscience"

addresses not only fairness between the parties before the court, but the larger public concern of the courts to maintain the integrity of institutions like fiduciary relationships which the courts of equity supervised. . . . The constructive trust imposed for breach of fiduciary relationship thus serves not only to do the justice between the parties that good conscience requires, but to hold fiduciaries and people in positions of trust to the high standards of trust and probity that commercial and other social institutions require if they are to function effectively.

According to McLachlin J., then, deterrence of faithless fiduciaries requires the availability of

En résumé, le juge McLachlin n'a cité aucune décision canadienne dans laquelle une fiducie par interprétation a été imposée malgré l'absence d'enrichissement sans cause. À la lumière de cette conclusion et d'arrêts récents de notre Cour qui interdisent, de manière non équivoque, l'imposition d'une fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause, j'estime que le juge McLachlin se trompe en concluant qu'une telle fiducie peut être imposée en l'absence d'enrichissement sans cause.

Outre la jurisprudence canadienne, le juge McLachlin s'efforce d'étayer sa conclusion en citant divers auteurs et décisions étrangères. À cause des règles de droit claires récemment formulées par notre Cour, j'estime que la doctrine et la jurisprudence étrangère ne sont utiles que dans la mesure où il ressort des principes énoncés que le droit canadien devrait être modifié. J'analyserai donc seulement les principes sur lesquels se fonde le juge McLachlin, au lieu d'examiner chaque décision et article qu'elle cite.

En un mot, le juge McLachlin conclut, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, que le refus d'accorder la fiducie par interprétation à la suite d'un manquement à une obligation fiduciaire mais en l'absence d'un enrichissement sans cause, protégerait inadéquatement l'intégrité des rapports fiduciaires. À propos de l'imposition d'une fiducie par interprétation sur le simple fondement du concept de la «conscience», elle dit, au par. 33:

La conscience concerne non seulement l'équité entre les parties devant le tribunal, mais aussi le souci plus général des tribunaux de maintenir l'intégrité d'institutions tels les rapports fiduciaires que les tribunaux d'*equity* étaient chargés de surveiller [. . .] La fiducie par interprétation imposée pour manquement à une obligation fiduciaire permet non seulement de rendre justice aux parties comme l'exige la conscience, mais aussi d'obliger les fiduciaires et autres personnes occupant des postes de confiance à se conformer aux normes élevées en matière de confiance et de probité nécessaires pour assurer l'efficacité des institutions commerciales et autres institutions sociales.

Le juge McLachlin considère donc que l'élément de dissuasion ne jouera sur les fiduciaires déloyaux

constructive trust as a remedy even where there has been no unjust enrichment.

In my view, deterrence is not a factor which suggests modifying the law of Canada and permitting the order of a constructive trust even where there has been no unjust enrichment. As noted above, despite considerations of deterrence, it is true throughout the private law that remedies are typically unavailable in the absence of a loss. Courts have not, because of concern about protecting the integrity of these duties, held it to be necessary where a tort duty, or a contractual duty, has been breached to order remedies even where no loss resulted. I fail to see what distinguishes the role of fiduciary duties from the very important societal roles played by other legal duties which would justify their exceptional treatment with respect to remedy.

In any event, the unavailability of a constructive trust in cases where there is no unjust enrichment does not, in my opinion, have any significant effect on deterring unfaithful fiduciaries and protecting the integrity of fiduciary relationships. First, if deterrence were deemed to be particularly important in a case, the plaintiff may seek and the trial judge may award exemplary damages; a constructive trust is not necessary to preserve the integrity of the relationship, even if this integrity were of particular concern in a given case. The fact that exemplary damages were not sought in the present case should not compel this Court to order a constructive trust in their place. Second, even if a remedy were unavailable in the absence of unjust enrichment, which is not true given exemplary damages, deterrence is not precluded. Taking a case similar to the present appeal, while an unscrupulous fiduciary would know that he or she would not be compelled to give up the surreptitiously obtained property if there were no gains in value to the property, he or she must also reckon with the possibility that if there were gains in value, and therefore unjust enrichment, he or she would be compelled to pay damages or possibly give up the property. Thus, if the fiduciary were motivated to

que s'il est possible de recourir à la fiducie par interprétation, même en l'absence d'enrichissement sans cause.

À mon avis, la dissuasion n'est pas un facteur qui appelle la modification du droit canadien et l'imposition de la fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause. Comme je l'ai déjà souligné, malgré des considérations de dissuasion, il est vrai que le droit privé ne prévoit habituellement pas de recours en cas d'absence de perte. Les tribunaux n'ont pas jugé qu'il était nécessaire d'accorder, même en l'absence de perte, une réparation à la suite d'un manquement à une obligation en matière délictuelle ou contractuelle par souci de protection de l'intégrité de ces obligations. Je ne vois pas ce qui distingue le rôle des obligations fiduciaires du rôle social très important que jouent d'autres obligations juridiques, et qui justifierait qu'elles reçoivent un traitement particulier en matière de réparation.

De toute façon, l'impossibilité d'invoquer la fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause n'a, selon moi, aucune incidence importante sur la dissuasion des fiduciaires déloyaux ni grande influence sur la protection de l'intégrité des rapports fiduciaires. Premièrement, si dans un cas donné, l'élément de dissuasion était jugé particulièrement important, le demandeur pourrait obtenir du juge du procès des dommages-intérêts punitifs. L'imposition d'une fiducie par interprétation n'est pas nécessaire au maintien de l'intégrité du rapport, même si cette dernière constituait un aspect important d'une affaire. Le fait que des dommages-intérêts punitifs n'ont pas été revendiqués en l'espèce ne devrait pas obliger notre Cour à imposer une fiducie par interprétation à la place. Deuxièmement, même si aucune réparation ne pouvait être demandée en l'absence d'enrichissement sans cause (ce qui est faux, vu la possibilité de réclamer des dommages-intérêts punitifs), l'élément de dissuasion n'est pas exclu pour autant. Supposons une affaire semblable au présent pourvoi. Même si le fiduciaire sans scrupules sait bien qu'il ne sera pas tenu de rendre le bien qu'il a malhonnêtement acquis si celui-ci n'a pas pris de valeur, il devra tout de même avoir à l'esprit la

75

76

breach his or her duty because of the prospect of pecuniary gains, which would, I imagine, be the typical, if not the exclusive, motive for such a breach, not ordering a constructive trust where there have been no pecuniary gains does not affect deterrence. I therefore disagree with McLachlin J. that deterrence suggests that a constructive trust should be available even where there is no unjust enrichment.

77 As is clear, I cannot agree with McLachlin J. that a constructive trust could be ordered, and indeed should have been ordered, in the present case even if there was no unjust enrichment. In order to decide whether such a remedy could be ordered, in my view, it must be decided whether there was unjust enrichment in the present case.

#### Was There Unjust Enrichment?

78 In my opinion, there was no enrichment and therefore no unjust enrichment in the present case. It is first of all plain that there were no pecuniary advantages accruing to the appellants from the purchase of the property. The trial judge stated (at p. 68):

I now consider the facts of the case at bar. The nature of the duty and of the breach have already been discussed. At an interlocutory stage, the plaintiff abandoned any claim for damages. This step involved no sacrifice because the plaintiff could not have proved any. [Emphasis added.]

Any enrichment from the purchase of the property was not pecuniary, which would suggest that there has in fact been no enrichment and therefore no unjust enrichment.

79 It could, perhaps, be argued that if the property were unique or otherwise difficult to value, the

possibilité que, si le bien prenait de la valeur, c'est-à-dire s'il s'enrichissait sans cause, il devrait alors payer des dommages-intérêts ou peut-être même céder le bien. Par conséquent, si ce fiduciaire décidait de manquer à son obligation dans l'espoir de réaliser un profit, ce qui, j'imagine, constitue le motif habituel, voire l'unique motif d'un tel comportement, le fait de ne pas imposer une fiducie par interprétation en l'absence de profit n'aurait aucune incidence sur l'élément de dissuasion. Je suis donc en désaccord avec le juge McLachlin, qui estime que la dissuasion exige que l'on puisse recourir à la fiducie par interprétation, même en l'absence d'un enrichissement sans cause.

À l'évidence, je ne peux souscrire à l'opinion du juge McLachlin selon laquelle une fiducie par interprétation pouvait et, en fait, devait être ordonnée dans la présente affaire, même s'il n'y a eu aucun enrichissement sans cause. Pour déterminer si une telle réparation pouvait être accordée en l'espèce, à mon avis, il faut d'abord déterminer s'il y a eu enrichissement sans cause.

#### Y a-t-il eu enrichissement sans cause?

À mon avis, il n'y a eu aucun enrichissement, et par conséquent, aucun enrichissement sans cause en l'espèce. Tout d'abord, les appelants n'ont manifestement pas réalisé de profits en achetant l'immeuble. En effet, le juge du procès à dit (à la p. 68):

[TRADUCTION] Je traiterai maintenant des faits de l'espèce. La nature de l'obligation et du manquement a déjà été examinée. À l'étape interlocutoire, le demandeur a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Une telle décision n'entraînait aucun sacrifice puisqu'il aurait été impossible pour le demandeur d'établir l'existence d'un préjudice. [Je souligne.]

L'enrichissement provenant de l'achat de l'immeuble n'était pas de nature pécuniaire, ce qui donne à penser qu'il n'y a eu aucun enrichissement et, par conséquent, aucun enrichissement sans cause.

On pourrait peut-être avancer, si l'immeuble était exceptionnel ou s'il était par ailleurs difficile

defendant's pecuniary gains may not represent the enrichment of the defendant or the deprivation of the plaintiff. Analogizing to the award of specific performance in contract, where property that is the subject of a contract is unique or otherwise difficult to value, and the contract is breached, it may be held that monetary damages are inadequate and thus a remedy of specific performance must be ordered to compensate the plaintiff adequately. In such cases, pecuniary damages may not represent the loss to the plaintiff or the gain to the defendant from the breach. Thus, perhaps, an enrichment could be found in the absence of a change in market price if the property were unique or otherwise difficult to value.

Whether or not such considerations could be relevant to a finding of an enrichment, the property in question was not found to be unique or otherwise difficult to value in a manner relevant to the remedy. The trial judge noted that the respondent had asserted that the property in question had special value to him given its tenant, a bank, and the significance of being a landlord to a bank in the Greek community. The trial judge (at p. 69) held that such a factor should not be taken into account any more than personal attachment in an eminent domain case. In other words, while there may have been personal motivation for the purchase, this was not relevant to an assessment of the value of the property. This indicates, in my view, that the trial judge did not view the property to be unique in a manner meaningful to the remedial analysis. Such a conclusion is plain in the trial judge's analysis of *Lee v. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217 (Ont. S.C.). In *Lee*, a constructive trust was declared in a property that had been purchased surreptitiously by an agent in a situation similar to the present case.

à évaluer, que les profits réalisés par le défendeur ne représentent ni son enrichissement ni l'appauvrissement du demandeur. Par analogie avec une ordonnance portant exécution en nature d'un contrat, lorsque la propriété qui en fait l'objet est exceptionnelle ou par ailleurs difficile à évaluer, on peut conclure que des dommages-intérêts ne sont pas satisfaisants et que l'exécution en nature du contrat doit être ordonnée pour indemniser adéquatement le demandeur. Il se peut que, dans un tel cas, des dommages-intérêts ne puissent représenter la perte subie par le demandeur ni le gain réalisé par le défendeur du fait de la violation du contrat. On pourrait donc conclure qu'il y a eu enrichissement, même en l'absence d'une fluctuation de la valeur marchande d'une propriété, si celle-ci est exceptionnelle ou, si par ailleurs, elle est difficile à évaluer.

Indépendamment de l'utilité de telles considérations pour déterminer s'il y a eu un enrichissement, l'immeuble en question n'a pas été jugé exceptionnel ou par ailleurs difficile à évaluer au point d'influer sur le choix de la réparation appropriée. Le juge du procès a souligné que l'intimé a soutenu que l'immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que le locataire était une banque et que le fait d'être le bailleur d'une banque était une source de prestige dans la communauté grecque. Selon le juge du procès (à la p. 69), il ne fallait pas tenir compte d'un tel facteur, pas plus qu'il ne faut tenir compte de l'attachement d'une personne pour sa propriété dans une cause d'expropriation. Autrement dit, bien que des considérations personnelles aient pu conduire à l'achat de l'immeuble, elles n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur de celui-ci. Cela montre, à mon avis, que le juge du procès n'a pas considéré que l'immeuble était exceptionnel au point d'influer sur son analyse de la réparation appropriée. Cette conclusion ressort clairement de l'analyse que le juge du procès fait de *Lee c. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217 (C.S. Ont.). Dans cette affaire, une fiducie par interprétation a été ordonnée à l'égard d'un immeuble qu'un mandataire avait malhonnêtement acheté dans des circonstances semblables à celles qui nous occupent. En l'es-

The trial judge in the instant appeal distinguished *Lee* in the following way (at p. 70):

[The circumstances in *Lee*] included the following: a degree of dependence by the plaintiff which, in my view, is lacking in the case at bar; that it was a residential property meeting the specific requirements of the plaintiff, rather than a commercial property having value only as an investment; and that it appeared probable that the acquisition price represented a bargain, while the property at issue in the case at bar did not. [Emphasis added.]

In *Lee* there were pecuniary gains, thus an enrichment, and the property had unique qualities which helped justify a constructive trust. In the present case there were no pecuniary gains, and the trial judge did not find any meaningful non-pecuniary advantages associated with the property — the property had value “only as an investment”. In my view, given the absence of both pecuniary and non-pecuniary advantages from the property, there was no enrichment and therefore no unjust enrichment.

81 In the absence of unjust enrichment, in my view the trial judge was correct not to order the remedy sought, a constructive trust. The trial judge stated (at p. 69):

A constructive trust was deemed appropriate in *LAC Minerals, supra*, because damages were deemed to be unsatisfactory. It would be anomalous to declare a constructive trust, in effect, because a remedy in damages is unsatisfactory, the plaintiff having suffered none.

The trial judge, in the absence of pecuniary damages which might have indicated unjust enrichment, declined to order a constructive trust. Neither the majority of the Court of Appeal nor McLachlin J. raise an error in principle in the trial judge’s reasons; indeed, in my view they err in concluding that a constructive trust is available in the present case. Even if the trial judge ignored factors such as the moral quality of the defendants’ acts and deterrence, which he did not, and even if this could be construed as an error in principle, the factors to be considered in ordering a constructive trust only become relevant at the second stage of

pèce, le juge du procès a établi la distinction suivante avec la décision *Lee* (à la p. 70):

[TRADUCTION] Parmi ces circonstances [celles de l’affaire *Lee*], mentionnons les suivantes: une certaine dépendance du demandeur qui, selon moi, n’existe pas en l’espèce; le fait qu’il s’agissait d’un immeuble résidentiel répondant aux exigences particulières du demandeur, et non d’un immeuble commercial n’ayant de valeur qu’à titre d’investissement; et le fait qu’il paraissait probable que le prix d’achat en faisait une aubaine, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. [Je souligne.]

Dans l’affaire *Lee*, des profits avaient été réalisés — d’où enrichissement — et l’immeuble avait des qualités exceptionnelles qui contribuaient à justifier l’imposition d’une fiducie par interprétation. En l’espèce, aucun profit n’a été réalisé, et le juge du procès n’a constaté aucun avantage non pécuniaire important lié à l’immeuble: celui-ci n’avait de valeur «qu’à titre d’investissement». À mon avis, comme l’immeuble ne conférait ni avantage pécuniaire ni avantage non pécuniaire, il n’y a eu aucun enrichissement, et par conséquent, aucun enrichissement sans cause.

Vu l’absence d’enrichissement sans cause, j’estime que le juge du procès a eu raison de ne pas accorder la réparation demandée, soit la fiducie par interprétation. Le juge du procès a dit (à la p. 69):

[TRADUCTION] Dans l’arrêt *LAC Minerals*, précité, il a été jugé opportun d’imposer une fiducie par interprétation parce que les dommages-intérêts ne donnaient pas satisfaction. Il serait anormal de reconnaître l’existence d’une fiducie par interprétation parce que le recours aux dommages-intérêts n’est pas satisfaisant, le demandeur n’ayant subi aucun préjudice.

Le juge du procès, vu l’absence d’un préjudice pécuniaire dont on aurait pu déduire l’existence d’un enrichissement sans cause, a refusé d’imposer une fiducie par interprétation. Or, ni les juges majoritaires de la Cour d’appel ni le juge McLachlin n’invoquent une erreur de principe dans les motifs du juge du procès; en fait, je suis d’avis qu’ils se trompent en concluant que la fiducie par interprétation peut s’appliquer dans la présente affaire. Même si le juge du procès avait omis de tenir compte de facteurs tels la valeur morale du comportement des défendeurs et l’élément de dissuasion, ce qui n’est pas le cas, et même si une

the inquiry when it is decided what remedy is appropriate. Unless unjust enrichment is made out at the first stage of the inquiry, there is no need to consider the factors relevant to ordering a constructive trust. The majority of the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's discretion and in deciding that a constructive trust may be ordered in the absence of unjust enrichment.

### Conclusion

Since the trial judge did not err in not ordering a constructive trust, but rather the majority of the Court of Appeal did in ordering one, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge. In the circumstances, I would not award costs to the appellants either here or in the Court of Appeal.

*Appeal dismissed with costs, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Stockwood, Spies & Campbell, Toronto.*

telle omission pouvait être assimilée à une erreur de principe, les facteurs à considérer pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation ne jouent qu'à la deuxième étape de l'enquête, lorsqu'il s'agit de déterminer la réparation appropriée. À moins que l'enrichissement sans cause ne soit établi à la première étape de l'examen, il n'est pas nécessaire de tenir compte de ces facteurs. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en s'immisçant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et en concluant qu'une fiducie par interprétation pouvait être imposée en l'absence d'enrichissement sans cause.

### Conclusion

Étant donné que le juge du procès ne s'est pas trompé en n'imposant pas une fiducie par interprétation et que ce sont plutôt les juges majoritaires de la Cour d'appel qui ont commis une erreur en accordant cette réparation, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge du procès. Vu les circonstances, je n'adjugerais de dépens aux appelants ni dans le présent pourvoi, ni en Cour d'appel.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Stockwood, Spies & Campbell, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Robert Currie** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CURRIE

File No.: 25053.

Hearing and judgment: January 31, 1997.

Reasons delivered: May 22, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Dangerous offenders — Indeterminate sentence — Sexual assaults — Accused declared dangerous offender and sentenced to indeterminate detention — Whether trial judge erred by failing to focus on seriousness of predicate offences — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence reasonably supported by evidence — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence premised on errors of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 752, 753.*

The accused was convicted of three counts of sexual assault for a series of related incidents in which he sexually touched a number of young girls in a department store. Prior to sentencing, the Crown initiated dangerous offender proceedings pursuant to s. 753(b) of the *Criminal Code*. The predicate offences were not isolated incidents. The accused had been previously convicted of numerous sexual offences, some of which were extremely violent and highly degrading to the victims. The Crown psychiatrist testified that the accused was an obsessed and extremely temperamental "sexual deviate" who had a "biological anomaly in the wiring of his brain", and that, as such, he was "a very dangerous person to society". The defence psychiatrist acknowledged the profound nature of the accused's sexual problems but concluded that he had shown change toward less violent behaviour and did not "find him particularly dangerous at the present time". The trial judge preferred

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Robert Currie** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. CURRIE

N° du greffe: 25053.

Audition et jugement: 31 janvier 1997.

Motifs déposés: 22 mai 1997.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Délinquants dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée — Agressions sexuelles — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée — Le juge du procès a-t-il fait erreur en omettant d'axer son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles raisonnablement étayées par la preuve? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles fondées sur des erreurs de droit? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 752, 753.*

L'accusé a été déclaré coupable de trois chefs d'agression sexuelle se rapportant à une série d'événements liés, au cours desquels il s'est livré à des attouchements sexuels sur des jeunes filles dans un grand magasin. Avant le prononcé de la sentence, le ministère public a engagé les procédures relatives aux délinquants dangereux prévues à l'al. 753b) du *Code criminel*. Les infractions sous-jacentes n'étaient pas des incidents isolés. L'accusé avait déjà été déclaré coupable de nombreuses infractions sexuelles, dont certaines avaient été extrêmement violentes et très avilissantes pour les victimes. Le psychiatre du ministère public a témoigné que l'accusé était un obsédé et un «déviant sexuel» extrêmement instable, souffrant d'une «anomalie biologique dans les connexions de son cerveau» et que, pour cette raison, il était «une personne très dangereuse pour la société». Le psychiatre de la défense a reconnu la nature profonde des problèmes sexuels de l'accusé, mais il a

the evidence of the Crown psychiatrist and found that the accused was a dangerous offender. On the subject of the predicate offences, the trial judge endorsed the Crown psychiatrist's conclusion that although they "may appear less serious" than the accused's previous sexual offences "from an assaultive aspect, they are more blatant, indicating a lessening of control on the part" of the accused. On the issue of sentencing, the trial judge alluded to the fact that, under s. 761(1) of the *Code*, the National Parole Board is statutorily required to review the dangerous offender designation intermittently. He then exercised his statutory discretion and imposed an indeterminate sentence. On appeal, the Court of Appeal held that the trial judge had wrongfully declared the accused a dangerous offender, mainly because it found that the trial judge "failed to consider the gravity of the predicate offences in isolation from his previous offences".

*Held:* The appeal should be allowed.

The accused was properly designated a dangerous offender and correctly sentenced to an indeterminate period of incarceration. Under s. 753(b) of the *Code*, there are two thresholds that the Crown must surpass in order for a dangerous offender application to be successful: first, the Crown must establish that the offender has been convicted of a "serious personal injury offence", which is defined in s. 752(b) of the *Code* to include all forms of sexual assault; and second, the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that there is a "likelihood" that the offender will cause "injury, pain or other evil to other persons through [his] failure in the future to control his sexual impulses". Given the language, nature and structure of s. 753(b), a trial judge need not focus on the objective seriousness of a predicate offence in order to conclude that a dangerous offender designation is warranted. The prospective dangerousness of the offender in s. 753(b) is measured by reference to "his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted". "[A]ny sexual matter" can refer to the predicate offence, but it need not. As long as the offender's past conduct in any sexual matter demonstrates a present likelihood of inflicting future harm upon others, the dangerous offender designation is justified. Further, in enacting s. 753(b), Parliament has

conclu que celui-ci avait laissé voir une tendance à un comportement moins violent et il ne l'a pas «jugé particulièrement dangereux pour le moment». Le juge du procès a préféré le témoignage du psychiatre du ministère public et il a conclu que l'accusé était un délinquant dangereux. Au sujet de la question même des infractions sous-jacentes, le juge du procès a souscrit à la conclusion du psychiatre du ministère public selon laquelle, même si elles «peuvent paraître moins graves» que les infractions sexuelles antérieures de l'accusé «sous l'aspect de la violence, elles sont plus flagrantes, ce qui indique une diminution de la maîtrise de soi» de l'accusé. Pour ce qui est de la question de la détermination de la peine, le juge du procès a fait allusion au fait que, aux termes du par. 761(1) du *Code criminel*, la Commission nationale des libérations conditionnelles est légalement tenue de revoir périodiquement toute déclaration de délinquant dangereux. Il a ensuite exercé son pouvoir discrétionnaire et infligé une peine de détention pour une période indéterminée. En appel, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en déclarant l'accusé délinquant dangereux, principalement parce qu'elle a estimé que le juge du procès n'avait «pas examiné la gravité des infractions sous-jacentes indépendamment des infractions antérieures».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'accusé a été à bon droit déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. En vertu de l'al. 753b) du *Code*, le ministère public doit franchir deux étapes pour que sa demande de déclaration de délinquant dangereux soit accueillie: il doit d'abord établir que le délinquant a été déclaré coupable d'une infraction constituant un «sévère grave à la personne», dont la définition donnée à l'al. 752b) du *Code* inclut toutes les formes d'agressions sexuelles; le juge du procès doit ensuite être convaincu hors de tout doute raisonnable que le délinquant causera «vraisemblablement [...] à l'avenir», du fait de «son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles», «des sévices ou autres maux à d'autres personnes». Vu le libellé, la nature et la structure de l'al. 753b), le juge du procès n'est pas tenu d'axer son examen sur la gravité objective de l'infraction sous-jacente pour pouvoir conclure qu'il est justifié de faire droit à la demande de déclaration de délinquant dangereux. La dangerosité potentielle du délinquant visée à l'al. 753b) est mesurée en fonction de «la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable». «La conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel» peut se rapporter à l'infraction sous-jacente, mais ce n'est pas nécessaire. Dès que la conduite anté-

indicated that certain types of offence, which are inherently serious, can trigger a dangerous offender application, and sexual assault — whatever form it may take — is one of them.

The dangerous offender designation was reasonably supported by the evidence. The accused's pattern of criminal sexual behaviour and the psychiatric evidence of the Crown psychiatrist, which was accepted by the trial judge, were sufficient proof to justify such a conclusion. While it was open to the trial judge to prefer the evidence of the Crown psychiatrist to that of the defence psychiatrist, it was not similarly open to the Court of Appeal to re-evaluate the psychiatric evidence and overturn the dangerous offender designation because of a mere difference of opinion. A finding of dangerousness by a trial judge is a finding of fact, frequently based on the competing credibility of experts, and as long as it is reasonable, it is a finding which should not be lightly overturned. The role of an appellate court is to determine if the dangerous offender designation was reasonable. Section 759 of the *Code* cannot be interpreted as calling for the equivalent of a trial *de novo* on the dangerous offender application. Some deference to the findings of a trial judge is warranted. The trial judge's findings were reasonable and, absent an error of law, his designation should stand.

The trial judge's conclusions were not based on errors of law. He did not misconstrue the burden of proof in dangerous offender proceedings when he stated that the accused's submissions "failed to persuade" him. When this passage is read in its entire context, it is obvious that the trial judge was really indicating that the accused's submissions had failed to disturb his findings as regards the accused's dangerousness. Finally, the trial judge's reference to the National Parole Board's intermittent power of review under s. 761(1) of the *Code* was not an abdication of responsibility. It was a judicial

rieure du délinquant dans le domaine sexuel, quelle qu'elle soit, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices à d'autres personnes, la déclaration est justifiée. De plus, en adoptant l'al. 753*b*), le législateur a indiqué qu'il existe certains types d'infractions, intrinsèquement graves, qui sont susceptibles de donner lieu à une demande de déclaration de délinquant dangereux, et que l'agression sexuelle — quelle que soit la forme qu'elle prend — est l'une d'entre elles.

La déclaration de délinquant dangereux était raisonnablement étayée par la preuve. Les caractéristiques du comportement sexuel criminel de l'accusé et la preuve psychiatrique présentée par le psychiatre du ministère public, laquelle a été acceptée par le juge du procès, constituaient une preuve suffisante pour justifier une telle conclusion. Même s'il était loisible au juge du procès de préférer le témoignage du psychiatre du ministère public à celui du psychiatre de la défense, la Cour d'appel n'avait pas la même latitude pour réévaluer la preuve psychiatrique et annuler la déclaration de délinquant dangereux pour une simple différence d'opinion. La conclusion de dangerosité tirée par le juge du procès est une conclusion de fait, qui repose fréquemment sur la crédibilité relative des experts et qui, pourvu qu'elle soit raisonnable, ne devrait pas être écartée sans un examen approfondi. Le rôle d'un tribunal d'appel est de décider si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable. L'article 759 du *Code* ne peut être interprété comme exigeant l'équivalent d'un procès *de novo* relativement à la demande de déclaration de délinquant dangereux. Une certaine retenue envers les conclusions du juge du procès est justifiée. Les conclusions du juge du procès étaient raisonnables et, en l'absence d'erreur de droit, la déclaration qu'il a prononcée devrait être maintenue.

Les conclusions du juge du procès n'étaient pas fondées sur des erreurs de droit. Il n'a pas mal interprété la charge de la preuve dans les procédures relatives aux délinquants dangereux lorsqu'il a dit que les arguments de l'accusé «n'ont pas réussi à [l]e convaincre». Lorsqu'on lit ce passage dans son contexte global, il est évident que le juge du procès indiquait en réalité que les arguments de l'accusé n'ont pas réussi à réfuter ses conclusions en ce qui a trait à la dangerosité de l'accusé. Enfin, la référence du juge du procès au pouvoir de révision périodique confié à la Commission nationale des libérations conditionnelles au par. 761(1) du *Code* n'était pas une abdication de ses responsabilités. C'était plutôt un rappel par le tribunal du fait que, même si elle

reminder that, although it may be indeterminate, the accused's sentence need not be permanent.

#### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; **distinguished:** *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; **referred to:** *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Sullivan* (1987), 37 C.C.C. (3d) 143; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Dwyer* (1977), 34 C.C.C. (2d) 293; *R. v. Carleton* (1981), 69 C.C.C. (2d) 1, aff'd [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 752, 753(b), 759(1), 761(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 26 O.R. (3d) 444, 86 O.A.C. 143, 103 C.C.C. (3d) 281, allowing the accused's appeal from a sentence of indeterminate detention. Appeal allowed.

*Lucy Cecchetto and Aimée Gauthier*, for the appellant.

*Alan D. Gold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal is concerned with the propriety of a dangerous offender designation and the corresponding indeterminate sentence that was imposed by the trial judge after the respondent, Robert Currie, was convicted of sexually assaulting three young girls. At the conclusion of the hearing of this appeal, this Court held, without providing reasons at that time, that neither the designation nor the sentence should be overturned. Our reasons now follow.

est indéterminée, la peine de l'accusé n'est pas nécessairement permanente.

#### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; **distinction d'avec les arrêts:** *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; **arrêts mentionnés:** *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Sullivan* (1987), 37 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *R. c. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. c. Dwyer* (1977), 34 C.C.C. (2d) 293; *R. c. Carleton* (1981), 69 C.C.C. (2d) 1, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 752, 753(b), 759(1), 761(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 26 O.R. (3d) 444, 86 O.A.C. 143, 103 C.C.C. (3d) 281, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre une peine de détention pour une période indéterminée. Pourvoi accueilli.

*Lucy Cecchetto et Aimée Gauthier*, pour l'appellante.

*Alan D. Gold*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte sur le bien-fondé de la déclaration de délinquant dangereux prononcée par le juge du procès à l'endroit de l'intimé, Robert Currie, et de la période indéterminée de détention correspondante qui lui a été infligée après qu'il a été reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement trois jeunes filles. À la fin de l'audition du présent pourvoi, notre Cour a conclu, sans exposer de motifs à ce moment, que ni la déclaration ni la peine ne devaient être annulées. Voici maintenant les motifs de notre décision.

### I. Facts and Procedural Background

2 The respondent, Robert Currie, was charged with three counts of sexual assault, for a series of related incidents in which he sexually touched a number of young girls on November 5, 1988 in a Towers department store in Barrie, Ontario. During the first incident, the respondent approached a group of four girls in the Towers toy section, felt and squeezed the buttocks of three of them, and left the area. During the second, more invasive incident, the respondent followed a group of three sisters near the store's tobacco department. At first, he placed his hand on the eldest girl's breast. Immediately thereafter, he approached the girls from behind and, as the trial judge described, "swept his hand between the legs of two of them in an attempt to touch their genitals". The frightened girls notified store employees and security personnel who eventually apprehended the respondent outside the store and awaited the arrival of the police.

3 The respondent was convicted of all charges on April 12, 1989 before Tobias J. Prior to sentencing, the Attorney General for Ontario initiated dangerous offender proceedings pursuant to s. 753(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 753(b) essentially provides that the Crown may apply to have an offender declared a "dangerous offender" and sentenced to an indefinite term of imprisonment if: (a) he has been convicted of a "serious personal injury offence"; and (b) his failure to control his sexual impulses reveals "a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons" in the future. A "serious personal injury offence" is defined in s. 752 of the *Criminal Code* to include all forms of sexual assault.

4 These sexual assaults were not isolated incidents. Part of the rationale for seeking to have the

### I. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

L'intimé, Robert Currie, a été accusé de trois chefs d'agression sexuelle se rapportant à une série d'événements liés, au cours desquels il s'est livré à des attouchements sexuels sur des jeunes filles, le 5 novembre 1988, dans un magasin Towers à Barrie (Ontario). Au cours du premier incident, l'intimé s'est approché d'un groupe de quatre jeunes filles dans le rayon des jouets du magasin, puis il a palpé et pincé les fesses de trois d'entre elles avant de quitter les lieux. Lors du deuxième incident, plus envahissant celui-là, l'intimé a suivi trois sœurs près du rayon des articles pour fumeurs. Il a d'abord posé la main sur les seins de l'aînée. Tout de suite après, il s'est approché des jeunes filles par derrière et, pour reprendre la description qu'en a donnée le juge du procès, il a [TRADUCTION] «glissé sa main entre les jambes de deux d'entre elles pour tenter de toucher leurs organes génitaux». Effrayées, les jeunes filles ont signalé l'incident aux employés et au personnel de sécurité du magasin qui ont finalement réussi à appréhender l'intimé à l'extérieur du magasin et à le retenir jusqu'à l'arrivée de la police.

Le 12 avril 1989, devant le juge Tobias, l'intimé a été déclaré coupable de toutes les accusations qui pesaient contre lui. Avant le prononcé de la sentence, le procureur général de l'Ontario a engagé les procédures relatives aux délinquants dangereux prévues à l'al. 753b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Essentiellement, cette disposition permet au ministère public de demander au tribunal de déclarer qu'un individu est un «délinquant dangereux» et de lui infliger une peine de détention d'une durée indéterminée si: a) il a été reconnu coupable d'une infraction constituant un «sévice grave à la personne»; b) son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles laisse prévoir que «vraisemblablement il causera [. . .] de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes» à l'avenir. La définition de «sévices graves à la personne» à l'art. 752 du *Code criminel* englobe toutes les formes d'agression sexuelle.

Ces agressions sexuelles n'étaient pas des incidents isolés. Une partie des raisons invoquées pour

respondent declared a dangerous offender was his lengthy history of sexual offences that occurred in the Ottawa, Toronto and Hamilton regions between 1975-1988. As outlined in disturbing detail in the judgments below and in the pleadings filed before this Court, the respondent had been previously convicted of numerous sexual offences, some of which were extremely violent and highly degrading to the victims.

Robert Currie's criminal sexual activity began in and around Ottawa between September and November 1975. In separate incidents, the respondent stalked and sexually attacked four women. All four of the incidents were serious and frightening for the victims, but two were comparatively more severe. On September 30, 1975, the respondent followed a teenage girl into a field. He caught her, undressed her and forced her to perform fellatio and engage in repeated acts of sexual intercourse. When she resisted he pulled her hair and struck her in the face. On November 29, 1975, later on the same night that he had indecently assaulted another victim, the respondent stalked a young woman in Nepean. After approaching her from behind and striking her to the ground, he forced her into the deep snow of a deserted field. He then undressed his victim completely, repeatedly struck her in the face, forced her to perform fellatio, and forced her to submit to multiple acts of anal and vaginal intercourse. He had a hunting knife in his possession during the rape with which he threatened the victim after the attack. She was bleeding heavily when he abandoned her naked in the snow.

As a result of these attacks, on May 20, 1976, the respondent was convicted of indecent assault, rape, and possession of a weapon and sentenced to five years' imprisonment. Since that time, whenever he was at large, his sexually impulsive criminal behaviour continued. In 1979, while on parole in Toronto, the respondent stalked and attacked a woman. When she screamed in response to his attempt to touch her genitals, he jammed his fin-

demandé que l'intimé soit déclaré délinquant dangereux avait trait à ses nombreux antécédents de crimes sexuels perpétrés dans les régions d'Ottawa, de Toronto et de Hamilton de 1975 à 1988. Comme l'indiquent, dans des détails troublants, les décisions des juridictions inférieures et les actes de procédures déposés auprès de notre Cour, l'intimé avait déjà été déclaré coupable de nombreuses infractions sexuelles, dont certaines avaient été extrêmement violentes et très avilissantes pour les victimes.

Les activités sexuelles criminelles de Robert Currie ont commencé dans la région d'Ottawa, de septembre à novembre 1975. Dans des incidents distincts, l'intimé a harcelé quatre femmes en les suivant, puis il les a agressées sexuellement. Dans tous les cas, ce fut un événement grave et traumatisant pour la victime, mais deux des incidents ont été comparativement plus graves. Le 30 septembre 1975, l'intimé a suivi une adolescente dans un champ. Il l'a attrapée, l'a déshabillée puis l'a forcée à lui faire une fellation et à avoir avec lui des relations sexuelles répétées. Devant la résistance de sa victime, il lui a tiré les cheveux et l'a frappée au visage. La nuit du 29 novembre 1975, après avoir porté atteinte à la pudeur d'une autre victime, l'intimé a suivi une jeune femme à Nepean. Après l'avoir approchée par derrière et l'avoir projetée par terre, il l'a enfoncée profondément dans la neige, dans un champ désert. Il a ensuite déshabillé complètement sa victime, la frappant à de nombreuses reprises au visage, puis il l'a forcée à lui faire une fellation et à avoir de multiples relations anales et vaginales. Pendant le viol, il avait un couteau de chasse avec lequel il a menacé la victime après l'attaque. Sa victime saignait abondamment lorsqu'il l'a abandonnée nue dans la neige.

Le 20 mai 1976, par suite de ces agressions, l'intimé a été reconnu coupable d'attentat à la pudeur, de viol et de possession d'une arme, et il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement. Depuis ce temps, chaque fois qu'il a repris sa liberté, il a continué à avoir un comportement sexuel criminel et impulsif. En 1979, pendant qu'il était en liberté conditionnelle à Toronto, l'intimé a suivi une femme et l'a attaquée. Lorsqu'elle a crié,

gers into her mouth, pushed her to the ground and kicked her. He fled the scene, but was immediately apprehended by police and subsequently convicted of indecent assault. In Hamilton in 1981 and 1982, while under intensive police surveillance, the respondent was observed following and stalking a number of women through the city streets. In one case, the girl sensed she was being followed and sought shelter on the porch of a nearby home. In another case, the respondent indecently assaulted a woman he had been following by putting his hand under her clothing between her legs in an effort to touch her genitals. When arrested by police for the latter incident, the respondent stated:

It was me I did it. I couldn't help myself. I asked for help before but they released me. I needed help but they let me go. I was going to play hockey and I picked this girl up hitchhiking. She was wearing a bathing suit. I got all turned on. It was like she was asking for it. Not this one but the other one. How do you guys do it? I mean when you see these girls wearing bathing suits all day. I need help. I am always stalking women, little kids, and people. I can't stop . . . I can't help myself . . . I'm always thinking about women . . . I didn't mean to harm anybody. I guess I figure its just a few seconds of being frightened and its all over and nobody is hurt.

#### A. *Psychiatric Evidence*

<sup>7</sup> To substantiate its dangerous offender application, the Crown elicited the testimony of a psychiatrist, Dr. Angus McDonald, who participated in a two-month team assessment of the respondent after the commission of the recent Towers department store sexual assaults — the so-called “predicate offences”. Dr. McDonald evaluated the respondent as an obsessed and extremely temperamental “sexual deviate” who had a “biological anomaly in the wiring of his brain”. As such he was “a very dangerous person to society”. In making these find-

quand il a tenté de toucher ses organes génitaux, il lui a enfoncé les doigts dans la bouche, l'a projetée par terre et l'a roué de coups de pied. Il a fui les lieux du crime, mais il a immédiatement été appréhendé par la police, et il a plus tard été reconnu coupable d'attentat à la pudeur. À Hamilton, en 1981 et en 1982, pendant qu'il était étroitement surveillé par la police, l'intimé a été observé en train de suivre un certain nombre de femmes dans les rues de la ville. Dans un cas, la jeune fille a senti qu'elle était suivie et elle a cherché refuge sous le porche d'une maison située à proximité. Dans un autre cas, l'intimé a tenté à la pudeur d'une femme qu'il avait suivie en glissant sa main sous les vêtements de celle-ci, entre ses jambes, afin de tenter de toucher ses organes génitaux. Au moment de son arrestation par la police, relativement à ce dernier incident, l'intimé a fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] C'était moi, je l'ai fait. Je n'ai pu m'en empêcher. J'ai demandé de l'aide auparavant. Mais on m'a relâché. J'avais besoin d'aide, mais ils m'ont laissé partir. Je m'en allais jouer au hockey lorsque j'ai fait monter cette fille qui faisait de l'auto-stop. Elle portait un maillot de bain. Cela m'a excité. C'est comme si elle courait après. Pas celle-ci, mais l'autre. Comment faites-vous les gars? Je veux dire, lorsque vous voyez ces filles vêtues de maillot de bain à longueur de journée. J'ai besoin d'aide. Je suis toujours en train de suivre des femmes, de jeunes enfants et des gens. Je ne peux pas m'arrêter. [. . .] Je n'y peux rien. [. . .] Je suis toujours en train de penser aux femmes. [. . .] Je n'avais pas l'intention de faire de mal à qui que ce soit. Je pense que je me dis que ce n'est que quelques instants de frayeur, puis que c'est fini et que personne n'est blessé.

#### A. *La preuve psychiatrique*

Pour étayer sa demande de déclaration de délinquant dangereux, le ministère public a fait témoigner un psychiatre, le Dr Angus McDonald, qui a participé pendant deux mois à une évaluation en équipe de l'intimé après la perpétration des agressions sexuelles au magasin Towers — appelées les «infractions sous-jacentes». Dans son évaluation, le Dr McDonald a conclu que l'intimé était un obsédé et un [TRADUCTION] «déviant sexuel» extrêmement instable, souffrant d'une [TRADUCTION] «anomalie biologique dans les connexions de son

ings, Dr. McDonald was influenced by the admission the respondent made to a psychometrist at the Penetanguishene Mental Health Centre in 1989, in which he stated:

[The] stuff I was doing in '79, I got rid of that. I don't bruise them now but don't get me wrong. They had better give me sex if I want it because I often have a knife and I always have my hands.

By way of conclusion, Dr. McDonald gave the prognosis that the respondent "was not open to treatment any longer and posed a risk to women and female children".

The defence-appointed psychiatrist, Dr. Basil Orchard, acknowledged that the respondent suffered from an impulsive personality disorder and "a polymorphous sexual deviation" that includes "voyeurism, heterosexual pedophilia and hebephilia and impulsive sexual aggressiveness". Given this diagnosis, he admitted that there was a likelihood that the respondent would re-offend. Dr. Orchard did conclude, however, that the respondent was neither schizophrenic nor psychotic and that he had shown change toward less violent behaviour. He prognosticated that if there were future recurrences of the respondent's criminal behaviour, his conduct would tend toward "nuisance-type offences" rather than offences of a violent nature. In sum, he did not "find him particularly dangerous at the present time".

#### B. *Reasons on the Dangerous Offender Application*

Given the evidence before him, Tobias J. concluded that the respondent was, in fact, a dangerous offender under s. 753(b) of the *Criminal Code*. In reaching this decision, he preferred the evidence of Dr. McDonald to that of Dr. Orchard, finding the latter's report to be "ambiguous and disjunctive". He also indicated that he was particularly influenced by the respondent's most recent admission, post-dating the commission of the predicate offences, in which he openly admitted that he has

cerveau». Pour cette raison, il était [TRADUCTION] «une personne très dangereuse pour la société». Ces conclusions du D<sup>r</sup> McDonald ont été influencées par l'aveu suivant de l'intimé, fait à un psychométricien au centre de santé mentale de Penetanguishene en 1989:

[TRADUCTION] Les choses que je faisais en '79, j'y ai mis fin. Je ne les amoche plus maintenant, mais comprenez-moi bien. Elles sont mieux de me donner du sexe si j'en veux, car j'ai souvent un couteau, et j'ai toujours mes deux mains.

En guise de conclusion, le D<sup>r</sup> McDonald a fait le pronostic que l'intimé [TRADUCTION] «n'était plus réceptif aux traitements et constituait un risque pour les femmes et les jeunes filles».

Le psychiatre désigné par la défense, le D<sup>r</sup> Basil Orchard, a reconnu que l'intimé souffrait d'un désordre impulsif de la personnalité et d'une [TRADUCTION] «déviation sexuelle polymorphe» incluant [TRADUCTION] «le voyeurisme, la pédophilie et l'hébéphilie hétérosexuelles et l'agressivité sexuelle impulsive». Compte tenu de ce diagnostic, le D<sup>r</sup> Orchard a admis que vraisemblablement l'intimé récidiverait. Il a toutefois conclu que l'intimé n'était ni schizophrène ni psychotique, et qu'il avait laissé voir une tendance à un comportement moins violent. Selon son pronostic, en cas de manifestations futures du comportement criminel de l'intimé, sa conduite tendrait à la perpétration [TRADUCTION] «d'infractions du genre nuisances» plutôt que d'infractions de nature violente. En somme, il ne l'a pas [TRADUCTION] «jugé particulièrement dangereux pour le moment».

#### B. *Les motifs exposés à l'égard de la demande de déclaration de délinquant dangereux*

À partir des éléments de preuve qui lui ont été présentés, le juge Tobias a conclu que l'intimé était effectivement un délinquant dangereux au sens de l'al. 753b) du *Code criminel*. Il a préféré le témoignage du D<sup>r</sup> McDonald à celui du D<sup>r</sup> Orchard, jugeant le rapport de ce dernier [TRADUCTION] «ambigu et équivoque». Il a aussi indiqué avoir été particulièrement influencé par le plus récent aveu de l'intimé, fait après la perpétration des infractions sous-jacentes et dans lequel celui-ci admettait

been having irrepensible thoughts about sex with young children. Tobias J. also concluded that treatment was unlikely to repress these stated urges, particularly given the respondent's failure to admit the need for it and his ambivalence toward the impact of his most recent behaviour.

10 On the specific subject of the predicate offences, Tobias J. endorsed Dr. McDonald's conclusion that "[a]lthough the predicate offences may appear less serious from an assaultive aspect, they are more blatant, indicating a lessening of control on the part of the respondent". In response to defence counsel's specific plea that the predicate offences exhibited a decline in danger, Tobias J. stated the following:

I have not been unmoved by the submissions of counsel for the respondent that the character of his behaviour has changed markedly over a period of 15 years from violent to harmless, with the result that the respondent cannot now be described as dangerous. Nonetheless, these submissions have failed to persuade me that the violence and the brutality of the respondent's early sexual assaults do not continue to be evidenced in the pattern of his subsequent sexual assaults, including that conduct which resulted in his conviction upon the predicate offences.

11 Given all of his findings, Tobias J. indicated that, pursuant to s. 753 of the *Criminal Code*, he was satisfied beyond a reasonable doubt that: (a) Robert Currie had been convicted of "serious personal injury offences"; and (b) his conduct since 1975, including the commission of the predicate offences, demonstrated a failure to control his sexual impulses and presented an existing likelihood of causing injury, pain or other evil to other members of society. He granted the Crown's dangerous offender application.

ouvertement avoir des désirs irrépessibles de relations sexuelles avec de jeunes enfants. Le juge Tobias a également conclu que des traitements étaient peu susceptibles de réprimer ces pulsions avouées, compte tenu tout particulièrement de l'incapacité de l'intimé d'admettre qu'il en a besoin et de son ambivalence quant aux répercussions de son comportement le plus récent.

Au sujet de la question même des infractions sous-jacentes, le juge Tobias a souscrit à la conclusion du D<sup>r</sup> McDonald selon laquelle, [TRADUCTION] «[m]ême si les infractions sous-jacentes peuvent paraître moins graves sous l'aspect de la violence, elles sont plus flagrantes, ce qui indique une diminution de la maîtrise de soi de l'intimé». En réponse à l'argument spécifique de l'avocat de la défense suivant lequel les infractions sous-jacentes témoignaient d'une réduction de la dangerosité, le juge Tobias a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Je n'ai pas été insensible aux arguments de l'avocat de l'intimé voulant que la nature de son comportement ait grandement changé sur une période de 15 ans, passant de violent à inoffensif, de sorte que l'intimé ne pourrait aujourd'hui être décrit comme dangereux. Néanmoins, ces arguments n'ont pas réussi à me convaincre que la violence et la brutalité des agressions sexuelles passées de l'intimé ne continuent pas à se manifester dans ses agressions sexuelles subséquentes, y compris le comportement qui a entraîné sa condamnation pour les infractions sous-jacentes.

Vu l'ensemble de ses conclusions, le juge Tobias a indiqué que, conformément à l'art. 753 du *Code criminel*, il était convaincu hors de tout doute raisonnable que: a) Robert Currie avait été déclaré coupable d'infractions constituant des «sévices graves à la personne»; b) sa conduite depuis 1975, y compris la perpétration des infractions sous-jacentes, démontrait son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laissait prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres membres de la société. Le juge a accueilli la demande de déclaration de délinquant dangereux présentée par le ministère public.

### C. *Reasons on Sentence*

Having granted the dangerous offender application, Tobias J. then turned his mind to the issue of sentencing. In doing so, he alluded to the fact that, under s. 761(1) of the *Criminal Code*, the National Parole Board is statutorily required to intermittently review the dangerous offender designation. He stated:

S. 761(1) of the Criminal Code provides a framework by which the National Parole Board considers the incarceration of an individual sentenced to an indeterminate sentence, and in my respectful opinion, it is in that protection of the review set out in s. 761(1) that Mr. Currie will receive the consideration of his personality disorder, the status of that personality disorder, the status of his sexual deviation, and whether at a time in the future, he no longer is a dangerous offender and a threat to the public. I cannot say that in five years or six years or ten years that will occur.

I must therefore sentence Mr. Currie to an indeterminate period in the penitentiary and leave to the evaluation by experts in the National Parole Board and in the penitentiary system the status of Mr. Currie's treatment and his right to re-enter society.

Acknowledging that the purpose of s. 753(b) is the protection of the public, Tobias J. exercised his statutory discretion and imposed an indeterminate sentence.

D. *Ontario Court of Appeal* (1995), 26 O.R. (3d) 444 (*per* Brooke, Finlayson and Carthy JJ.A.)

On appeal, the Ontario Court of Appeal held that the trial judge had wrongfully declared the respondent a dangerous offender and sentenced the respondent to time served. According to Finlayson J.A., the dangerous offender designation was not supported by the evidence. Although the previous sexual offences committed by the respondent were, at times, violent and extremely degrading, he noted (at p. 448) that the predicate offences were "not nearly as serious" and that the trial judge erred by failing to focus on the seriousness of the predicate

### C. *Les motifs de la sentence*

Après avoir accueilli la demande de déclaration de délinquant dangereux, le juge Tobias a abordé la question de la détermination de la peine. Ce faisant, il a fait allusion au fait que, aux termes du par. 761(1) du *Code criminel*, la Commission nationale des libérations conditionnelles est légalement tenue de revoir périodiquement toute déclaration de délinquant dangereux. Il a dit ceci:

[TRADUCTION] Le paragraphe 761(1) du Code criminel établit le cadre de l'examen par la Commission nationale des libérations conditionnelles de l'emprisonnement d'une personne condamnée à une peine de détention pour une période indéterminée et, à mon humble avis, c'est la protection découlant de cet examen prévu au par. 761(1) qui assure à M. Currie qu'il sera tenu compte de ses troubles de la personnalité, de l'état de ces troubles, de l'état de sa déviation sexuelle et de la possibilité qu'à un certain moment dans le futur il ne soit plus un délinquant dangereux ni une menace pour la société. Je suis incapable de dire si cela se produira dans cinq ans, dans six ans ou dans dix ans.

Je dois par conséquent condamner M. Currie à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée et laisser aux experts de la Commission nationale des libérations conditionnelles et du système pénitentiaire le soin d'évaluer l'état du traitement de M. Currie et son droit de réintégrer la société.

Reconnaissant que l'al. 753b) a pour objet la protection du public, le juge Tobias a exercé son pouvoir discrétionnaire et infligé une peine de détention pour une période indéterminée.

D. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 26 O.R. (3d) 444 (les juges Brooke, Finlayson et Carthy)

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en déclarant l'intimé délinquant dangereux, et elle l'a condamné à la période de détention déjà purgée. Selon le juge Finlayson, la déclaration de délinquant dangereux n'était pas justifiée par la preuve. Il a noté (à la p. 448) que, même si certains des crimes sexuels antérieurs perpétrés par l'intimé avaient été violents et extrêmement avilissants, les infractions sous-jacentes [TRADUCTION] «étaient loin d'être aussi graves», et que le juge du procès

offences themselves. In this respect, Finlayson J.A. criticized the nature of Dr. McDonald's evidence and preferred the report of Dr. Orchard which concluded that the "relatively mild nature of the [accused's] predicate offences suggested that treatment had helped him to control his violent tendencies" (p. 451).

14 The Court of Appeal also held that the trial judge's decision was premised upon a misconception of the burden of proof. Finlayson J.A. interpreted the trial judge's concluding comment, as I have quoted above, that the respondent's submissions have "failed to persuade me that the violence and the brutality of the respondent's early sexual assaults do not continue to be evidenced" as an improper reversal of the burden of proof upon the respondent.

15 Finlayson J.A. was also concerned with the trial judge's separate reasons for imposing the indeterminate sentence. He noted that the trial judge should not have derived any comfort from the fact that the *Criminal Code* requires the National Parole Board to intermittently review a person's dangerous offender status. According to Finlayson J.A., in doing so, the trial judge effectively abdicated his responsibilities as sentencing judge.

## II. Issues

16 The fundamental disagreement in the judgments below on the suitability of designating Robert Currie a dangerous offender and imposing an indeterminate sentence raises, in my opinion, the following three issues on appeal to this Court:

(1) Must a trial judge, when evaluating a dangerous offender application under s. 753(b) of the *Criminal Code*, focus on the seriousness of the

avait fait erreur en omettant d'axer son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes elles-mêmes. À cet égard, le juge Finlayson a critiqué la nature du témoignage du D<sup>r</sup> McDonald et a préféré le rapport du D<sup>r</sup> Orchard, lequel concluait que [TRADUCTION] «la nature relativement bénigne des infractions sous-jacentes de [l'accusé] tendait à indiquer que les traitements l'avaient aidé à maîtriser sa propension à la violence» (p. 451).

La Cour d'appel a aussi statué que la décision du juge du procès était fondée sur une mauvaise interprétation de la charge de la preuve. Le juge Finlayson a considéré que le commentaire fait par le juge du procès à la fin de sa décision et que j'ai reproduit plus tôt, selon lequel les arguments de l'intimé [TRADUCTION] «n'[avaient] pas réussi à [l]e convaincre que la violence et la brutalité des agressions sexuelles passées de l'intimé ne continuent pas à se manifester» constituait un déplacement inapproprié de la charge de la preuve sur les épaules de l'intimé.

Le juge Finlayson s'est également interrogé sur les motifs distincts invoqués par le juge du procès pour infliger une peine de détention pour une période indéterminée. Il a fait remarquer que le juge du procès n'aurait pas dû s'appuyer sur le fait que le *Code criminel* oblige la Commission nationale des libérations conditionnelles à examiner périodiquement le statut de délinquant dangereux imposé à une personne. Selon le juge Finlayson, le juge du procès s'est trouvé de ce fait à abdiquer effectivement les responsabilités qui lui incombent en sa qualité de juge appelé à déterminer la peine.

## II. Les questions en litige

Le désaccord fondamental entre les jugements des juridictions inférieures quant au bien-fondé de la décision de déclarer Robert Currie délinquant dangereux et de lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée soulève, selon moi, les trois questions suivantes dans le présent pourvoi devant notre Cour:

(1) Le juge du procès qui examine une demande de déclaration de délinquant dangereux fondée sur l'al. 753b) du *Code criminel* doit-il axer

specific predicate offences that have led to the Crown's dangerous offender application?

- (2) Were the dangerous offender designation and the corresponding indeterminate sentence reasonably supported by the evidence?
- (3) Were the dangerous offender designation and the corresponding indeterminate sentence premised on any errors of law?

Given our holding at the conclusion of the hearing, it should come as no surprise that the Court resolves each of these issues in favour of the appellant. A thorough explanation is nonetheless warranted and should provide needed guidance for future dangerous offender application hearings.

### III. Analysis

It is the stated opinion of this Court that Robert Currie was properly designated a dangerous offender and correctly sentenced to an indeterminate period of incarceration. That opinion is grounded in two basic legal propositions both of which I develop and apply below. Those propositions are: first, given the nature and structure of s. 753(b) of the *Criminal Code*, a presiding trial judge need not focus on the objective seriousness of a predicate offence in order to conclude that a dangerous offender designation is warranted. Second, a finding of dangerousness by a trial judge is a finding of fact, frequently based upon the competing credibility of experts, and as long as it is reasonable, it is a finding which should not be lightly overturned.

#### A. *Must a Trial Judge Focus on the Seriousness of the Predicate Offences?*

The Court of Appeal quashed the trial judge's designation of Robert Currie as a dangerous offender principally because it found the trial judge erred by failing to focus on the seriousness of the predicate offences. The respondent has

son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes particulières qui ont amené le ministère public à présenter cette demande?

- (2) La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles raisonnablement étayées par la preuve?
- (3) La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles fondées sur quelque erreur de droit?

Vu notre décision à la fin de l'audience, personne ne s'étonnera que la Cour tranche chacune des questions en litige en faveur de l'appelante. Il convient toutefois de donner des explications approfondies, qui devraient fournir les indications nécessaires pour l'audition de futures demandes de déclaration de délinquant dangereux.

### III. L'analyse

Notre Cour est d'avis que Robert Currie a été à bon droit déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. Cette opinion est fondée sur deux principes juridiques fondamentaux, que je vais exposer et appliquer. Ces principes sont les suivants: premièrement, vu la nature et la structure de l'al. 753b) du *Code criminel*, le juge qui préside le procès n'est pas tenu d'axer son examen sur la gravité objective de l'infraction sous-jacente pour pouvoir conclure qu'il est justifié de faire droit à la demande de déclaration de délinquant dangereux. Deuxièmement, la conclusion de dangerosité tirée par le juge du procès est une conclusion de fait, qui repose fréquemment sur la crédibilité relative des experts, et qui, pourvu qu'elle soit raisonnable, ne devrait pas être écartée sans un examen approfondi.

#### A. *Le juge du procès doit-il axer son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes?*

La Cour d'appel a annulé la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre Robert Currie par le juge du procès, principalement parce que, selon elle, le juge du procès avait fait erreur en n'axant pas son examen sur la gravité des

relied upon that finding and insists that, when evaluating the likelihood of danger that an offender presents, the sentencing judge must consider the relative gravity of the predicate offences. Unless there is “some rational relationship between the predicate offences and the sentences”, the respondent contends that the offender is being sentenced for his past criminality.

19

It is true that, when viewed in isolation, the predicate offences appear less serious than much of the respondent’s past conduct. Indeed the appellant has admitted that “[t]he predicate offences in this case are properly characterized as offences of a less serious nature than the offender’s earlier offences, and thankfully do not approach the gravity of the very violent earlier offences”. However, that observation does not necessarily translate into a conclusion that the designation of Robert Currie as a dangerous offender was misplaced. Rather, once an individual has committed an offence specifically defined in the *Criminal Code* as a “serious personal injury offence”, he or she has made it possible for the Crown to invoke the *Criminal Code*’s dangerous offender application process. If that process is invoked, it is incumbent upon the trial judge to evaluate the offender’s potential danger to the public and this may or may not depend upon the specific nature and objective gravity of the predicate offence.

20

Section 753(b) of the *Criminal Code* makes this point abundantly clear. It provides:

**753.** Where, on an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

... .

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved

infractions sous-jacentes. Se fondant sur cette conclusion, l’intimé prétend que, lorsqu’il se demande si le délinquant présentera vraisemblablement un danger, le juge appelé à déterminer la peine doit tenir compte de la gravité relative des infractions sous-jacentes. Selon l’intimé, à moins qu’il n’existe [TRADUCTION] «quelque lien logique entre les infractions sous-jacentes et la peine», le délinquant est puni pour ses crimes antérieurs.

Il est vrai que, considérées isolément, les infractions sous-jacentes semblent moins graves que la plupart des actes antérieurs de l’intimé. De fait, l’appelante a admis que [TRADUCTION] «[l]es infractions sous-jacentes en l’espèce peuvent à bon droit être qualifiées d’infractions moins graves que les infractions antérieures du délinquant, et, heureusement, elles n’approchent pas la gravité des infractions très violentes commises antérieurement». Toutefois, cette observation n’amène pas nécessairement à conclure que la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre Robert Currie était mal fondée. Au contraire, dès qu’une personne a commis une infraction que le *Code criminel* définit expressément comme étant un «sévice grave à la personne», elle donne alors au ministère public la possibilité de demander, conformément au *Code criminel*, qu’elle soit déclarée délinquant dangereux. Si une telle demande est présentée, il appartient au juge du procès d’évaluer le danger potentiel que présente le délinquant pour le public, et cela peut ou non dépendre de la nature précise et de la gravité objective de l’infraction sous-jacente.

L’alinéa 753b) du *Code criminel* énonce on ne peut plus clairement ce principe. Cet article dispose:

**753.** Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, le tribunal, convaincu que, selon le cas:

... .

b) l’infraction commise constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l’alinéa b) de la définition de cette expression à l’article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l’infraction dont il a

in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted. [Emphasis added.]

In short, there are two thresholds that the Crown must surpass in order for the dangerous offender application to be successful. The Crown must first establish that the offender has been convicted of a “serious personal injury offence”. Then the focus of the inquiry shifts. The question then becomes whether there is a “likelihood” that the offender will cause “injury, pain or other evil to other persons through [his] failure in the future to control his sexual impulses”.

There is no question in this appeal that the predicate sexual assaults committed by the respondent against the young girls in the Towers department store constituted “serious personal injury offences”. Section 752(b) of the *Criminal Code* defines “serious personal injury offence” to include “an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 271 (sexual assault)”. However, the parties fundamentally disagree over the manner in which the trial judge applied the second standard. The respondent alleges that the trial judge erred because he did not take proper notice of the relative gravity of the predicate offences. He submits that an indeterminate sentence is disproportionate to the seriousness of sexual touching.

My problem with this argument is twofold. First, the language of s. 753(b) explicitly states that there is no requirement to focus on the specific nature of the predicate offence. Section 753(b) provides that the prospective dangerousness of the offender is measured by reference to “his conduct in any sexual matter including that involved in the

été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l’avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d’autres personnes,

peut déclarer qu’il s’agit là d’un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. [Je souligne.]

Bref, le ministère public doit franchir deux étapes pour que sa demande de déclaration de délinquant dangereux soit accueillie. Il doit d’abord établir que le délinquant a été déclaré coupable d’une infraction constituant un «sévice grave à la personne». Cela fait, l’objet de l’examen change, et la question consiste alors à se demander si le délinquant causera «vraisemblablement [...] à l’avenir», du fait de «son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles», «des sévices ou autres maux à d’autres personnes».

Il ne fait pas de doute, dans le présent pourvoi, que les agressions sexuelles sous-jacentes perpétrées par l’intimé à l’endroit des jeunes filles dans le magasin Towers étaient des «sévices graves à la personne». À l’alinéa 752b) du *Code criminel*, la définition de «sévices graves à la personne» inclut «les infractions ou tentatives de perpétration de l’une des infractions visées aux articles 271 (agression sexuelle)». Toutefois, les parties divergent fondamentalement d’opinion sur la façon dont le juge du procès a appliqué le deuxième critère. L’intimé prétend que le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas compte adéquatement de la gravité relative des infractions sous-jacentes. Il soutient qu’une peine de détention pour une période indéterminée est disproportionnée par rapport à la gravité des attouchements sexuels.

Cet argument me pose problème pour deux raisons. Premièrement, le texte de l’al. 753b) énonce expressément qu’il n’est pas nécessaire d’axer l’examen sur la nature précise de l’infraction sous-jacente. L’alinéa 753b) prévoit que la dangerosité potentielle est mesurée en fonction de «la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y

21

22

commission of the offence for which he has been convicted” (emphasis added). “[A]ny sexual matter” can refer to the predicate offence, but it need not. As long as the offender’s past conduct, whatever conduct that might be, demonstrates a present likelihood of inflicting future harm upon others, the designation is justified. Second, the respondent’s position is inconsistent with the nature and structure of the dangerous offender statutory scheme created by Parliament. As I indicated above, a crucial element of s. 753(b) is the notion of the “serious personal injury offence”. Parliament has said that there are certain types of offences, which are inherently serious, that can trigger a dangerous offender application. As this Court observed in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 83, sexual assault, whatever form it may take, is one of them. Other offences, presumably less threatening to the personal safety of others, do not trigger s. 753.

compris lors de la perpétration de l’infraction dont il a été déclaré coupable» (je souligne). «[L]a conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel» peut se rapporter à l’infraction sous-jacente, mais ce n’est pas nécessaire. Dès que la conduite antérieure du délinquant, quelle qu’elle soit, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l’avenir de ce fait des sévices à d’autres personnes, la déclaration est justifiée. Deuxièmement, la thèse de l’intimé est incompatible avec la nature et la structure du régime législatif créé par le législateur en ce qui concerne les délinquants dangereux. Comme je l’ai indiqué précédemment, un élément crucial de l’al. 753b) est la notion de «sévices graves à la personne». Le législateur a dit qu’il existe certains types d’infractions, intrinsèquement graves, qui sont susceptibles de donner lieu à une demande de déclaration de délinquant dangereux. Comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 83, l’agression sexuelle, quelle que soit la forme qu’elle prend, est l’une d’entre elles. D’autres infractions, vraisemblablement parce qu’elles sont moins menaçantes pour la sécurité d’autrui, ne déclenchent pas l’application de l’art. 753.

23

As such, I would find it contradictory, as well as callous, to categorize the impugned predicate assaults as “nuisance-type offences”. These sexual assaults, while not as violent or grave as some of the respondent’s earlier offences, were nevertheless within the category of violent and grave. The predicate offences involved repeated sexual touching of young girls in public and at least two of the victims of the assaults have experienced serious psychological trauma and other side effects. If these sexual assaults were not serious, sexual assault would not be enumerated as a s. 752 offence. Nor would Parliament have ever seen fit to eliminate the distinction between rape and indecent assault — indeed it would have ensured that such a distinction endured.

En conséquence, je trouve contradictoire et même insensible, de qualifier les agressions sous-jacentes visées d’«infractions du genre nuisances». Même si elles n’étaient pas aussi violentes ou graves que certaines des infractions passées de l’intimé, les agressions sexuelles en cause constituaient néanmoins des infractions violentes et graves. Les infractions sous-jacentes comportaient des attouchements sexuels répétés sur des jeunes filles dans un lieu public, et au moins deux des victimes de ces agressions ont souffert de graves traumatismes psychologiques ainsi que d’autres effets secondaires. Si ces agressions sexuelles n’étaient pas graves, l’agression sexuelle ne figurerait pas au nombre des infractions mentionnées à l’art. 752. Le législateur n’aurait pas non plus jugé bon d’éliminer la distinction entre le viol et l’attentat à la pudeur — de fait, il se serait assuré du maintien de cette distinction.

24

By definition, therefore, arguments of proportionality do not withstand scrutiny. There may be,

Par définition, donc, les arguments fondés sur la proportionnalité ne résiste pas à un examen

as the respondent asserts, an objective difference between the nighttime rape at knife point and the predicate offences, but this distinction is not reflected in s. 752 or 753 of the *Criminal Code*. Indeed the respondent is asking the Court to alter or even reduce the definition of “serious personal injury offence”. This alteration would, as the appellant notes, effectively guarantee that an accused who has committed an arguably less serious sexual predicate offence would never be declared a dangerous offender. I cannot imagine that Parliament wanted the courts to wait for an obviously dangerous individual, regardless of the nature of his criminal record and notwithstanding the force of expert opinion as to his potential dangerousness, to commit a particularly violent and grievous offence before he or she can be declared a dangerous offender.

Does it defy reality, as the respondent submits, to treat all “serious personal injury offences” the same in applying s. 753(b)? In my opinion, it does not. This might be problematic if s. 753(b) were a one-stage test. Section 753(b) might not make sense if, for example, it were to provide, without qualification, that a trial judge may designate any person who commits a “serious personal injury offence” as a dangerous offender. But, it is crucial to recognize that the conviction for a “serious personal injury offence” merely triggers the s. 753(b) application process. There remains a second stage to s. 753(b), at which point the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt of the likelihood of future danger that an offender presents to society before he or she can impose the dangerous offender designation and an indeterminate sentence.

Parliament has thus created a standard of preventive detention that measures an accused’s present condition according to past behaviour and

minutieux. Il est possible qu’il existe, ainsi que le prétend l’intimé, une différence objective entre un viol perpétré de nuit, à la pointe du couteau, et les infractions sous-jacentes, mais cette distinction n’est pas reflétée à l’art. 752 ou 753 du *Code criminel*. De fait, l’intimé demande à la Cour de modifier et même d’atténuer la portée de la définition de «sévices graves à la personne». Une telle modification aurait pour effet, comme le souligne l’appelante, de garantir effectivement qu’un accusé ayant commis une infraction sexuelle sous-jacente qu’on pourrait prétendre moins grave ne serait jamais déclaré délinquant dangereux. Je ne puis imaginer que le législateur ait voulu que les tribunaux attendent qu’un individu manifestement dangereux, indépendamment de la nature de ses antécédents criminels et du poids des opinions d’experts quant à sa dangerosité potentielle, commette un crime particulièrement violent et cruel avant de pouvoir le déclarer délinquant dangereux.

Est-ce faire un affront à la réalité, ainsi que le prétend l’intimé, que de traiter sur un pied d’égalité toutes les infractions constituant des «sévices graves à la personne» dans l’application de l’al. 753(b)? À mon avis, la réponse est non. Cela pourrait poser un problème si l’al. 753(b) établissait une analyse comportant une seule étape. L’alinéa 753(b) pourrait être illogique si, par exemple, il indiquait, sans faire de réserve, que le juge du procès peut déclarer délinquant dangereux toute personne qui commet une infraction constituant un «sévère grave à la personne». Toutefois, il est crucial de reconnaître que la condamnation à l’égard d’une infraction constituant un «sévère grave à la personne» ne fait que déclencher le mécanisme prévu à l’al. 753(b). En effet, il reste la deuxième étape de l’al. 753(b), au terme de laquelle le juge du procès doit, avant de pouvoir déclarer le délinquant en cause dangereux et lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée, être convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci présentera vraisemblablement un danger à l’avenir pour la société.

Le législateur a donc créé, en matière d’incarcération à des fins préventives, une norme qui évalue l’état actuel de l’accusé en fonction de ses actes et

patterns of conduct. Under this statutory arrangement, dangerous offenders who have committed "serious personal injury offences" can be properly sentenced without having to wait for them to strike out in a particularly egregious way. For example, suppose a known sexual deviate has been convicted of repeated offences for stalking and sexually assaulting young girls in playgrounds. He operates by offering them candy, touching their private parts, and if the children seem to comply or submit to his criminal advances, by taking them away where he violently sexually assaults them. Now suppose that individual is at large in society and caught by a parent at a playground after having offered a child candy and improperly touching her. In this example, like the present case, the predicate offence is objectively less serious than a violent and invasive rape, but the trial judge need not justify the dangerous offender designation and an indeterminate sentence as a just desert for the isolated act of sexual touching. On the theory of s. 753(b), the offender has committed an inherently "serious personal injury offence". On a dangerous offender application, a trial judge is then entitled to consider his "conduct in any sexual matter" to determine if he presents a future danger to society. Otherwise, we would be saying that an offender's present condition is defined by the precise degree of seriousness of the predicate offences. That is equivalent to assuming that a dangerous individual will always act out, or be caught for that matter, at the upper limits of his dangerous capabilities.

comportements antérieurs. En vertu de ce régime législatif, il est possible de condamner à bon droit des délinquants dangereux ayant commis des infractions constituant des «sévices graves à la personne» sans devoir attendre qu'ils frappent à nouveau d'une manière particulièrement odieuse. Prenons l'exemple d'un déviant sexuel notoire, qui a déjà été déclaré coupable à plusieurs reprises de harcèlement et d'agression sexuelle à l'endroit de fillettes dans des terrains de jeux. Son manège consiste à offrir des bonbons à ses jeunes victimes, à faire des attouchements sur leurs organes génitaux et, si les fillettes semblent accéder à ses désirs ou se soumettre à ses avances criminelles, à les emmener ailleurs où il les agresse sexuellement avec violence. Supposons maintenant que cet individu soit en liberté et se fasse prendre en flagrant délit par un parent dans un terrain de jeu, après avoir offert des bonbons à une fillette et lui avoir fait des attouchements interdits. Dans cet exemple, tout comme dans le présent cas, l'infraction sous-jacente est objectivement moins grave qu'un viol accompagné de violence, mais le juge du procès n'a pas à justifier la déclaration de délinquant dangereux ni l'application d'une peine indéterminée comme étant un châtement mérité pour l'acte isolé d'attouchement sexuel. Sous le régime de l'al. 753b), le délinquant a commis une infraction constituant intrinsèquement un «sévice grave à la personne». Le juge du procès qui est saisi d'une demande de déclaration de délinquant dangereux a le droit de tenir compte de la «conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel» afin de décider si ce dernier constituera un danger à l'avenir pour la société. Autrement, nous nous trouverions à dire que l'état actuel du délinquant est défini par le degré précis de gravité des infractions sous-jacentes. Cela revient à supposer qu'un individu dangereux donnera toujours libre cours à ses tendances les plus dangereuses, ou qu'il se fera prendre après l'avoir fait.

27

Contrary to the respondent's submission, this holding is entirely consistent with *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. In *Lyons*, the accused was convicted of break and enter, unlawful use of a weapon in a sexual assault, unlawful use of a firearm in an indictable offence, and theft. He was

Contrairement aux prétentions de l'intimé, la présente conclusion est parfaitement compatible avec l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Dans *Lyons*, l'accusé avait été reconnu coupable de s'être introduit par infraction dans une maison d'habitation, d'avoir utilisé une arme en commet-

subsequently designated a dangerous offender by the trial judge and sentenced to indeterminate detention. The question that arose on appeal to this Court was whether the dangerous offender provisions of the *Criminal Code* were consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court upheld the constitutionality of the provisions, principally on the basis that a dangerous offender is not being sentenced for past or even future criminality. As La Forest J. indicated at p. 328:

The individual is clearly being sentenced for the “serious personal injury offence” he or she has been found guilty of committing, albeit in a different way than would ordinarily be done. It must be remembered that the appellant was not picked up off the street because of his past criminality (for which he has already been punished), or because of fears or suspicions about his criminal proclivities, and then subjected to a procedure in order to determine whether society would be better off if he were incarcerated indefinitely. Rather he was arrested and prosecuted for a very serious violent crime and subjected to a procedure aimed at determining the appropriate penalty that should be inflicted upon him in the circumstances.

In my opinion, despite the reference to a “very serious violent crime”, *Lyons* does not require that all predicate offences fit that description. As La Forest J. indicated at the hearing of this case, when he asserted that Thomas Lyons was arrested and prosecuted for a “very serious violent crime” he was merely referring to the particular facts in *Lyons*. He was not, I would add, stating that predicate offences need to be especially serious and violent to justify a dangerous offender designation. In fact, while specifically aimed at providing the constitutional justification for s. 753 (then s. 688), the above passage from *Lyons* serves to underline the very point of this case — that “serious personal injury offences” are inherently serious and there is thus no need to think that the offender is being punished for his “past criminality”. As in *Lyons*, there is nothing in this case that suggests the respondent has been “picked up off the street”. Nor

tant une agression sexuelle, d’avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d’un acte criminel et d’avoir volé des biens. Il a par la suite été déclaré délinquant dangereux par le juge du procès, qui lui a infligé une peine de détention pour une période indéterminée. La question dont notre Cour a été saisie dans ce pourvoi était celle de savoir si les dispositions du *Code criminel* relatives aux délinquants dangereux étaient compatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour a confirmé la constitutionnalité de ces dispositions, principalement pour le motif qu’un délinquant dangereux n’est pas condamné pour ses actes criminels passés ou même futurs. Comme l’a indiqué le juge La Forest, à la p. 328:

De toute évidence, l’individu en question se voit condamner, quoique d’une manière inhabituelle, pour les «sévices graves à la personne» dont il a été reconnu coupable. Il faut se rappeler que l’appelant n’a pas été appréhendé à cause de ses actes criminels antérieurs (pour lesquels il a déjà été puni) ni à cause de craintes ou de soupçons quant à sa propension au crime, pour être ensuite soumis à une procédure visant à déterminer s’il valait mieux pour la société qu’il soit incarcéré indéfiniment. Il a plutôt été arrêté et poursuivi pour un crime violent très grave et soumis à une procédure destinée à déterminer la peine qu’il convenait de lui infliger dans les circonstances.

À mon avis, même si on y fait mention d’un «crime violent très grave», l’arrêt *Lyons* n’a pas pour effet d’exiger que toutes les infractions sous-jacentes correspondent à cette description. Comme l’a indiqué le juge La Forest au cours de l’audition du présent cas, lorsqu’il a dit que Thomas Lyons avait été arrêté et poursuivi pour un «crime violent très grave», il faisait simplement allusion aux faits particuliers de l’arrêt *Lyons*. Il n’affirmait pas, ajouterais-je, que les infractions sous-jacentes doivent être particulièrement graves et violentes pour que la déclaration de délinquant dangereux soit justifiée. En fait, même si l’extrait précité de l’arrêt *Lyons* visait particulièrement à justifier constitutionnellement l’art. 753 (alors l’art. 688), il permet de faire ressortir le point central du présent cas — savoir que des «sévices graves à la personne» sont intrinsèquement graves et qu’il n’est donc pas nécessaire de se demander si le délinquant est puni

is there any more reason here than there was in *Lyons* to suggest that he is being punished for anything other than the predicate offences.

29

There is, however, another subtle wrinkle to this issue, and I would be remiss if I did not address it. Although the respondent relies upon the judgment of the Ontario Court of Appeal, he has argued that it would be a mistake to conflate their respective positions. On the one hand, the Court of Appeal quashed the dangerous offender designation largely because it found that the trial judge “failed to consider the gravity of the predicate offences in isolation from his previous offences” (p. 451). On the other hand, the respondent submits that the trial judge made the related but opposite error — that he ignored the predicate offences.

30

This argument is conceptually different, but I find it no more persuasive. For one, the language of s. 753(b) of the *Criminal Code* would seem to suggest that once the offender has been found guilty of a “serious personal injury offence”, the trial judge can ignore the nature of the predicate offence. Notwithstanding the unlikelihood of such a scenario, as long as some conduct of the accused “in any sexual matter” demonstrates a likelihood that his sexual urges will cause future “injury, pain or other evil”, there is no conceptual need to pay any attention to the predicate offence. Second, and more importantly, there is every indication that the trial judge did not ignore the nature of the predicate offences. In fact, on this very subject he endorsed Dr. McDonald’s conclusion that “[a]lthough the predicate offences may appear less serious from an assaultive aspect, they are more blatant, indicating a lessening of control on the part of the respondent”. He later concluded that “the violence and the brutality of the respondent’s early sexual assaults . . . continue to be evidenced in the pattern of his subsequent sexual assaults,

pour ses «actes criminels antérieurs». Il n’y a pas plus en l’espèce que dans *Lyons* de faits tendant à indiquer que l’intimé a été «appréhendé» à cause de ses actes criminels antérieurs, ni qu’il a été puni pour quoi que ce soit d’autre que les infractions sous-jacentes.

Cette question présente cependant une autre subtilité, et je négligerais à mes devoirs si je ne l’examinais pas. Même si l’intimé se fonde sur l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, il a fait valoir que ce serait une erreur que de confondre leurs positions respectives. D’une part, la Cour d’appel a annulé la déclaration de délinquant dangereux, principalement parce qu’elle a conclu que le juge du procès n’avait [TRADUCTION] «pas examiné la gravité des infractions sous-jacentes indépendamment des infractions antérieures» (p. 451). D’autre part, l’intimé prétend que le juge du procès a fait une erreur analogue, mais à l’inverse — c’est-à-dire qu’il n’a pas tenu compte des infractions sous-jacentes.

Cet argument est différent sur le plan conceptuel, mais je ne le trouve pas plus convaincant. D’une part, le texte de l’al. 753b) du *Code criminel* semble indiquer que, dès que le délinquant a été reconnu coupable de «sévices graves à la personne», le juge du procès peut faire abstraction de la nature de l’infraction sous-jacente. Malgré le caractère peu vraisemblable d’un tel scénario, en autant que la conduite de l’accusé «dans le domaine sexuel» démontre que vraisemblablement ses impulsions sexuelles causeront à l’avenir «des sévices ou autres maux», il n’existe aucun besoin, sur le plan conceptuel, de porter quelque attention à l’infraction sous-jacente. D’autre part, fait plus important encore, tout indique que le juge du procès n’a pas fait abstraction de la nature des infractions sous-jacentes. En fait, sur cette question même, il a retenu la conclusion du Dr McDonald selon laquelle [TRADUCTION] «[m]ême si les infractions sous-jacentes peuvent paraître moins graves sous l’aspect de la violence, elles sont plus flagrantes, ce qui indique une diminution de la maîtrise de soi de l’intimé». Il a par la suite conclu que [TRADUCTION] «la violence et la brutalité des agressions sexuelles passées de l’intimé [..]

including that conduct which resulted in his conviction upon the predicate offences”.

As much as our system of criminal justice seeks to sentence the offence, imposing a proper sentence is very much a function of the dual nature of the specific crime and the unique attributes of the offender. Insofar as this duality is concerned, the effectiveness of s. 753(b) should not go unnoticed. The “serious personal injury offence” requirement acts as a gatekeeper to ensure that the sentence is not disproportionate to the offence. At the same time, the manner in which s. 753(b) allows a trial judge to evaluate an offender’s present condition ensures that the uniquely dangerous attributes of each offender and his or her patterns of conduct are given due consideration, whatever form they might take.

**B. *Were the Dangerous Offender Designation and the Corresponding Indeterminate Sentence Reasonably Supported by the Evidence?***

On the basis of the language of s. 753(b) of the *Criminal Code* and the principles I have articulated above, I am satisfied that there was enough evidence before Tobias J. for him to find that the respondent was a dangerous offender. The respondent’s pattern of criminal sexual behaviour and the psychiatric evidence of the Crown-nominated psychiatrist are certainly sufficient proof, if accepted by a trier of fact, to justify such a conclusion.

In this respect, the role of an appellate court is to determine if the dangerous offender designation was reasonable. This standard of reasonableness is similar to the traditional standard employed by appellate courts in their review of verdicts under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Reasonableness is the appropriate standard of review in this case because, as much as dangerous offender status is a part of the post-conviction process, the application of general standards of sentence review is

continuent [...] à se manifester dans ses agressions sexuelles subséquentes, y compris le comportement qui a entraîné sa condamnation pour les infractions sous-jacentes».

Même si notre système de justice pénale cherche à sanctionner l’infraction, l’infliction de la peine appropriée est fonction surtout de la dualité de la nature du crime en cause et des caractéristiques particulières du délinquant. Pour ce qui concerne cette dualité, l’efficacité de l’al. 753b) vaut d’être mentionnée. Le critère des «séances graves à la personne» agit comme mesure de contrôle visant à garantir que la peine ne soit pas disproportionnée à l’infraction. En même temps, la manière dont l’al. 753b) permet au juge du procès d’évaluer l’état actuel du délinquant garantit que la dangerosité propre à chaque délinquant et les caractéristiques de son comportement reçoivent toute l’attention requise, quelle que soit leur forme.

**B. *La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles raisonnablement étayées par la preuve?***

Compte tenu du texte de l’al. 753b) du *Code criminel* et des principes que je viens d’exposer, je suis convaincu que le juge Tobias disposait de suffisamment d’éléments de preuve pour conclure que l’intimé était un délinquant dangereux. Les caractéristiques du comportement sexuel criminel de l’intimé et la preuve psychiatrique présentée par le psychiatre choisi par le ministère public constituent certainement une preuve suffisante, si elle est acceptée par le juge des faits, pour justifier une telle conclusion.

À cet égard, le rôle d’un tribunal d’appel est de décider si la déclaration de délinquant dangereux était raisonnable. Cette norme du caractère raisonnable est similaire à la norme traditionnellement employée par les tribunaux d’appel lorsqu’ils révisent des verdicts en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*. Le caractère raisonnable est la norme de contrôle appropriée en l’espèce parce que, même si la déclaration de délinquant dangereux fait partie du processus postérieur à la

31

32

33

not warranted given the broad language of s. 759. Section 759(1) provides:

**759. (1)** A person who is sentenced to detention in a penitentiary for an indeterminate period under this Part may appeal to the court of appeal against that sentence on any ground of law or fact or mixed law and fact. [Emphasis added.]

Given this provision, I do not find the “manifestly wrong” or “demonstrably unfit” general sentencing standards developed and applied in cases such as *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, or *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, to be applicable to this situation. However, it is equally true that s. 759 cannot be interpreted as calling for the equivalent of a trial *de novo* on the dangerous offender application. Some deference to the findings of a trial judge is warranted. After all, credibility should be assessed and findings of fact should be made by the trier of fact. The trier of fact is present when the testimony is being given and has the contemporaneous ability to assess each witness.

34

I should also point out that I am sympathetic to the submission of the respondent and the conclusion of the Ontario Court of Appeal below that, given their s. 759 jurisdiction to review the propriety of an indeterminate sentence, appellate courts are necessarily entitled to consider whether the finding of dangerousness itself was justified. In other words, as much as *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), and *R. v. Sullivan* (1987), 37 C.C.C. (3d) 143 (Ont. C.A.), correctly held that s. 759 does not give appellate courts an explicit jurisdiction to overturn a dangerous offender designation, the facts upon which a dangerousness finding are based are necessarily relevant to determining whether an indeterminate sentence should be quashed. Hence the finding of

déclaration de culpabilité, l'application des normes générales en matière de contrôle des peines n'est pas justifiée vu le libellé général de l'art. 759. Le paragraphe 759(1) est ainsi rédigé:

**759. (1)** Les personnes condamnées à la détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sous l'autorité de la présente partie peuvent interjeter appel d'une telle condamnation à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. [Je souligne.]

Compte tenu de cette disposition, j'estime que les normes générales en matière de détermination de la peine — celle de la peine «manifestement erronée» ou celle de la peine «manifestement non indiquée» — qui ont été élaborées et appliquées dans des arrêts tels *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, ou *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, ne s'appliquent pas à la présente situation. Cependant, il est également vrai que l'art. 759 ne peut être interprété comme exigeant l'équivalent d'un procès *de novo* relativement à la demande de déclaration de délinquant dangereux. Une certaine retenue envers les conclusions du juge du procès est justifiée. Après tout, c'est au juge des faits qu'il appartient d'apprécier la crédibilité des témoins et de tirer des conclusions de fait. En effet, ce dernier est présent lorsque les témoignages sont rendus, et il a alors la possibilité d'apprécier la crédibilité de chaque témoin pendant qu'il dépose.

Je tiens également à souligner que je suis bien disposé à l'égard de la prétention de l'intimé et de la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce que, comme les tribunaux d'appel ont compétence, en vertu de l'art. 759, pour réviser le bien-fondé d'une peine de détention pour une période indéterminée, ils ont nécessairement le droit de se demander si la conclusion de dangerosité elle-même était justifiée. En d'autres mots, malgré le fait que, dans les arrêts *R. c. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), et *R. c. Sullivan* (1987), 37 C.C.C. (3d) 143 (C.A. Ont.), il ait été à bon droit jugé que l'art. 759 ne donne pas explicitement aux tribunaux d'appel le pouvoir d'annuler une déclaration de délinquant dangereux, les faits sur lesquels repose une conclusion de dan-

dangerousness is properly before an appellate court.

Accordingly, absent an error of law (which I discuss below), the crucial question on appeal is whether the trial judge's findings were reasonable. I can only conclude that they were. For one, there was consensus at the application hearing that Robert Currie is a pedophile and hebephile with a long history of sexual offences, some of which were extremely violent. The Crown-nominated psychiatrist, Dr. McDonald, diagnosed the respondent as an obsessed and temperamental hypersexual individual who was extremely dangerous to women and female children. In Dr. McDonald's view, the respondent inherited a biological anomaly in the wiring of his brain which makes his deviate sexual impulses uncontrollable. While Dr. McDonald accepted that the respondent's predicate assaults were not as serious as some of the assaults he had committed in the past, he found that they were "ominous" and more blatant because they were committed in a very public place. This suggested, in his opinion, a lessening of the respondent's ability to control his deviate impulses and he expected the respondent's offences to increase in severity in the long term.

This evidence alone was sufficient to justify the dangerous offender designation, and I do not accept the respondent's objection that it was a product of overgeneralization. Experts necessarily bring past experiences to bear on their opinions and, as the appellant submits, Dr. McDonald's opinion was based on an extensive assessment of the respondent. As a result, the trial judge was perfectly entitled to believe Dr. McDonald's diagnosis, and conclude from the respondent's lengthy criminal history that the commission of the predicate offences was part of a pattern of sexual deviation. See *Sullivan, supra*. However, the trial judge

gerosité sont nécessairement pertinents pour décider si une peine de détention pour une période indéterminée devrait être annulée. Par conséquent, c'est à bon droit qu'un tribunal d'appel est saisi de la conclusion de dangerosité.

En conséquence, en l'absence d'erreur de droit (question que j'examine plus loin), la question cruciale en appel est de savoir si les conclusions du juge du procès étaient raisonnables. Je ne peux que conclure qu'elles l'étaient. D'abord, il y a eu consensus, à l'audition de la demande, sur le fait que Robert Currie est un pédophile et un hébéphile possédant de nombreux antécédents de crimes sexuels, dont certains furent marqués par une violence extrême. Le psychiatre retenu par le ministère public, le Dr McDonald, a conclu, dans son diagnostic, que l'intimé était un individu obsédé, hypersexuel instable et extrêmement dangereux pour les femmes et les jeunes filles. Selon le Dr McDonald, l'intimé a hérité d'une anomalie biologique dans les connexions de son cerveau qui rend ses impulsions sexuelles déviantes incontrôlables. Même si le Dr McDonald a reconnu que les agressions sous-jacentes commises par l'intimé n'étaient pas aussi graves que certaines de ses agressions antérieures, il a conclu qu'elles étaient [TRADUCTION] «inquiétantes» et plus flagrantes, car elles avaient été commises dans un endroit très passant. À son avis, cela tendait à indiquer un affaiblissement de la capacité de l'intimé de contrôler ses impulsions déviantes, et il prévoyait à long terme une augmentation de la gravité des infractions commises par l'intimé.

Cette preuve était à elle seule suffisante pour justifier la déclaration de délinquant dangereux, et je n'accepte pas l'objection de l'intimé voulant qu'elle découlerait d'une généralisation à outrance. Les experts s'appuient nécessairement sur leur expérience passée pour arrêter leurs opinions et, ainsi que le fait valoir l'appelante, l'opinion du Dr McDonald était fondée sur une évaluation approfondie de l'intimé. Par conséquent, le juge du procès était parfaitement justifié de croire le diagnostic établi par le Dr McDonald et de conclure, à la lumière des longs antécédents criminels de l'intimé, que la perpétration des infractions sous-

also had the benefit of the testimony of the defence-nominated psychiatrist. Although Dr. Orchard concluded that the predicate offences exhibited a declining danger, he did acknowledge the profound nature of the respondent's sexual problems and also recognized that there was a likelihood that the respondent would re-offend. In fact, Dr. Orchard himself indicated that the respondent exhibited "a lot of tendencies towards violence or dangerous behaviour".

37 Furthermore, the Crown adduced evidence, which I believe was properly put before the trial judge, of comments the respondent made to a psychometrist in 1989. Robert Currie stated at that time:

[The] stuff I was doing in '79, I got rid of that. I don't bruise them now but don't get me wrong. They had better give me sex if I want it because I often have a knife and I always have my hands.

This evidence, the reliability and strength of which the trial judge was able to evaluate, and which he was not required to discuss in his reasons to avoid error (*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at pp. 662-65, and *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, at pp. 752-53), further supports the conclusion that the respondent is dangerous. In fact it is a chilling reminder, from the mouth of the offender himself, of his sexually impulsive and volatile nature.

38 In my opinion, therefore, it was entirely open to the trial judge to prefer the evidence of Dr. McDonald to that of Dr. Orchard. It was not, however, similarly open to the Court of Appeal to re-evaluate the psychiatric evidence and overturn the dangerous offender designation because of a mere difference of opinion. I cannot overemphasize the point that no appellate court should lightly disturb a finding of dangerousness which is so heavily dependent upon the relative credibility of expert witnesses. In saying this, I have not forgotten the broad language of s. 759. However, having observed both experts and evaluated their reports,

jaçentes était la manifestation d'un comportement sexuel déviant. Voir *Sullivan*, précité. Toutefois, le juge du procès a aussi eu l'avantage d'entendre le témoignage du psychiatre retenu par la défense. Même s'il a conclu que les infractions sous-jacentes montraient une réduction de la dangerosité, le D<sup>r</sup> Orchard a effectivement reconnu la nature profonde des problèmes sexuels de l'intimé en plus d'admettre que vraisemblablement ce dernier récidiverait. En fait, le D<sup>r</sup> Orchard lui-même a indiqué que l'intimé manifestait [TRADUCTION] «une grande propension à la violence ou à un comportement dangereux».

En outre, le ministère public a produit en preuve des commentaires — qui selon moi ont été régulièrement présentés au juge du procès — faits par l'intimé à un psychométricien en 1989. Robert Currie a dit ceci à cette occasion:

[TRADUCTION] Les choses que je faisais en '79, j'y ai mis fin. Je ne les amoche plus maintenant, mais comprenez-moi bien. Elles sont mieux de me donner du sexe si j'en veux, car j'ai souvent un couteau, et j'ai toujours mes deux mains.

Cet élément de preuve, dont le juge du procès a été en mesure d'évaluer la fiabilité et la valeur, et qu'il n'était pas tenu d'examiner dans ses motifs pour éviter toute erreur (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, aux pp. 662 à 665, et *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, aux pp. 752 et 753), appuie encore davantage la conclusion que l'intimé est dangereux. De fait, il s'agit d'un rappel terrifiant, émanant de la bouche même du délinquant, de ses instincts sexuels impulsifs et explosifs.

À mon avis, il était donc totalement loisible au juge du procès de préférer le témoignage du D<sup>r</sup> McDonald à celui du D<sup>r</sup> Orchard. La Cour d'appel n'avait toutefois pas la même latitude pour réévaluer la preuve psychiatrique et annuler la déclaration de délinquant dangereux pour une simple différence d'opinion. Je ne saurais trop insister sur le principe selon lequel aucun tribunal d'appel ne devrait modifier, sans un examen approfondi, une conclusion de dangerosité qui dépend de façon aussi importante de la crédibilité relative des témoins experts. En disant cela, je n'oublie toutefois pas le libellé général de l'art. 759. Cependant,

Tobias J. simply found the opinion of Dr. McDonald to be more credible. It was a reasonable conclusion amply supported by the evidence. It should not have been disturbed by the Court of Appeal.

The reason for this finding is simple. To an outside observer, the predicate assaults can be interpreted in any number of ways. They might, as the Court of Appeal and respondent believe, carry information that suggests that the respondent's condition was improving. By contrast, because they occurred in broad daylight in a crowded public place, they might indicate that the respondent's condition had become more blatant and reflected a lessening of self-control. Further still, the predicate assaults might even be interpreted as part of a pattern that the respondent displayed in his earlier offences. As I noted at the outset of these reasons, on November 29, 1975, on the very day the respondent committed an extremely violent and degrading rape, he had also committed a less violent and less intrusive indecent assault on another victim sometime earlier. It is therefore possible that, even though the predicate offences were less violent than past offences, Robert Currie might have committed more violent and aggressive sexual assaults that very day, had he not been reported by his young victims.

The point is, s. 753(b) entrusts trial judges with evaluating these sorts of patterns, and in this case, the trial judge concluded, in a perfectly reasonable fashion, that the predicate offences exemplified a lessening of self-control. It is plausible to interpret the respondent's pattern of conduct differently, but the *Criminal Code* does not invite either this Court or the Court of Appeal to do so. Unless the trial judge's findings were unreasonable, and absent an error of law, the designation made by the trial judge should stand.

après avoir observé les deux experts et avoir évalué leurs rapports, le juge Tobias a tout simplement conclu que l'opinion du Dr McDonald était la plus crédible. C'était une conclusion raisonnable, qui était largement appuyée par la preuve. Elle n'aurait pas dû être modifiée par la Cour d'appel.

La raison de cette conclusion est simple. Pour un observateur de l'extérieur, les agressions sous-jacentes peuvent être interprétées de diverses façons. En effet, elles pourraient, comme le croient la Cour d'appel et l'intimé, apporter des renseignements suggérant que l'état de l'intimé s'améliorait. À l'opposé, comme elles ont été perpétrées en plein jour, dans un endroit public achalandé, elles pourraient indiquer que l'état de l'intimé était devenu plus flagrant et reflétait une diminution de sa maîtrise de soi. Qui plus est, les infractions sous-jacentes pourraient même être interprétées comme des manifestations d'un comportement systématique adopté par l'intimé au cours de ses premières infractions. Comme je l'ai noté au début des présents motifs, le 29 novembre 1975, le jour même où l'intimé a perpétré un viol extrêmement violent et avilissant, il avait aussi commis un attentat à la pudeur moins violent et moins envahissant contre une autre victime un peu plus tôt. Il est donc possible que, même si les infractions sous-jacentes étaient moins violentes que les infractions antérieures, Robert Currie aurait pu commettre des agressions sexuelles plus violentes le même jour, s'il n'avait pas été dénoncé par ses jeunes victimes.

Le fait est que l'al. 753b) habilite le juge du procès à évaluer les comportements de ce genre, et que, en l'espèce, le juge du procès a conclu, de façon parfaitement raisonnable, que les infractions sous-jacentes témoignaient d'une diminution de la maîtrise de soi. Le comportement de l'intimé pourrait, plausiblement, être interprété de manière différente, mais le *Code criminel* n'invite ni notre Cour ni la Cour d'appel à le faire. À moins que les conclusions du juge du procès soient déraisonnables et en l'absence d'erreur de droit, la déclaration prononcée par le juge du procès devrait être maintenue.

C. *Did the Trial Judge Commit an Error of Law?*

41

The respondent alleged, and the Court of Appeal agreed, that the trial judge's conclusions were based upon at least two errors of law. First, Finlayson J.A. stated that the trial judge misconstrued the burden of proof in dangerous offender proceedings. Second, the Court of Appeal intimated that the trial judge abdicated his sentencing responsibility to the National Parole Board. With respect, I find both of these conclusions unsatisfactory.

(1) Erroneous Burden of Proof

42

As I stated above, the Court of Appeal's conclusion that the trial judge misconstrued the burden of proof is based upon the following passage in the trial judge's reasons:

I have not been unmoved by the submissions of counsel for the respondent that the character of his behaviour has changed markedly over a period of 15 years from violent to harmless, with the result that the respondent cannot now be described as dangerous. Nonetheless, these submissions have failed to persuade me that the violence and the brutality of the respondent's early sexual assaults do not continue to be evidenced in the pattern of his subsequent sexual assaults, including that conduct which resulted in his conviction upon the predicate offences. [Emphasis added.]

I cannot accept that this passage reflects an erroneous reversal of the burden of proof. In my opinion, when the passage is read in its entire context, it is obvious that when Tobias J. said that the respondent's submission "failed to persuade me" he was really indicating that the respondent's submissions had failed to disturb his findings as regards the respondent's dangerousness. In my opinion, this is clearly confirmed by the passage that immediately followed his impugned comment:

I am satisfied, therefore, beyond a reasonable doubt, upon a consideration of all of the evidence adduced

C. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit?*

L'intimé a plaidé avec succès devant la Cour d'appel que les conclusions du juge du procès étaient fondées sur au moins deux erreurs de droit. Premièrement, le juge Finlayson a dit que le juge du procès avait mal interprété la charge de la preuve dans les procédures relatives aux délinquants dangereux. Deuxièmement, la Cour d'appel a laissé entendre que le juge du procès avait abdicé ses responsabilités en matière de détermination de la peine en faveur de la Commission nationale des libérations conditionnelles. En toute déférence, j'estime que ces deux conclusions ne sont pas satisfaisantes.

(1) L'erreur sur la charge de la preuve

Comme je l'ai mentionné plus haut, la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a mal interprété la charge de la preuve est fondée sur le passage suivant des motifs du juge du procès:

[TRADUCTION] Je n'ai pas été insensible aux arguments de l'avocat de l'intimé voulant que la nature de son comportement ait grandement changé sur une période de 15 ans, passant de violent à inoffensif, de sorte que l'intimé ne pourrait aujourd'hui être décrit comme dangereux. Néanmoins, ces arguments n'ont pas réussi à me convaincre que la violence et la brutalité des agressions sexuelles passées de l'intimé ne continuent pas à se manifester dans ses agressions sexuelles subséquentes, y compris le comportement qui a entraîné sa condamnation pour les infractions sous-jacentes. [Je souligne.]

Je ne puis accepter que ce passage reflète un déplacement erroné de la charge de la preuve. À mon avis, lorsqu'on lit ce passage dans son contexte global, il est évident que quand le juge Tobias dit que les arguments de l'intimé «n'ont pas réussi à [l]e convaincre», il indique en réalité que ces arguments n'ont pas réussi à réfuter ses conclusions en ce qui a trait à la dangerosité de l'intimé. À mon avis, ce fait est clairement confirmé par le passage qui suit immédiatement le commentaire attaqué:

[TRADUCTION] Par conséquent, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable, après examen de l'ensemble

upon this application, that the predicate offences for which the respondent has been convicted are serious personal injury offences as described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 of the Criminal Code, and that the respondent by his conduct since the year 1975 in those sexual matters herein described, including the predicate offences, has shown a failure to control his sexual impulses, and that there is an existing likelihood of the respondent causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses.

In the result, I declare the respondent a dangerous offender.

The Court cannot forget that s. 753(b) does not require proof beyond a reasonable doubt that the respondent will re-offend. Such a standard would be impossible to meet. Instead, s. 753(b) requires that the court be satisfied beyond a reasonable doubt that there is a "likelihood" that the respondent will inflict harm, and the trial judge took explicit notice of this, citing *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (Ont. H.C.); *R. v. Dwyer* (1977), 34 C.C.C. (2d) 293 (Alta. C.A.); *R. v. Carleton* (1981), 69 C.C.C. (2d) 1 (Alta. C.A.) (aff'd [1983] 2 S.C.R. 58). See also *Langevin*, *supra*. I am thus unwilling to conclude, on the basis of a few misplaced words, that the trial judge either misunderstood or misapplied the burden of proof on this dangerous offender application.

## (2) Abdication of Responsibility

The respondent also contends that in his reasons on sentence, the trial judge effectively surrendered his sentencing responsibilities by deferring to the judgment of the National Parole Board under s. 761(1) of the *Criminal Code*. As I noted above, the trial judge stated:

S. 761(1) of the Criminal Code provides a framework by which the National Parole Board considers the incarceration of an individual sentenced to an indeterminate sentence, and in my respectful opinion, it is in that protection of the review set out in s. 761(1) that Mr. Currie will receive the consideration of his personality disorder, the status of that personality disorder, the status of

de la preuve produite dans le cadre de la présente demande, que les infractions sous-jacentes pour lesquelles l'intimé a été condamné constituent des sévices graves à la personne visés à l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752 du Code criminel, et que la conduite de l'intimé depuis 1975 dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration des infractions sous-jacentes, démontre son incapacité de contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

Par conséquent, je déclare l'intimé délinquant dangereux.

Notre Cour ne peut passer sous silence le fait que l'al. 753b) n'exige pas la preuve hors de tout doute raisonnable que l'intimé récidivera. Il serait impossible de satisfaire une telle norme. L'alinéa 753b) exige plutôt que le tribunal soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intimé causera «vraisemblablement» des sévices, et le juge du procès a tenu explicitement compte de cette exigence, citant les affaires *R. c. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (H.C. Ont.), *R. c. Dwyer* (1977), 34 C.C.C. (2d) 293 (C.A. Alb.), *R. c. Carleton* (1981), 69 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Alb.) (conf. par [1983] 2 R.C.S. 58). Voir aussi *Langevin*, précité. Je ne suis donc pas disposé à conclure, sur le fondement de quelques mots mal placés, que le juge du procès a mal compris ou mal appliqué la charge de la preuve dans le cadre de cette demande de déclaration de délinquant dangereux.

## (2) L'abdication des responsabilités

L'intimé prétend également que, dans ses motifs de sentence, le juge du procès a effectivement abdiqué ses responsabilités en matière de détermination de la peine en s'en remettant au jugement de la Commission nationale des libérations conditionnelles dans le cadre de l'examen prévu au par. 761(1) du *Code criminel*. Comme je l'ai souligné précédemment, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Le paragraphe 761(1) du Code criminel établit le cadre de l'examen par la Commission nationale des libérations conditionnelles de l'emprisonnement d'une personne condamnée à une peine de détention pour une période indéterminée et, à mon humble avis, c'est la protection découlant de cet examen prévu au par. 761(1) qui assure à M. Currie qu'il sera

his sexual deviation, and whether at a time in the future, he no longer is a dangerous offender and a threat to the public. I cannot say that in five years or six years or ten years that will occur.

I must therefore sentence Mr. Currie to an indeterminate period in the penitentiary and leave to the evaluation by experts in the National Parole Board and in the penitentiary system the status of Mr. Currie's treatment and his right to re-enter society.

While it is important to recognize that an indeterminate sentence does not automatically follow a dangerous offender designation, I do not interpret Tobias J.'s reference to the National Parole Board's intermittent power of review as an abdication of responsibility. Instead, I view it as a judicial reminder that, although it may be indeterminate, Robert Currie's sentence need not be permanent.

#### IV. Conclusion

44 As the Court indicated at the hearing, the trial judge properly designated the respondent, Robert Currie, a dangerous offender. He was not required to focus on the objective seriousness of the predicate offences and accordingly his decision was wholly reasonable and supported by the evidence. Moreover, absent an error of law, of which there was none, the dangerous offender determination is a finding of fact that is almost always based upon the competing credibility of expert witnesses. As such, it is a decision which should not be lightly disturbed.

45 For all of these reasons, the appeal is allowed and the Court of Appeal's sentence of time served is set aside. The decision of the trial judge to designate the respondent a dangerous offender and the corresponding decision to impose an indeterminate sentence are restored.

tenu compte de ses troubles de la personnalité, de l'état de ces troubles, de l'état de sa déviation sexuelle et de la possibilité qu'à un certain moment dans le futur il ne soit plus un délinquant dangereux ni une menace pour la société. Je suis incapable de dire si cela se produira dans cinq ans, dans six ans ou dans dix ans.

Je dois par conséquent condamner M. Currie à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée et laisser aux experts de la Commission nationale des libérations conditionnelles et du système pénitentiaire le soin d'évaluer l'état du traitement de M. Currie et son droit de réintégrer la société.

Même s'il importe de reconnaître qu'une peine de détention pour une période indéterminée n'accompagne pas automatiquement une déclaration de délinquant dangereux, je n'interprète pas la référence du juge Tobias au pouvoir de révision périodique de la Commission nationale des libérations conditionnelles comme étant une abdication de ses responsabilités. Il s'agit plutôt d'un rappel par le tribunal du fait que, même si elle est indéterminée, la peine de Robert Currie n'est pas nécessairement permanente.

#### IV. La conclusion

Comme notre Cour l'a indiqué à l'audience, le juge du procès a eu raison de déclarer l'intimé, Robert Currie, délinquant dangereux. Le juge du procès n'était pas tenu d'axer son examen sur la gravité objective des infractions sous-jacentes et, par conséquent, sa décision était tout à fait raisonnable et étayée par la preuve produite. De plus, en l'absence d'erreur de droit, comme c'est le cas en l'espèce, la déclaration de délinquant dangereux est une conclusion de fait qui est presque toujours fondée sur la crédibilité relative des témoins experts. En conséquence, il s'agit d'une décision qui ne devrait pas être modifiée sans un examen approfondi.

Pour tous ces motifs, le pourvoi est accueilli et la sentence infligée par la Cour d'appel, savoir la condamnation à la période de détention déjà purgée est écartée. La décision du juge du procès de déclarer l'intimé délinquant dangereux et sa décision connexe de lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée sont rétablies.

*Appeal allowed.*

*Pourvoi accueilli.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Gold & Fuerst, Toronto.*

**Locksley Washington Alphonso  
Senior Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. SENIOR

File No.: 25283.

1997: May 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Sentencing — Imposition of consecutive sentences.*

**Cases Cited**

**Distinguished:** *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 1, 116 W.A.C. 1, allowing in part the accused's appeals against sentences. Appeal dismissed.

*Terence C. Semenuk*, for the appellant.

*Elizabeth A. Hughes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

**Locksley Washington Alphonso  
Senior Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. SENIOR

N° du greffe: 25283.

1997: 23 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Cumul des sentences.*

**Jurisprudence**

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 1, 116 W.A.C. 1, qui a accueilli en partie les appels formés par l'accusé contre les peines prononcées contre lui. Pourvoi rejeté.

*Terence C. Semenuk*, pour l'appellant.

*Elizabeth A. Hughes*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — À la lumière des circonstances inhabituelles du présent cas, l'arrêt de notre Cour *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, n'est d'aucune utilité pour l'appellant, et nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta. Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE — In light of the unusual circumstances of this case, this Court's decision in *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621, is of no help to the appellant, and we agree with the conclusion of the Court of Appeal of Alberta, and the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

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

*Procureurs de l'appelant: Singleton Urquhart  
Scott, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Department of  
Justice, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la  
Justice, Calgary.*

**Heinrich Martin** *Appellant*

v.

**Artyork Investments Limited** *Respondent*

INDEXED AS: MARTIN v. ARTYORK INVESTMENTS LTD.

File No.: 25006.

1997: May 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Corporations — Directors — Indoor management rule — Appellant providing director of respondent company with funds to invest in company — Appellant entitled to rely on indoor management rule — Respondent bound by director's representations — Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 19.*

**Statutes and Regulations Cited***Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 19.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 705, 85 O.A.C. 221, reversing a decision of the Ontario Court (General Division), [1991] O.J. No. 1890 (QL), allowing the appellant's action against the respondent. Appeal allowed.

*Joel Richler* and *J. A. Prestage*, for the appellant.

*Raymond M. Slattery*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

<sup>1</sup> IACOBUCCI J. — Based on the findings of the trial judge, the appellant was entitled to the protection afforded by s. 19 of the Ontario *Business Corporations Act* in his dealings with the director of the respondent. Accordingly, the respondent is

**Heinrich Martin** *Appelant*

c.

**Artyork Investments Limited** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MARTIN c. ARTYORK INVESTMENTS LTD.

N° du greffe: 25006.

1997: 26 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Compagnies — Administrateurs — Règle des allégations interdites — Appelant fournissant à l'administrateur de la compagnie intimée des fonds à investir dans celle-ci — Appelant ayant droit d'invoquer la règle des allégations interdites — Intimée liée par les déclarations de l'administrateur — Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 19.*

**Lois et règlements cités***Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 705, 85 O.A.C. 221, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1991] O.J. No. 1890 (QL), qui avait accueilli l'action de l'appelant contre l'intimée. Pourvoi accueilli.

*Joel Richler* et *J. A. Prestage*, pour l'appelant.

*Raymond M. Slattery*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Compte tenu des conclusions du juge de première instance, l'appelant avait droit à la protection de l'art. 19 de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, dans ses opérations avec l'administrateur de l'intimée. En consé-

bound by its director's representations. Therefore the appeal is allowed with costs in the Ontario Court of Appeal and here, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the trial judgment is restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Julian Polika, Toronto.*

quence, l'intimée est liée par les déclarations de son administrateur. Le pourvoi est donc accueilli, avec dépens devant la Cour d'appel de l'Ontario et devant nous, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du tribunal de première instance est rétabli.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Julian Polika, Toronto.*

**Terri Jean Bedford, Bryan Harris, Christina Marie Masotti, Juliet Harris and Cheryl Anganoo** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEDFORD

File No.: 25473.

1997: May 27.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Indictment quashed at trial on basis that it was unknown to law — Order appealed to the Court of Appeal not tantamount to acquittal — Appeal to this Court allegedly an appeal as of right — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal.*

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 92 O.A.C. 312, [1996] O.J. No. 2837 (QL), allowing an appeal from and setting aside orders quashing charges by O'Hara J. Appeal dismissed.

*Morris Manning, Q.C.*, for the appellants.

*Scott C. Hutchison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

<sup>1</sup> SOPINKA J. — The trial judgment herein was an order quashing the indictment. Applying the principles in *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, the order appealed to the Court of Appeal (1996), 92

**Terri Jean Bedford, Bryan Harris, Christina Marie Masotti, Juliet Harris et Cheryl Anganoo** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BEDFORD

N° du greffe: 25473.

1997: 27 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

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

*Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Acte d'accusation annulé au procès pour le motif que l'infraction reprochée était inconnue en droit — L'ordonnance portée en appel à la Cour d'appel n'équivalait pas à un acquittement — On prétend que le pourvoi à notre Cour serait un appel de plein droit — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre ce pourvoi?*

#### Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 92 O.A.C. 312, [1996] O.J. No. 2837 (QL), qui a accueilli l'appel formé contre les ordonnances rendues par le juge O'Hara annulant les accusations, et qui a annulé ces ordonnances. Pourvoi rejeté.

*Morris Manning, c.r.*, pour les appelants.

*Scott C. Hutchison*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — En l'espèce, le jugement rendu au procès était une ordonnance annulant l'acte d'accusation. À la lumière des principes énoncés dans *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594,

O.A.C. 312, was not tantamount to an acquittal. Accordingly, this Court has no jurisdiction to hear the appeal. The appeal is quashed. Leave to appeal is refused.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Manning & Simone, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

l'ordonnance qui a fait l'objet de l'appel devant la Cour d'appel (1996), 92 O.A.C. 312, n'équivalait pas à un acquittement. En conséquence, notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi. Celui-ci est annulé. L'autorisation de pourvoi est refusée.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: Manning & Simone, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Canadian Union of Postal Workers** *Appellant*

v.

**Canada Post Corporation** *Respondent*

and

**Rodrigue Blouin** *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS

File No.: 25093.

1997: February 12; 1997: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil procedure — Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify abandonment of appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.*

After filing an inscription in appeal of a judgment of the Superior Court, the respondent failed to serve and file its factum within the time prescribed in art. 503 C.C.P., and its appeal was accordingly deemed abandoned pursuant to art. 503.1 C.C.P. The clerk of the Court of Appeal recorded the default and issued a certificate stating that the appeal was abandoned. A few days later, counsel for the respondent learned of the certificate and filed a motion asking the Court of Appeal to declare that the appeal had not been abandoned and extend the time for service and filing of his factum. In the Court of Appeal counsel for the respondent maintained that he was aware of the *Code of Civil Procedure's* requirements but had got the dates confused since at the time he had two other cases before the Court of Appeal involving the same parties. The Court of Appeal granted the motion and gave the respondent special leave to appeal under art. 523 C.C.P.

*Held:* The appeal should be allowed. The judgment of the Court of Appeal is set aside for the sole purpose of amending its order.

For the reasons set out in *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R.

**Syndicat des postiers du Canada** *Appelant*

c.

**Société canadienne des postes** *Intimée*

et

**Rodrigue Blouin** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c. SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA

N° du greffe: 25093.

1997: 12 février; 1997: 29 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.*

Après avoir inscrit en appel un jugement de la Cour supérieure, l'intimée a omis de signifier et de produire son mémoire dans le délai prescrit à l'art. 503 C.p.c., si bien que, conformément à l'art. 503.1 C.p.c., son appel a été réputé déserté. Le greffier de la Cour d'appel a constaté le défaut et délivré un certificat attestant que l'appel est déserté. Quelques jours plus tard, l'avocat de l'intimée a pris connaissance du certificat et déposé une requête afin que la Cour d'appel déclare l'appel non déserté et qu'elle proroge le délai de signification et production de son mémoire. Devant la Cour d'appel, l'avocat de l'intimée a plaidé qu'il connaissait les exigences du *Code de procédure civile*, mais qu'il a confondu les dates puisqu'il avait à l'époque deux autres affaires devant la Cour d'appel impliquant les mêmes parties. La Cour d'appel a accueilli la requête et accordé à l'intimée la permission spéciale d'appeler prévue à l'art. 523 C.p.c.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. Le jugement de la Cour d'appel est infirmé à la seule fin de modifier son ordonnance.

Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2

299, the abandonment of the appeal should be rectified pursuant to the Court of Appeal's general power under para. 2 of art. 523 *C.C.P.* The error made by counsel for the respondent is a merely technical one that can be rectified in order to safeguard the respondent's rights without prejudicing the appellant. Furthermore, it is not argued that the appeal is frivolous, improper or dilatory. Finally, after receiving notice of the abandonment of the appeal, the respondent acted quickly to rectify it. It is not necessary, however, to grant special leave to appeal under art. 523 in order to rectify an abandonment of an appeal. It is sufficient to order that the appeal be reinstated.

### Cases Cited

**Followed:** *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299, rev'g [1995] R.J.Q. 2853; **referred to:** *D'Aragon & Associés inc. v. Gravel*, [1996] R.D.J. 33.

### Statutes and Regulations Cited

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 503 [repl. 1982, c. 32, s. 39; am. 1993, c. 30, s. 12], 503.1 [ad. 1993, c. 30, s. 13; repl. 1995, c. 2, s. 5], 523 [am. 1985, c. 29, s. 11; am. 1992, c. 57, s. 422].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] Q.J. No. 885 (QL), J.E. 96-22, granting the respondent's motion to have the appeal declared not to have been abandoned and to extend the time for filing a factum. Appeal allowed.

*Paul Lesage and Normand Beaulieu*, for the appellant.

*Jacques Reeves*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This appeal raises the same point of law as *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299, which was heard and decided at the same time as the instant case.

R.C.S. 299, il doit être remédié à la désertion d'appel en vertu du pouvoir général de la Cour d'appel prévu à l'al. 2 de l'art. 523 *C.p.c.* L'erreur commise par l'avocat de l'intimée n'est que technique et il est possible d'y remédier afin de sauvegarder les droits de l'intimée, et ce, sans porter préjudice à l'appellant. En outre, on ne prétend pas que l'appel est futile, abusif ou dilatoire. Enfin, une fois informée de la désertion d'appel, l'intimée a agi avec diligence pour y remédier. Il n'est toutefois pas nécessaire d'accorder la permission spéciale d'appeler prévue à l'art. 523 pour remédier à la désertion d'appel. Il suffit d'ordonner la remise en état de l'appel.

### Jurisprudence

**Arrêt suivi:** *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, inf. [1995] R.J.Q. 2853; **arrêt mentionné:** *D'Aragon & Associés inc. c. Gravel*, [1996] R.D.J. 33.

### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 503 [repl. 1982, ch. 32, art. 39; mod. 1993, ch. 30, art. 12], 503.1 [aj. 1993, ch. 30, art. 13; rempl. 1995, ch. 2, art. 5], 523 [mod. 1985, ch. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] A.Q. n° 885 (QL), J.E. 96-22, qui a accueilli la requête de l'intimée visant à faire déclarer l'appel non déserté et à prolonger le délai de production d'un mémoire. Pourvoi accueilli.

*Paul Lesage et Normand Beaulieu*, pour l'appellant.

*Jacques Reeves*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi sou-  
lève la même question juridique que la décision  
*Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises  
Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, entendue et rendue  
en même temps que la présente affaire.

I — Facts

<sup>2</sup> The respondent applied to the Superior Court for judicial review of an arbitration award rendered by the mis en cause. On February 22, 1995, Trahan J. of the Superior Court granted the respondent's application in part: D.T.E. 95T-746, [1995] Q.J. No. 637 (QL). The respondent appealed that decision on March 21, 1995. A few days later, the appellant filed an incidental appeal, the regularity of which is not at issue in the case at bar. The respondent failed to serve and file its factum within the time prescribed in art. 503 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), and its appeal was accordingly deemed abandoned pursuant to art. 503.1 C.C.P. On August 9, 1995, the clerk of the Court of Appeal recorded the default and issued a certificate stating that the appeal was abandoned. Counsel for the respondent learned of the certificate on August 15, 1995. He then filed a motion asking the Court of Appeal to declare that the appeal had not been abandoned and extend the time for service and filing of his factum.

<sup>3</sup> In the Court of Appeal counsel for the respondent maintained that he was aware of the *Code of Civil Procedure's* new requirements but had got the dates confused. At the time, he had two other cases before the Court of Appeal involving the same parties as the instant case but with slightly different dates. On November 21, 1995, the Court of Appeal granted the respondent's motion: J.E. 96-22, [1995] Q.J. No. 885 (QL).

II — Decision of the Court of Appeal, J.E. 96-22

*Bisson J.A.*

<sup>4</sup> Bisson J.A. concluded that under art. 523 C.C.P. the Court of Appeal has jurisdiction to set aside an abandonment required by art. 503.1 C.C.P., first because art. 503.1 C.C.P. does not provide for forfeiture of the right of appeal, and second because of the broad powers conferred on the Court of Appeal by art. 523 C.C.P. He found this to be a case where the Court of Appeal should exercise its discretion. Counsel for the respondent merely

I — Les faits

L'intimée présente en Cour supérieure une requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale prononcée par le mis en cause. Le 22 février 1995, madame le juge Trahan de la Cour supérieure accorde en partie la requête de l'intimée: D.T.E. 95T-746, [1995] A.Q. n° 637 (QL). Celle-ci inscrit cette décision en appel le 21 mars 1995. Quelques jours plus tard, l'appelant forme un appel incident dont la conformité n'est pas en cause dans la présente affaire. L'intimée omet de signifier et produire son mémoire dans le délai prescrit à l'art. 503 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), si bien que son appel est réputé déserté, conformément à l'art. 503.1 C.p.c. Le 9 août 1995, le greffier de la Cour d'appel constate le défaut et délivre un certificat attestant que l'appel est déserté. Le 15 août 1995, l'avocat de l'intimée prend connaissance du certificat. Il dépose alors une requête afin, d'une part, que la Cour d'appel déclare l'appel non déserté et, d'autre part, qu'elle prolonge le délai de signification et production de son mémoire.

Devant la Cour d'appel, l'avocat de l'intimée plaide qu'il connaissait les nouvelles exigences du *Code de procédure civile*, mais qu'il a confondu les dates. Il avait, durant cette période, deux autres affaires devant la Cour d'appel impliquant les mêmes parties que celles en cause dans la présente affaire, mais dont les dates différaient légèrement. Le 21 novembre 1995, la Cour d'appel accueille la requête de l'intimée: J.E. 96-22, [1995] A.Q. n° 885 (QL).

II — La décision de la Cour d'appel, J.E. 96-22

*Le juge Bisson*

Le juge Bisson conclut qu'en vertu de l'art. 523 C.p.c. la Cour d'appel a compétence pour mettre de côté la désertion imposée par l'art. 503.1 C.p.c.: d'une part, parce que l'art. 503.1 C.p.c. n'édicte pas une déchéance du droit d'appel et, d'autre part, en raison des larges pouvoirs accordés à la Cour d'appel à l'art. 523 C.p.c. Il décide qu'il s'agit d'un cas où la Cour d'appel doit exercer sa discrétion. Le procureur de l'intimée n'a commis qu'une

made a technical error that was not prejudicial to the appellant. Moreover, once he noticed the error, he acted quickly to rectify it.

#### *Fish J.A.*

Fish J.A. concurred with Bisson J.A.'s conclusion, but did so by applying the principles he had set out in *D'Aragon & Associés inc. v. Gravel*, [1996] R.D.J. 33, to the present case. In *D'Aragon*, Fish J.A. held that the Court of Appeal has jurisdiction to remedy the effects of an abandonment required by art. 503.1 *C.C.P.* pursuant to its broad discretion under art. 523 *C.C.P.* to make any order necessary to safeguard the rights of the parties.

#### *Forget J. (ad hoc)*

Forget J. concurred with Bisson J.A. because he considered himself bound by the Court of Appeal's decision in *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1995] R.J.Q. 2853.

### III — Analysis

For the reasons set out by this Court in *Construction Gilles Paquette ltée*, *supra*, I conclude that the abandonment of the appeal should be rectified pursuant to the Court of Appeal's general power under para. 2 of art. 523 *C.C.P.* As Bisson J.A. pointed out in his reasons, the error made by counsel for the respondent is a merely technical one that can be rectified in order to safeguard the respondent's rights without prejudicing the appellant (at p. 10 of the full text):

[TRANSLATION] I am of the view, however, that the technical error is not fatal and that it did not cause any prejudice to the respondent Union, especially since the Union has filed an incidental appeal which is pending and in which it challenges part of the judgment *a quo*.

Furthermore, it is not argued that the appeal is frivolous, improper or dilatory. Finally, after receiving notice of the abandonment of the appeal, the respondent acted quickly to rectify it.

erreur technique qui n'a causé aucun préjudice à l'appellant. En outre, une fois l'erreur constatée, il a fait preuve de diligence afin d'y remédier.

#### *Le juge Fish*

Le juge Fish souscrit à la conclusion du juge Bisson, mais en appliquant au cas présent les principes qu'il avait énoncés dans l'affaire *D'Aragon & Associés inc. c. Gravel*, [1996] R.D.J. 33. Dans cette affaire, le juge Fish a conclu que la Cour d'appel a compétence pour relever des effets de la désertion imposée par l'art. 503.1 *C.p.c.* en vertu de son large pouvoir discrétionnaire de rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties prévu à l'art. 523 *C.p.c.*

#### *Le juge Forget (ad hoc)*

Le juge Forget souscrit à l'opinion du juge Bisson puisqu'il s'estime lié par la décision de la Cour d'appel *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1995] R.J.Q. 2853.

### III — Analyse

Pour les motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Construction Gilles Paquette ltée*, précité, je conclus qu'il doit être remédié à la désertion d'appel en vertu du pouvoir général de la Cour d'appel prévu à l'al. 2 de l'art. 523 *C.p.c.* Comme le souligne le juge Bisson dans ses motifs, l'erreur commise par l'avocat de l'intimée n'est que technique et il est possible d'y remédier afin de sauvegarder les droits de l'intimée et ce, sans porter préjudice à l'appellant (à la p. 10 du texte intégral):

J'estime toutefois que l'erreur technique n'est pas fatale et qu'elle n'a causé aucun préjudice au Syndicat-intimé, d'autant plus que ce dernier a interjeté un appel incident qui sera éventuellement entendu et où le syndicat lui-même remet en cause une partie du jugement entrepris.

En outre, on ne prétend pas que l'appel soit futile, abusif ou dilatoire. Enfin, une fois informée de la désertion d'appel, l'intimée a agi avec diligence pour y remédier.

IV — Disposition

<sup>8</sup> In the judgment appealed from, Bisson J.A. made the following order, at p. 11:

[TRANSLATION] I would grant the appellant [Canada Post Corporation] the special leave provided for in article 523 C.C.P., uphold the validity of the service and filing of the inscription in appeal, do the same for the subsequent proceedings and authorize the appellant to file its factum no later than fifteen days after the judgment on this motion has been deposited.

Since I have concluded in *Construction Gilles Paquette ltée, supra*, that it is not necessary to grant special leave to appeal in order to rectify an abandonment of an appeal required by art. 503.1 C.C.P., I would allow this appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal for the sole purpose of rectifying the order, ordering that the appeal be reinstated and authorizing the respondent to serve its factum on the opposing party and file it in the office of the Court of Appeal of Quebec within 15 days of this judgment, the whole with costs to the respondent.

*Appeal allowed with costs to the respondent.*

*Solicitors for the appellant: Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Beauvais, Truchon & Associés, Québec.*

IV — Dispositif

Dans le jugement dont appel, le juge Bisson rend l'ordonnance suivante, à la p. 11:

Je donnerais à l'appelante [la Société canadienne des postes] la permission spéciale prévue à l'article 523 C.p.c., confirmerais la validité de la signification et de la production de l'inscription en appel, ferais de même pour les procédures subséquentes et autoriserais l'appelante à produire son mémoire au plus tard quinze jours après le dépôt du jugement sur la présente requête.

Comme je conclus dans l'arrêt *Construction Gilles Paquette ltée*, précité, qu'il n'est pas nécessaire d'accorder une permission spéciale d'appeler pour remédier à la désertion d'appel imposée à l'art. 503.1 C.p.c., je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi et d'infirmer le jugement de la Cour d'appel à la seule fin de rectifier l'ordonnance, d'ordonner la remise en état de l'appel et d'autoriser l'intimée à signifier à la partie adverse et à produire au greffe de la Cour d'appel du Québec son mémoire dans les 15 jours du présent jugement, le tout avec dépens en faveur de l'intimée.

*Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimée.*

*Procureurs de l'appelant: Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Beauvais, Truchon & Associés, Québec.*

**Construction Gilles Paquette Itée** *Appellant*

v.

**Les Entreprises Végo Itée** *Respondent*INDEXED AS: CONSTRUCTION GILLES PAQUETTE LTÉE v.  
ENTREPRISES VÉGO LTÉE

File No.: 25090.

1997: February 12; 1997: May 29.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC*Civil procedure — Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify an abandonment of an appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.*

After filing an inscription in appeal of a judgment of the Superior Court, the appellant failed to serve and file its factum within the time prescribed in art. 503 C.C.P., and its appeal was accordingly deemed abandoned pursuant to art. 503.1 C.C.P. The clerk of the Court of Appeal recorded the default and issued a certificate stating that the appeal was abandoned. A few days later, counsel for the appellant learned of the certificate and filed a motion in the Court of Appeal seeking to be relieved from its default and to be granted an extension of time to file its factum or, in the alternative, to be granted special leave to appeal. Counsel for the appellant pleaded error, that is, his own ignorance of the new provision. The Court of Appeal dismissed the motion in a majority decision, concluding that the court could circumvent an abandonment required by art. 503.1 C.C.P. only by granting special leave to appeal under art. 523 C.C.P., but that such leave should not be granted in this case.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Court of Appeal can use the broad and discretionary general power conferred on it by para. 2 of art. 523 C.C.P. to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties" to rectify the abandonment of the appeal required by art. 503.1 C.C.P. Article 503.1 provides for the administrative abandonment of appeals solely as a result of the passage of time. It does not provide that the expiry of the time limit for serving and filing the factum extinguishes the right of appeal,

**Construction Gilles Paquette Itée** *Appelante*

c.

**Les Entreprises Végo Itée** *Intimée*RÉPERTORIÉ: CONSTRUCTION GILLES PAQUETTE LTÉE c.  
ENTREPRISES VÉGO LTÉE

N° du greffe: 25090.

1997: 12 février; 1997: 29 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.*

Après avoir inscrit en appel un jugement de la Cour supérieure, l'appelante a omis de signifier et de produire son mémoire dans le délai prescrit à l'art. 503 C.p.c., si bien que, conformément à l'art. 503.1 C.p.c., son appel a été réputé déserté. Le greffier de la Cour d'appel a constaté le défaut et délivré un certificat attestant que l'appel était déserté. Quelques jours plus tard, l'avocat de l'appelante a pris connaissance du certificat et a déposé devant la Cour d'appel une requête pour être relevé de son défaut et pour proroger le délai de production de son mémoire ou, subsidiairement, pour que lui soit accordée une permission spéciale d'appel. L'avocat de l'appelante a plaidé l'erreur, soit sa propre ignorance de la nouvelle disposition. La Cour d'appel à la majorité a rejeté la requête, concluant que seule la permission spéciale d'appel prévue à l'art. 523 C.p.c. pouvait être utilisée par la cour pour contourner la désertion imposée par l'art. 503.1, mais qu'en l'espèce il n'y avait pas lieu d'accorder cette permission.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En vertu du large pouvoir général et discrétionnaire de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties», accordé à la Cour d'appel à l'al. 2 de l'art. 523 C.p.c., cette dernière peut remédier à la désertion d'appel imposée à l'art. 503.1 C.p.c. L'article 503.1 impose une désertion administrative des appels qui survient en raison du seul écoulement du temps. Cet article n'indique pas que le délai imparti pour signifier et produire le mémoire emporte déchéance, mais prévoit sim-

but simply provides that “the appeal is deemed abandoned”, which means that the appeal is given up, not that the right of appeal is extinguished. Since the appellant does not forfeit its right, it is not impossible to rectify the situation. The Court of Appeal can exercise its broad general power to rectify the abandonment. While the legislature has created an absolute presumption of abandonment by using the words “the appeal is deemed abandoned” in art. 503.1, it did not exclude that article from the scope of the Court of Appeal’s general power. To remedy the effects of the abandonment, it is neither appropriate nor necessary to grant special leave to appeal when the case has already been duly appealed. It is sufficient to order that the file that has already been opened be reinstated. Accordingly, this power is not subject to the restrictions applicable to special leave to appeal set out in para. 2 of art. 523, although the Court of Appeal may consider them when exercising its discretion. Moreover, the criteria set out in the case law that guide the exercise of the discretion to grant special leave to appeal are just as relevant with regard to the Court of Appeal’s general power.

In this case, the Court of Appeal should have used its general power under para. 2 of art. 523 to remedy the effect of the abandonment of the appeal and thus safeguard the appellant’s rights. Although its counsel acknowledged that he had made an error concerning the applicable law, such an error must not prevent the safeguarding of the rights of the party he represents where it is possible, as here, to rectify the error without injustice to the opposing party. Moreover, it is not argued that the appeal is frivolous, improper or dilatory. Finally, apart from his ignorance of the amendment to the legislation, counsel for the appellant acted diligently. It is ordered that the appeal be reinstated.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132; *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, [1992] 1 S.C.R. 426; *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 S.C.R. 79; *Bowen v. City of Montreal*, [1979] 1 S.C.R. 511; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516; *D’Aragon & Associés inc. v. Gravel*, [1996] R.D.J. 33.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, s. 142.

plement que «l’appel est réputé déserté», ce qui signifie que l’appel est abandonné, et non pas que le droit d’appel est éteint. Puisque l’appellant n’est pas déchu de son droit d’appel, la situation n’est pas irrémédiable. La Cour d’appel peut utiliser son large pouvoir général pour remédier à la désertion. Bien que le législateur ait créé une présomption absolue de désertion en utilisant les termes «l’appel est réputé déserté» à l’art. 503.1, il n’a pas exclu cet article de la portée du pouvoir général de la Cour d’appel. Pour remédier aux effets de la désertion, il n’est ni indiqué ni utile d’accorder une permission spéciale d’appel alors que la cause a déjà été régulièrement portée en appel. Il suffit d’ordonner la remise en état du dossier déjà constitué. Ce pouvoir n’est donc pas astreint aux restrictions de la permission spéciale d’appel mentionnées à l’al. 2 de l’art. 523 mais la Cour d’appel pourra s’en inspirer dans l’exercice de sa discrétion. En outre, les critères jurisprudentiels qui guident l’exercice de la discrétion d’accorder une permission spéciale d’appel sont également pertinents dans le cadre du pouvoir général de la Cour d’appel.

En l’espèce, la Cour d’appel aurait dû utiliser son pouvoir général prévu à l’al. 2 de l’art. 523 pour remédier à l’effet de la désertion d’appel, et ainsi sauvegarder les droits de la partie appelante. Bien que son avocat ait reconnu avoir commis une erreur quant au droit applicable, cette erreur ne doit pas empêcher la sauvegarde des droits de la partie qu’il représente lorsqu’il est possible d’y remédier, comme dans la présente affaire, sans injustice pour la partie adverse. De plus, on ne prétend pas que l’appel est futile, abusif ou dilatoire. Enfin, l’avocat de la partie appelante, hormis son ignorance de la modification de la loi, a fait preuve de diligence. La remise en état de l’appel est ordonnée.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132; *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426; *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 R.C.S. 79; *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516; *D’Aragon & Associés inc. c. Gravel*, [1996] R.D.J. 33.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 2847, 2878.

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 2847, 2878.

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 2, 9, 20, 198.1 [en. 1985, c. 29, s. 9], 494 [am. 1982, c. 32, s. 35; am. 1983, c. 28, s. 19; am. 1989, c. 41, s. 1; am. 1992, c. 57, s. 285; am. 1993, c. 30, s. 6; am. 1995, c. 2, s. 3], 500 [am. 1993, c. 30, s. 11], 503 [repl. 1982, c. 32, s. 39; am. 1993, c. 30, s. 12], 503.1 [en. 1993, c. 30, s. 13; repl. 1995, c. 2, s. 5], 523 [am. 1985, c. 29, s. 11; am. 1992, c. 57, s. 422].

### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

Quebec. National Assembly. Standing Committee on Institutions. *Journal des débats*, December 13, 1994, CI-3, pp. 17 and 22.

*Rapport de la Cour d'appel du Québec*, mars 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2853, dismissing the appellant's motion for revocation of a certificate of abandonment of appeal. Appeal allowed.

*Bernard Faribault*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — Article 503.1 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”), came into force on March 16, 1995. It provides that an appeal is automatically abandoned where the appellant's factum is not served and filed within the time set out in art. 503 C.C.P. unless an application for an extension is filed within that time. The present appeal provides this Court with an opportunity to determine whether the Court of Appeal has jurisdiction to rectify an abandonment required by this provision and, if so, in what circumstances.

### I — Facts

The appellant brought an action for \$159,042.86 in damages against the respondent in the Superior Court. The respondent filed a cross demand for

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 2, 9, 20, 198.1 [ad. 1985, ch. 29, art. 9], 494 [mod. 1982, ch. 32, art. 35; mod. 1983, ch. 28, art. 19; mod. 1989, ch. 41, art. 1; mod. 1992, ch. 57, art. 285; mod. 1993, ch. 30, art. 6; mod. 1995, ch. 2, art. 3], 500 [mod. 1993, ch. 30, art. 11], 503 [repl. 1982, ch. 32, art. 39; mod. 1993, ch. 30, art. 12], 503.1 [ad. 1993, ch. 30, art. 13; repl. 1995, ch. 2, art. 5], 523 [mod. 1985, ch. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422].

*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 142.

### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. *Journal des débats*, 13 décembre 1994, CI-3, pp. 17 et 22.

*Rapport de la Cour d'appel du Québec*, mars 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2853, qui a rejeté la requête de l'appelante en rétractation d'un certificat de désertion d'appel. Pourvoi accueilli.

*Bernard Faribault*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le 16 mars 1995 est entré en vigueur l'art. 503.1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), qui impose la désertion automatique des appels lorsque le mémoire de la partie appelante n'est pas signifié et produit dans le délai imparti à l'art. 503 C.p.c., à moins qu'une demande de prolongation n'ait été déposée dans ce délai. Le présent pourvoi donne l'occasion à notre Cour de déterminer si la Cour d'appel a la compétence pour remédier à la désertion imposée par cette disposition et, le cas échéant, dans quelles circonstances.

### I — Les faits

L'appelante poursuit l'intimée en dommages-intérêts pour la somme de 159 042,86 \$ devant la Cour supérieure. L'intimée présente une demande

\$45,525.28 in damages. On March 3, 1995, Justice Ivan St-Julien of the Superior Court rendered judgment dismissing the principal demand and allowing the cross demand for \$40,734.02. The appellant appealed that decision on March 28, 1995. On July 6, 1995, counsel for the appellant sent counsel for the respondent a letter to inform him that he would be able to send him the final version of his factum by August 15, 1995 at the latest. He also raised the possibility of bringing a motion in the Court of Appeal for an extension of the time allotted for serving his factum. His letter was never answered. The appellant ultimately failed to serve and file its factum within 120 days of the filing of the inscription in appeal, as required by art. 503 C.C.P., and the appeal was accordingly deemed abandoned pursuant to art. 503.1 C.C.P. On July 27, 1995, the clerk of the Court of Appeal recorded the appellant's failure to file its factum within the allotted time and issued a certificate stating that the appeal was abandoned. On July 29, 1995, counsel for the appellant learned of the certificate when the firm responsible for preparing his factum notified him that the Court of Appeal had requested that the file be returned to it because the appeal had been abandoned.

3

On August 1, 1995, the appellant filed a motion in the Court of Appeal seeking to be relieved from its default and to be granted an extension of time to file its factum or, in the alternative, to be granted special leave to appeal (arts. 2, 20, 503.1 and 523 C.C.P.). Counsel for the appellant pleaded error, that is, his own ignorance of the new provision. The Court of Appeal dismissed the motion in a majority decision. Chamberland J.A. dissented; he would have granted the appellant the special leave to appeal provided for in art. 523 C.C.P.

II — Decision of the Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2853

*Tourigny J.A. (Chouinard J.A. concurring)*

4

Tourigny J.A. concluded that an abandonment required by art. 503.1 C.C.P. can be rectified only

reconventionnelle en dommages-intérêts pour la somme de 45 525,28 \$. Le 3 mars 1995, le juge Ivan St-Julien de la Cour supérieure rend jugement, rejetant la demande principale et accueillant la demande reconventionnelle pour la somme de 40 734,02 \$. Le 28 mars 1995, l'appelante inscrit cette décision en appel. Le 6 juillet 1995, l'avocat de l'appelante envoie une lettre à l'avocat de l'intimée pour l'informer qu'il sera en mesure de lui transmettre le texte final de son mémoire, au plus tard, le 15 août 1995. Il lui suggère également la possibilité de procéder par requête devant la Cour d'appel afin de prolonger le délai imparti pour la signification de son mémoire. La lettre demeure sans réponse. Finalement, l'appelante néglige de signifier et produire son mémoire dans les 120 jours de l'inscription de la cause en appel, prévu à l'art. 503 C.p.c., si bien que, conformément à l'art. 503.1 C.p.c., l'appel est réputé déserté. Le 27 juillet 1995, le greffier de la Cour d'appel constate le défaut de l'appelante de produire son mémoire dans le délai imparti et délivre un certificat attestant que l'appel est déserté. Le 29 juillet 1995, l'avocat de l'appelante prend connaissance dudit certificat lorsque la firme chargée de la confection de son mémoire l'avise que la Cour d'appel a demandé que le dossier lui soit retourné en raison de la désertion d'appel.

Le 1<sup>er</sup> août 1995, l'appelante dépose devant la Cour d'appel une requête pour être relevée de son défaut et pour prolonger le délai de production de son mémoire ou, subsidiairement, pour que lui soit accordée une permission spéciale d'appel (art. 2, 20, 503.1 et 523 C.p.c.). L'avocat de l'appelante plaide l'erreur, c'est-à-dire sa propre ignorance de la nouvelle disposition. La Cour d'appel à la majorité rejette la requête. Le juge Chamberland est dissident; il aurait accordé à l'appelante la permission spéciale d'appel prévue à l'art. 523 C.p.c.

II — La décision de la Cour d'appel, [1995] R.J.Q. 2853

*Le juge Tourigny (avec le concours du juge Chouinard)*

Le juge Tourigny conclut que seul l'art. 523 C.p.c. peut être invoqué pour remédier à la désertion

under art. 523 *C.C.P.* She wrote the following with respect to the application of art. 523 *C.C.P.*, at p. 2855:

[TRANSLATION] [R]eliance was placed both on the Court's jurisdiction to make any order necessary to safeguard the rights of the parties and on the special leave to appeal provided for in that article, on the conditions set out therein.

The first of these is possible only when there is still an appeal before the Court, which has no longer been the case since the abandonment of the appeal. The appeal no longer exists, and I for one do not see where this court would derive jurisdiction to make such an order. The very wording of article 503.1 *C.P.* creates a presumption *juris et de jure* that the appeal has been abandoned.

The legislature used the word "deemed"; it could have used the word "presumed" or another word whose object is not, in law, as specific as that of the word it chose, which excludes any possibility of proof to the contrary.

In her view, the Court of Appeal can circumvent an abandonment required by art. 503.1 *C.C.P.* only by granting special leave to appeal. She decided, however, that such leave should not be granted in this case. In her opinion, the specific circumstances surrounding the enactment of art. 503.1 *C.C.P.* lead to the conclusion that counsel for the appellant's ignorance of the law cannot be interpreted as providing a basis for the requested remedy.

*Chamberland J.A. (dissenting)*

Chamberland J.A. agreed with Tourigny J.A.'s analysis of the court's powers. However, he was of the view that in this case the Court of Appeal should exercise its discretion and grant the appellant special leave to appeal, first because of the principle set out by this Court that an error by counsel must not deprive the party he or she represents of its rights where it is possible to rectify the error without injustice to the opposing party, and second because the appeal was not improper or dilatory.

tion imposée par l'art. 503.1 *C.p.c.* Quant à l'application de l'art. 523 *C.p.c.*, elle écrit, à la p. 2855:

[O]n a plaidé tant la compétence de la Cour de rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties que la permission spéciale d'appeler prévue à cet article et aux conditions qui y sont mentionnées.

Pour envisager la première hypothèse, il faudrait que subsiste encore un appel devant la Cour, ce qui n'est plus le cas depuis la désertion de l'appel. L'appel n'existe plus et je ne vois pas, pour ma part, où notre cour prendrait la compétence pour rendre une telle ordonnance. Le texte même de l'article 503.1 *C.P.* crée une présomption *juris et de jure* de la désertion de l'appel.

Le législateur a employé le mot «réputé»; il aurait pu dire «présumé» ou un autre mot n'ayant pas, en droit, une finalité aussi particulière que celui qu'il a choisi et qui exclut toute possibilité de preuve contraire.

Selon elle, seule la permission spéciale d'appel peut être utilisée par la Cour d'appel pour contourner la désertion imposée par l'art. 503.1 *C.p.c.* Elle décide cependant qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu d'accorder la permission spéciale d'appel. Selon elle, les circonstances particulières entourant l'adoption de l'art. 503.1 *C.p.c.* permettent de conclure que l'ignorance de la loi de la part du procureur de l'appelante ne peut être interprétée comme donnant ouverture au remède demandé.

*Le juge Chamberland (dissident)*

Le juge Chamberland souscrit au raisonnement du juge Tourigny quant aux pouvoirs de la cour. Toutefois, il est d'avis qu'en l'espèce, la Cour d'appel devrait exercer sa discrétion et accorder à l'appelante la permission spéciale d'appel: d'une part, en raison du principe énoncé par notre Cour selon lequel l'erreur d'un procureur ne doit pas priver de ses droits la partie qu'il représente s'il est possible de remédier à cette erreur sans injustice envers la partie adverse, d'autre part, parce que l'appel ne présente pas de caractère abusif ou dilatoire.

III — AnalysisA. *Article 503.1 C.C.P.*

6 Before the coming into force of art. 503.1 *C.C.P.*, when an appellant failed to serve and file its factum within the time set out in the *Code of Civil Procedure*, the respondent could serve and file at the office of the court a default notice summoning the appellant to file its factum or seek an extension of time to file its factum within 30 days. If the appellant were still in default when the 30 days expired, the respondent could verbally request the clerk of the Court of Appeal to record the default and issue a certificate stating that the appeal was abandoned (former art. 503.1 *C.C.P.*, S.Q. 1993, c. 30, s. 13). That procedure was cumbersome and required the opposing party to take the initiative. It therefore encouraged counsel to take a lax approach, which resulted in needless delays and congestion of the Court of Appeal's roll.

7 In March 1994, the judges of the Court of Appeal recommended a number of measures to the legislature to solve the problem of delays in the Court of Appeal: *Rapport de la Cour d'appel du Québec*, March 1994. One of the proposed methods was to have appeals dismissed administratively when counsel failed to file a factum within the time prescribed. The dismissal was to occur without the intervention of the opposing party. The recommendation was worded in part as follows, at p. 70:

[TRANSLATION] [T]hat where the appellant fails to file its factum within the allotted time, the appeal be deemed abandoned unless the appellant files a motion for an extension before the expiry of the time [allotted for filing the factum]; the extension should not exceed 30 days barring exceptional circumstances owing to the nature of the case; [Emphasis in original.]

8 In response to that recommendation, art. 503.1 *C.C.P.* was enacted by the legislature and assented to in January 1995. It reads as follows:

**503.1** Where the factum is not served and filed within the time prescribed by article 503, the appeal is deemed abandoned unless an application for an extension is

III — AnalyseA. *L'article 503.1 C.p.c.*

Avant l'entrée en vigueur de l'art. 503.1 *C.p.c.*, lorsqu'un appelant négligeait de signifier et de produire son mémoire dans le délai prévu au *Code de procédure civile*, l'intimé pouvait signifier et produire au greffe un avis de défaut sommant l'appelant dans les 30 jours soit de produire son mémoire, soit de demander un délai pour la production de son mémoire. Si l'appelant était toujours en défaut à l'expiration de ce délai, l'intimé pouvait demander verbalement au greffier de la Cour d'appel qu'il constate le défaut et délivre un certificat attestant la désertion de l'appel (ancien art. 503.1 *C.p.c.*, L.Q. 1993, ch. 30, art. 13). Cette procédure était lourde et exigeait que la partie adverse en prenne l'initiative. Elle incitait donc à un certain laxisme de la part des avocats, ce qui causait des délais inutiles et encombrait le rôle de la Cour d'appel.

En mars 1994, les juges de la Cour d'appel ont recommandé au législateur diverses mesures afin d'apporter une solution au problème des délais existant à la Cour d'appel: *Rapport de la Cour d'appel du Québec*, mars 1994. L'un des moyens proposés était d'imposer le rejet administratif des pourvois lorsqu'un avocat ne respectait pas les délais pour produire et déposer son mémoire. Ce rejet aurait lieu sans l'intervention de la partie adverse. La recommandation était ainsi formulée en partie, à la p. 70:

[Q]u'à défaut par l'appelant de produire son mémoire dans le délai imparti, l'appel soit réputé déserté à moins que l'appelant, avant l'expiration du délai [accordé pour produire son mémoire], ait produit une requête pour obtenir une prorogation de ce délai, telle prorogation ne devant pas excéder 30 jours à moins de circonstances exceptionnelles inhérentes à la nature de la cause; [Souligné dans l'original.]

Suite à cette recommandation, le législateur a adopté et sanctionné en janvier 1995, l'art. 503.1 *C.p.c.* qui édicte:

**503.1** Lorsque le mémoire n'est pas signifié et produit dans le délai prévu par l'article 503, l'appel est réputé déserté, à moins que l'appelant, avant l'expiration de ce

served and filed at the office of the court by the appellant before the expiry of the prescribed time. The extension may be granted, on a motion, by a judge of the Court of Appeal for a period which, barring exceptional circumstances owing to the nature of the case, may not exceed 30 days.

Where the appellant has not, within the allotted time, filed and served his factum and no application for an extension, or motion under article 505.1, is pending, the clerk of the Court of Appeal shall record the default and issue a certificate stating that the appeal is abandoned with costs.

The purpose of this provision is clearly to reduce delays in the Court of Appeal. It makes it possible to trim the court's roll by preventing appeals from dragging on endlessly and by eliminating improper and dilatory appeals. Through this provision, the legislature has unambiguously provided for the administrative abandonment of appeals solely as a result of the passage of time. Can the Court of Appeal exercise its discretion to set aside such an abandonment?

**B. Possibility of Rectifying an Abandonment of an Appeal Required by Art. 503.1 C.C.P.**

(1) Spirit of the Code of Civil Procedure

When the legislature reformed the *Code of Civil Procedure* in 1966, its intention was to put an end to the excessive formalism that marked the former Code so that procedure would serve primarily to make the substantive law effective and ensure that it was carried out, not to compromise it. It made this intention explicit in art. 2 C.C.P.:

2. The rules of procedure in this Code are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and failing a provision to the contrary, failure to observe the rules which are not of public order can only affect a proceeding if the defect has not been remedied when it was possible to do so. The provisions of this Code must be interpreted the one by the other, and, so far as possible, in such a way as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases.

This Court has recognized that this was the legislature's intention on a number of occasions, in particular in *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-*

délai, n'ait signifié et produit au greffe du tribunal une demande de prolongation de délai. Cette demande peut être accordée, sur requête, par l'un des juges de la Cour d'appel pour une période qui, à moins de circonstances exceptionnelles inhérentes à la nature de la cause, n'exède pas 30 jours.

Lorsque l'appelant, dans les délais impartis, n'a pas signifié et produit son mémoire et qu'aucune demande de prolongation de délai n'est pendante ni, le cas échéant, de requête visée à l'article 505.1, le greffier de la Cour d'appel constate le défaut et délivre un certificat attestant que l'appel est déserté avec dépens.

Cette disposition a clairement pour objectif de diminuer les délais en Cour d'appel. Elle permet d'épurer le rôle de la cour, d'une part, en empêchant que les appels ne traînent éternellement et, d'autre part, en éliminant les appels abusifs et dilatoires. Avec cette disposition, le législateur impose en termes non équivoques une désertion administrative des appels qui survient en raison du seul écoulement du temps. La Cour d'appel peut-elle user de sa discrétion pour mettre de côté cette désertion?

**B. La possibilité de remédier à la désertion d'appel imposée à l'art. 503.1 C.p.c.**

(1) L'esprit du Code de procédure civile

Lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 1966, le législateur a voulu mettre un terme au formalisme excessif que revêtait l'ancien Code afin que la procédure serve d'abord à faire apparaître le droit et en assurer la sanction, non à le compromettre. Il a d'ailleurs été explicite à ce sujet à l'art. 2 C.p.c.:

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément.

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises cette intention du législateur, notamment dans l'arrêt *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*,

*Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132, where Pigeon J. stated the following, at p. 1140: "In fact, the governing intention behind the whole new *Code* was the desire to bury the old adage that 'form takes precedence over substance'". (See: *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, [1992] 1 S.C.R. 426, at pp. 433-36.)

10 However, the reform of the *Code of Civil Procedure* does not exempt anyone from compliance with the rules of procedure set out in the Code. Procedure is necessary for the proper administration of justice, although it must not serve as the basis for excessive formalism. In *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. wrote the following, at p. 435:

[I]t is clear that, barring undue formalism, the peremptory provisions of the *Code of Civil Procedure* must be observed, as procedure judiciously applied provides an additional guarantee that the rights of litigants will be respected. This is especially true in the context of an appeal because . . . the right of appeal is a statutory creation, the very existence of which is subject to precise rules.

(2) Paragraph 2 of Art. 523 C.C.P.

11 In keeping with the spirit of the *Code of Civil Procedure*, para. 2 of art. 523 C.C.P. confers a broad discretion on the Court of Appeal to safeguard the rights of the parties:

**523.** The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party to amend his written proceedings, to implead a person whose presence is necessary, or even, in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

It has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties. It may even, notwithstanding the expiry of the delay allowed by article 494, but provided that more than six months have not elapsed since the judgment, grant special leave to appeal to a party who shows that in fact it was impossible for him to act sooner. However such leave cannot be granted in respect of a judgment rendered in the circumstances contemplated in article 198.1.

[1977] 2 R.C.S. 1132, où le juge Pigeon a souligné, à la p. 1140: «En effet, la pensée dominante qui a inspiré tout le nouveau *Code* c'est le désir d'enterrer le vieil adage que «la forme emporte le fond»». (Voir: *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426, aux pp. 433 à 436.)

Néanmoins, la réforme du *Code de procédure civile* ne dispense pas du respect des règles de procédure édictées par le Code. La procédure est nécessaire à la bonne administration de la justice; il ne faut cependant pas en tirer un formalisme excessif. Dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité, le juge L'Heureux-Dubé écrivait, à la p. 435:

[I] est évident que, tout formalisme indu écarté, les dispositions impératives du *Code de procédure civile* doivent être respectées, la procédure judicieusement observée demeurant une garantie additionnelle du respect des droits des justiciables. Ceci est particulièrement vrai en matière d'appel où le droit d'appel est une création statutaire dont l'existence même est soumise à des règles précises . . .

(2) L'alinéa 2 de l'art. 523 C.p.c.

En conformité avec l'esprit du *Code de procédure civile*, l'al. 2 de l'art. 523 C.p.c. accorde à la Cour d'appel un large pouvoir discrétionnaire aux fins de sauvegarder les droits des parties:

**523.** La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties; elle peut même, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 494, mais pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, accorder une permission spéciale d'appeler à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt. Toutefois, un jugement rendu dans les circonstances prévues à l'article 198.1 ne peut faire l'objet d'une telle permission.

I agree with the Court of Appeal's conclusion that it is this provision that must be relied on to remedy the effect of art. 503.1 C.C.P. A number of cases similar to this one have arisen in the Court of Appeal. In some of them, counsel applied for an extension of time to bring the motion provided for in art. 503.1, that is, a motion to a Court of Appeal judge for an extension of the time set out in the *Code of Civil Procedure* for filing a factum. The deemed abandonment of an appeal required by art. 503.1 C.C.P. closes the file, which makes it impossible for the court to grant such a motion. Some counsel have filed a motion for revocation of judgment with the Court of Appeal. However, as correctly noted by Tourigny J.A. in her reasons, the certificate of abandonment states a fact; it is not a judgment and therefore cannot be revoked.

There have been numerous judgments concerning para. 2 of art. 523 C.C.P., *inter alia* by this Court. (See: *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*; *St-Hilaire v. Bégin*, [1981] 2 S.C.R. 79; *Bowen v. City of Montreal*, [1979] 1 S.C.R. 511; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516.) This Court has interpreted this provision in a broad and liberal fashion, in keeping with the spirit of the *Code of Civil Procedure*, so that it may achieve its primary purpose of safeguarding the rights of the parties.

Paragraph 2 of art. 523 C.C.P. confers a broad discretion on the Court of Appeal to make "any order necessary to safeguard the rights of the parties" (general power), and then limits this power where a party applies to the Court of Appeal for leave to appeal after the time set out in art. 494 C.C.P. has expired (special leave to appeal). It is clear from the wording of para. 2 of art. 523 that two conditions must be met for the Court of Appeal to be able to grant special leave to appeal: (1) no more than six months must have elapsed since the judgment; and (2) it must have been impossible for the party to act sooner. Paragraph 2 of art. 523 also provides that special leave to appeal cannot be granted in respect of a judgment

Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que c'est à cette disposition qu'il faut se reporter pour remédier à l'effet de l'art. 503.1 C.p.c. Plusieurs cas similaires à celui-ci se sont présentés en Cour d'appel. Dans certains cas, les procureurs ont demandé une prorogation de délai pour présenter la requête prévue à l'art. 503.1, c'est-à-dire la requête faite à un juge de la Cour d'appel afin de prolonger le délai prévu au *Code de procédure civile* pour déposer le mémoire. La désertion réputée de l'appel, qui est imposée par l'art. 503.1 C.p.c., clôt le dossier, ce qui nie ainsi à la cour la possibilité d'accorder pareille requête. Certains procureurs ont déposé devant la Cour d'appel une requête en rétractation de jugement. Cependant, comme le constate avec justesse le juge Tourigny dans ses motifs, le certificat de désertion atteste un fait; il ne constitue pas un jugement et ne peut donc pas faire l'objet d'une rétractation.

L'alinéa 2 de l'art. 523 C.p.c. a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, notamment de la part de notre Cour. (Voir: *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité; *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 R.C.S. 79; *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516.) Notre Cour a interprété cette disposition de façon large et libérale, en harmonie avec l'esprit du *Code de procédure civile*, de manière à ce qu'elle atteigne son objet premier, soit la sauvegarde des droits des parties.

L'alinéa 2 de l'art. 523 C.p.c. accorde à la Cour d'appel un large pouvoir discrétionnaire de rendre «toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties» (pouvoir général) puis il limite ce pouvoir dans les cas où une partie demande à la Cour d'appel la permission d'appel après l'expiration du délai imposé à l'art. 494 C.p.c. (permission spéciale d'appel). Le libellé de l'al. 2 de l'art. 523 est clair, il faut que deux conditions soient remplies pour que la Cour d'appel puisse accorder une permission spéciale d'appel: (1) qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement; (2) que la partie ait été dans l'impossibilité d'agir plus tôt. En outre, l'al. 2 de l'art. 523 spécifie que les jugements rendus dans les circonstances de l'art. 198.1

12

13

14

rendered in the circumstances contemplated in art. 198.1 *C.C.P.*, that is, after an unsuccessful attempt to serve the proceeding introductory of suit in a foreign state. One of the main reasons for limiting the Court of Appeal's power to grant special leave to appeal is no doubt to ensure the certainty of judgments. Paragraph 2 of art. 523 *C.C.P.* does so, while allowing the Court of Appeal some flexibility where it was impossible for a party to act within the allotted time, by creating an exception to the rule set out in art. 494 *C.C.P.* that the time limits for appealing a decision "are peremptory and their expiry extinguishes the right of appeal". (See: *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*, at pp. 440-41.)

*C.p.c.* — jugement rendu après avoir tenté sans succès de signifier la procédure introductive d'instance dans un État étranger — ne peuvent faire l'objet d'une permission spéciale d'appel. L'une des raisons principales de limiter le pouvoir de la Cour d'appel d'accorder des permissions spéciales d'appel est sans doute d'assurer la stabilité des jugements. L'alinéa 2 de l'art. 523 *C.p.c.* le fait, tout en laissant une certaine marge de manœuvre à la Cour d'appel lorsqu'une partie est dans l'impossibilité d'en appeler dans les délais, par l'exception qu'elle introduit à la règle de l'art. 494 *C.p.c.* qui veut que les délais pour porter une décision en appel «sont de rigueur et emportent déchéance». (Voir: *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité, aux pp. 440 et 441.)

15

This Court has broadly interpreted the conditions that must be met for the Court of Appeal to grant special leave to appeal. (See: *St-Hilaire v. Bégin*, *supra*; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg.*, *supra*.) However, since this is an exception to the Court of Appeal's general power, this Court has strictly interpreted the cases in which special leave to appeal is required. Thus, in *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*, *Services de santé du Québec* had asked the Court of Appeal to correct a defect in the inscription of its incidental appeal. The Court of Appeal had refused to do so, stating that it could correct this type of defect only through its power to grant special leave to appeal and that it was impossible for it to use that power because six months had elapsed since the judgment at first instance. This Court, *per* L'Heureux-Dubé J., noted that a distinction must be made between an incidental appeal (art. 500 *C.C.P.*) and the principal appeal or a cross-appeal, because the former is not subject to art. 494 *C.C.P.* This Court therefore reversed the Court of Appeal's decision and found that the Court of Appeal could correct the defect using its general power. L'Heureux-Dubé J. wrote the following, at p. 444:

[I]t is important to stress the discretion conferred on the Court of Appeal by art. 523 *C.C.P.*, a discretion broad enough to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties". That is the general rule. Article

Notre Cour a interprété largement les conditions permettant à la Cour d'appel d'accorder une permission spéciale d'appel. (Voir: *St-Hilaire c. Bégin*, précité; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg.*, précité.) Cependant, puisqu'il s'agit d'une exception au pouvoir général de la Cour d'appel, notre Cour a interprété de manière stricte les cas où une permission spéciale d'appel est requise. Ainsi, dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité, les *Services de santé du Québec* avaient demandé à la Cour d'appel de corriger le défaut d'inscription de son appel incident. Cette dernière avait refusé d'acquiescer à la demande en affirmant que seul son pouvoir d'accorder des permissions spéciales d'appel lui permettait de corriger ce type de défaut et qu'il ne lui était pas possible de l'utiliser puisque six mois s'étaient écoulés depuis le jugement de première instance. Notre Cour, sous la plume du juge L'Heureux-Dubé, a souligné qu'il faut distinguer l'appel incident (art. 500 *C.p.c.*) de l'appel principal et du contre-appel, ce premier n'étant pas assujéti à l'art. 494 *C.p.c.* Notre Cour a donc renversé la décision de la Cour d'appel et conclu que cette dernière pouvait corriger le défaut en vertu de son pouvoir général. Le juge L'Heureux-Dubé écrit, à la p. 444:

[I]l y a lieu de souligner la discrétion que confère l'art. 523 *C.p.c.* à la Cour d'appel, discrétion aussi large que de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties». C'est la règle générale.

523 provides for only two exceptions: one relating to art. 494 C.C.P. and the other to art. 198.1 C.C.P.

Given this, it follows that the general rule must be given a broad and liberal interpretation and the exception, on the other hand, must be strictly interpreted. [Emphasis added.]

(3) Application of Para. 2 of Art. 523 C.C.P. to the Abandonment of an Appeal

In the present case, I conclude that the Court of Appeal can use the broad general power conferred on it by para. 2 of art. 523 C.C.P. to rectify the abandonment of the appeal required by art. 503.1 C.C.P. in order to safeguard the rights of the parties. With respect, I do not feel that it is necessary in this case to rely on special leave to appeal.

Unlike art. 494 C.C.P., which sets out the time limits for appealing, art. 503.1 C.C.P. does not provide that the expiry of the time limit for serving and filing the factum extinguishes the right of appeal. Article 503.1 simply provides that “the appeal is deemed abandoned”, which means that the appeal is given up, not that the right of appeal is extinguished. The *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, expressly provides that forfeiture must never be presumed:

**2878.** The court may not, of its own motion, supply the plea of prescription.

However, it shall, of its own motion, declare the remedy forfeited where so provided by law. Such forfeiture is never presumed; it is effected only where it is expressly stated in the text.

This provision applies to the *Code of Civil Procedure* unless otherwise provided. The preliminary provision of the *Civil Code of Québec* reads as follows:

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation

L'article 523 ne prévoit que deux exceptions: celle relative à l'art. 494 C.p.c. ainsi que celle qui a trait à l'art. 198.1 C.p.c.

Il va de soi que, compte tenu de ce qui précède, la règle générale doit recevoir une interprétation large et libérale et l'exception, au contraire, une interprétation stricte. [Je souligne.]

(3) L'application de l'al. 2 de l'art. 523 C.p.c. à la désertion d'appel

En l'espèce, je conclus qu'en vertu du large pouvoir général accordé à la Cour d'appel à l'al. 2 de l'art. 523 C.p.c., cette dernière peut remédier à la désertion d'appel imposée à l'art. 503.1 C.p.c. afin de sauvegarder les droits des parties. Avec égards, je ne crois pas qu'il y a lieu dans le cas présent d'invoquer la permission spéciale d'appel.

Contrairement à l'art. 494 C.p.c. qui traite des délais pour porter une cause en appel, l'art. 503.1 C.p.c. n'édicte nullement que le délai pour signifier et produire le mémoire emporte déchéance. Cet article prévoit simplement que «l'appel est réputé déserté», ce qui signifie que l'appel est abandonné, et non pas que le droit d'appel est éteint. Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, édicte expressément qu'on ne doit pas présumer la déchéance:

**2878.** Le tribunal ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Toutefois, le tribunal doit déclarer d'office la déchéance du recours, lorsque celle-ci est prévue par la loi. Cette déchéance ne se présume pas; elle résulte d'un texte exprès.

Cette disposition trouve application au *Code de procédure civile* en l'absence de disposition contraire. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* énonce en effet:

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières,

16

17

of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

Under art. 503.1 *C.C.P.*, when the appellant fails to file and serve its factum within the allotted time without applying for an extension, the appeal is thus deemed abandoned, but the appellant does not forfeit its right. It is therefore not impossible to rectify the situation; the Court of Appeal can exercise its broad general power to make any order necessary to safeguard the rights of the parties.

18 Paragraph 2 of art. 523 *C.C.P.* does not exclude art. 503.1 *C.C.P.* from the scope of the Court of Appeal's general power. It limits that power only as regards special leave to appeal in order to rectify a failure to appeal within the time allowed. However, the appellant's failure to serve and file its factum within the time allowed cannot be compared to a failure to appeal within the time limits. Where an appellant fails to serve and file its factum within the allotted time, the appellant must have already appealed in accordance with the *Code of Civil Procedure*. Its right of appeal is established. The deadline that was not met is a procedural deadline, for which the legislature has created a procedural sanction (abandonment) rather than providing for forfeiture of the right of appeal.

19 It is true that the legislature has created an absolute presumption of abandonment by using the words "the appeal is deemed abandoned" in art. 503.1 *C.C.P.* Article 2847 of the *Civil Code of Québec* and s. 142 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, provide as follows:

**2847.** A legal presumption is one that is specially attached by law to certain facts; it exempts the person in whose favour it exists from making any other proof.

A presumption concerning presumed facts is simple and may be rebutted by proof to the contrary; a presumption concerning deemed facts is absolute and irrebuttable.

**142.** The rule of interpretation stated in the second paragraph of article 2847 of the new Code, establishing that a presumption concerning "presumed" facts is simple and a presumption concerning "deemed" facts is absolute, applies to legislation other than the Civil Code

il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Ainsi, en vertu de l'art. 503.1 *C.p.c.*, lorsque l'appelant omet de produire et signifier son mémoire dans le délai prescrit sans demander une prolongation, l'appel est réputé déserté mais l'appelant n'est pas déchu de son droit. La situation n'est donc pas irrémédiable; la Cour d'appel peut user de son large pouvoir général de rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties.

L'alinéa 2 de l'art. 523 *C.p.c.* n'exclut pas l'art. 503.1 *C.p.c.* de la portée du pouvoir général de la Cour d'appel. Elle le restreint dans le seul cas de la permission spéciale d'appel pour remédier le défaut d'inscrire en appel dans le délai prescrit. Or, on ne peut assimiler le défaut de l'appelant de signifier et produire son mémoire dans le délai prescrit au défaut de porter une cause en appel dans les délais. En effet, lorsqu'un appelant omet de signifier et produire son mémoire dans les délais, il a nécessairement déjà porté la cause en appel conformément au *Code de procédure civile*. Son droit d'appel est acquis. Le délai qui n'a pas été respecté en est un de procédure auquel le législateur attache une sanction procédurale (la désertion) et non la déchéance du droit d'appel.

Il est vrai que le législateur crée une présomption absolue de désertion en utilisant les termes «l'appel est réputé déserté» à l'art. 503.1 *C.p.c.* L'article 2847 du *Code civil du Québec* et l'art. 142 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, édictent:

**2847.** La présomption légale est celle qui est spécialement attachée par la loi à certains faits; elle dispense de toute autre preuve celui en faveur de qui elle existe.

Celle qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée.

**142.** La règle d'interprétation du second alinéa de l'article 2847, établissant que la présomption qui concerne un fait «présumé» est simple et que celle qui concerne un fait «réputé» est absolue, ne s'applique aux lois autres que le Code civil du Québec et le Code de procé-

of Québec and the Code of Civil Procedure only from the date fixed by the Government.

The legislature intended the abandonment of an appeal to occur without the intervention of the parties or the court, thus eliminating a significant cause of delays in cases and congestion of the rolls. However, it did not eliminate the court's general discretion to safeguard the rights of the parties by making an order to remedy the effects of the abandonment. For that purpose, it is neither appropriate nor necessary to grant special leave to appeal when the case has already been duly appealed. It is sufficient to order that the file that has already been opened be reinstated. Accordingly, this power is not subject to the restrictions applicable to special leave to appeal, although the court may consider them when exercising its discretion.

The appellant directed this Court's attention to the parliamentary debates surrounding the enactment of art. 503.1 *C.C.P.*, during which the Minister of Justice explained that, where necessary, the Court of Appeal would be able to rectify an abandonment required by art. 503.1 *C.C.P.* using the powers conferred on it by art. 9 and para. 2 of art. 523 *C.C.P.* (*Journal des débats*, Standing Committee on Institutions, December 13, 1994, CI-3, at pp. 17 and 22). Parliamentary debates surrounding the enactment of legislation must be read with caution, because they are not always a reliable source for the legislature's intention (see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 364-67). In the case at bar, the parliamentary debates show that the legislature's reading of the provision was clear and uncontroversial and confirm that the interpretation given is correct.

#### (4) Error by Counsel

This Court has held on a number of occasions "that a party must not be deprived of his rights on account of an error of counsel where it is possible to rectify the consequences of such error without injustice to the opposing party" (*Bowen v. City of Montreal*, *supra*, at p. 519). This principle has generally been stated with reference to the Court of

dure civile qu'à compter de la date fixée par le gouvernement.

Le législateur a voulu que la désertion de l'appel ait lieu sans intervention des parties ou de la cour, écartant ainsi une cause importante de retards dans la marche des dossiers et d'encombrement des rôles. Il n'a pas, toutefois, exclu le pouvoir discrétionnaire général de la cour de sauvegarder les droits des parties par une ordonnance qui remédie aux effets de la désertion. À cette fin, il n'est pas indiqué, ni utile, d'accorder une permission spéciale d'appel alors que la cause a déjà été régulièrement portée en appel. Il suffira d'ordonner la remise en état du dossier déjà constitué. Ce pouvoir n'est donc pas astreint aux restrictions de la permission spéciale d'appel mais la cour pourra s'en inspirer dans l'exercice de sa discrétion.

L'appelante a porté à notre attention les débats parlementaires entourant l'adoption de l'art. 503.1 *C.p.c.* alors que le ministre de la Justice a expliqué que, dans les cas qui le nécessiteront, la Cour d'appel pourra remédier à la désertion imposée à l'art. 503.1 *C.p.c.* en vertu des pouvoirs qui lui sont accordés à l'art. 9 et à l'al. 2 de l'art. 523 *C.p.c.* (*Journal des débats* de la Commission permanente des institutions, 13 décembre 1994, CI-3, aux pp. 17 et 22). Les débats parlementaires entourant l'adoption d'une loi sont à lire avec réserve puisqu'ils ne constituent pas toujours une source fidèle de l'intention du législateur (voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 414 à 418). En l'espèce, les débats parlementaires font état d'une lecture claire et non controversée de la part du législateur et comportent une confirmation de la justesse de l'interprétation donnée.

#### (4) L'erreur de l'avocat

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises «qu'une partie ne doit pas être privée de son droit par l'erreur de ses procureurs, lorsqu'il est possible de remédier aux conséquences de cette erreur sans injustice à l'égard de la partie adverse» (*Bowen c. Ville de Montréal*, précité, à la p. 519). Ce principe a généralement été énoncé dans le cadre du

Appeal's power to grant special leave to appeal under para. 2 of art. 523 *C.C.P.* where it was in fact impossible for the party to act sooner (*Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg.*, *supra*, at p. 528; *St-Hilaire v. Bégin*, *supra*, at pp. 86-88). However, this Court has also applied the principle in the context of the Court of Appeal's general power (*Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*, at p. 448).

(5) Discretion of the Court of Appeal

22 Paragraph 2 of art. 523 *C.C.P.* confers a discretion on the Court of Appeal. To quote that provision, the Court of Appeal "may make any order necessary to safeguard the rights of the parties" (emphasis added); it is not obliged to do so.

23 In *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg.*, *supra*, Pratte J. set out certain criteria to guide the exercise of the discretion to grant special leave to appeal (at p. 528):

I am also of opinion that in the circumstances of the case at bar there are grounds for granting appellant the special leave to appeal that is being sought. No fault or negligence is alleged against appellant; the motion for leave was filed with dispatch; respondent does not contend that the appeal is futile. . . . I have no hesitation in saying that this is definitely a case where the discretion provided for in art. 523 *C.C.P.* should be exercised in favour of the foreclosed party.

These criteria are just as relevant with regard to the Court of Appeal's general power. (See: *Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec*, *supra*, at pp. 446-48.)

24 It will also be recalled that this provision was enacted to promote the proper administration of justice. This means that in some cases the Court of Appeal can refuse to exercise its discretion for reasons related to the efficient functioning of the court and the requirements of the proper administration of justice. I refer in this regard to what Fish J.A. said in *D'Aragon & Associés inc. v. Gravel*, [1996] R.D.J. 33, at p. 42:

pouvoir de la Cour d'appel d'accorder une permission spéciale d'appel sous l'al. 2 de l'art. 523 *C.p.c.*, lorsque la partie a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt (*Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg.*, précité, à la p. 528; *St-Hilaire c. Bégin*, précité, aux pp. 86 à 88). Néanmoins, notre Cour a également appliqué ce principe dans le cadre du pouvoir général de la Cour d'appel (*Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité, à la p. 448).

(5) La discrétion de la Cour d'appel

L'alinéa 2 de l'art. 523 *C.p.c.* accorde à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire. Pour reprendre les termes de la disposition, la Cour d'appel «peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties» (je souligne), elle n'a pas l'obligation de le faire.

Dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg.*, précité, le juge Pratte énonce certains critères pour guider l'exercice de la discrétion d'accorder une permission spéciale d'appel (à la p. 528):

Je suis également d'avis qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce d'accorder à l'appelante la permission spéciale d'appeler qu'elle recherche. Aucune faute ou négligence ne lui est reprochée; la requête pour permission a été présentée avec diligence; l'intimée ne prétend pas qu'il s'agit d'un appel futile [. . .] Je n'ai aucune hésitation à dire qu'il s'agit bien ici d'un cas où la discrétion prévue à l'art. 523 *C.p.c.* doit être exercée de façon favorable à la partie forclosée.

Ces critères sont tout aussi pertinents dans le cadre du pouvoir général de la Cour d'appel. (Voir: *Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec*, précité, aux pp. 446 à 448.)

On se rappellera par ailleurs que cette disposition a été adoptée afin de favoriser la bonne administration de la justice. Ainsi, dans certains cas, la Cour d'appel pourrait refuser d'exercer sa discrétion eu égard au bon fonctionnement de la cour et aux exigences d'une saine administration de la justice. Je renvoie à cet égard aux propos du juge Fish dans l'arrêt *D'Aragon & Associés inc. c. Gravel*, [1996] R.D.J. 33, à la p. 42:

Before concluding, I wish to make plain my full agreement with those who feel that the Court should require all appellants to either proceed with diligence or clear the way for others who are willing to do so.

[I]f the appeal is manifestly without merit, or if allowing the appellant an additional delay would irreparably prejudice the respondent, there can in my mind be no question of any extension at all.

With respect, however, adherence to a policy of firmness does not require the Court to systematically discard (or decline to reinstate) apparently serious appeals on the sole ground that appellant's counsel, through error or negligence, applied shortly after the 120th day, instead of, say, on the 119th, to file a factum that has since been completed.

Dismissal of a serious appeal for this reason may well result in irreparable injustice.

### C. *Application of the Law to the Facts*

With all due respect to the majority of the Court of Appeal, I conclude that the Court of Appeal should have exercised its general power under para. 2 of art. 523 *C.C.P.* to remedy the effect of the abandonment of the appeal and thus safeguard the appellant's rights. Counsel for the appellant acknowledged that he had made an error concerning the applicable law. However, an error by counsel must not prevent the safeguarding of the rights of the party he or she represents where it is possible to rectify the error without injustice to the opposing party. In the present case, it does not appear that the respondent would be prejudiced in any way. Moreover, it is not argued that the appeal is frivolous, improper or dilatory. In fact, the appeal to this Court is uncontested. Finally, apart from his ignorance of the amendment to the legislation, counsel for the appellant acted diligently. Before the time allotted for filing his factum had expired, he sent his colleague a letter to inform him that the factum would be completed shortly and to raise the possibility of bringing a motion for an extension of time. That letter was never answered. When notified of the abandonment,

[TRADUCTION] Avant de conclure, je désire exprimer clairement mon accord total avec ceux qui croient que la cour devrait exiger de tous les appelants qu'ils agissent avec diligence ou qu'ils cèdent leur place à ceux qui sont disposés à le faire.

[S]i l'appel est manifestement sans fondement ou si le fait d'accorder à l'appelant un délai supplémentaire causerait un préjudice irréparable à l'intimé, il ne saurait, à mon avis, être question de quelque prorogation que ce soit.

Avec égards, cependant, le fait de souscrire à une politique de fermeté ne force pas la cour à radier systématiquement (ou à refuser de remettre en état) des appels apparemment sérieux pour le seul motif que l'avocat de l'appelant, par erreur ou par négligence, a demandé un peu après le 120<sup>e</sup> jour, au lieu, disons, du 119<sup>e</sup>, de déposer un mémoire qui a depuis été complété.

Le rejet d'un appel sérieux pour ce motif pourrait bien entraîner une injustice irréparable.

### C. *L'application du droit aux faits*

Avec égards pour la majorité de la Cour d'appel, je conclus que la Cour d'appel aurait dû user de son pouvoir général accordé à l'al. 2 de l'art. 523 *C.p.c.* afin de remédier à l'effet de la désertion d'appel, et ainsi sauvegarder les droits de l'appelante. L'avocat de la partie appelante reconnaît avoir commis une erreur quant au droit applicable. Néanmoins, l'erreur de l'avocat ne doit pas empêcher la sauvegarde des droits de la partie qu'il représente lorsqu'il est possible d'y remédier sans injustice pour la partie adverse. En l'espèce, il n'apparaît pas que l'intimée subirait un quelconque préjudice. De plus, on ne prétend pas que l'appel soit futile, abusif ou dilatoire. De fait, le pourvoi devant notre Cour n'est pas contesté. Enfin, l'avocat de l'appelante, hormis son ignorance de la modification de la loi, a fait preuve de diligence. Avant l'expiration du délai imparti pour produire son mémoire, il a envoyé une lettre à son confrère, d'une part, pour l'informer du parachèvement prochain de son mémoire et, d'autre part, pour invoquer la possibilité de présenter une requête en prolongation de délai. Cette lettre est restée sans réponse. Averti de la désertion, le procureur de

counsel for the appellant promptly filed a motion to rectify it.

IV — Disposition

26

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, order that the appeal be reinstated and authorize the appellant to serve its factum on the opposing party and file it in the office of the Court of Appeal of Quebec within 15 days of this judgment, the whole without costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Ross, Geraghty & Associés, Saint-Jérôme.*

l'appelante a déposé promptement une requête pour y remédier.

IV — Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel, d'ordonner la remise en état de l'appel et d'autoriser l'appelante à signifier à la partie adverse et à produire au greffe de la Cour d'appel du Québec son mémoire dans les 15 jours du présent jugement, le tout sans frais.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Ross, Geraghty & Associés, Saint-Jérôme.*

**Her Majesty The Queen in right of the  
Province of British Columbia** *Appellant*

v.

**Ossie Sylvester** *Respondent*

INDEXED AS: SYLVESTER v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 24891.

1997: February 13; 1997: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Labour law — Dismissal — Severance pay — Employee terminated while receiving disability benefits — Employer offering severance package of salary minus disability benefits being received — Whether disability benefits should be deducted from damages for breach of employment contract during the notice period.*

The respondent, a B.C. government contract employee, was terminated during a period when he was receiving disability benefits. The employer offered him severance of 12.5 months' salary, less any disability benefits received during that time. The respondent sued for wrongful dismissal, claimed 24 months' notice and sought damages consisting of the salary he would have earned had he worked during that period in addition to the disability benefits he was receiving. The trial judge found him entitled to 15 months' notice and awarded damages less the disability benefits received during that period. The Court of Appeal allowed an appeal from that judgment, awarded damages equivalent to his salary for a 20-month period and found him also entitled to the disability benefits received during that period. At issue was whether disability payments received by the employee during the notice period should be deducted from damages awarded for wrongful dismissal.

**Held:** The appeal should be allowed.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province  
de la Colombie-Britannique** *Appelante*

c.

**Ossie Sylvester** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SYLVESTER c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

N° du greffe: 24891.

1997: 13 février; 1997: 29 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit du travail — Congédiement — Indemnité de départ — Employé licencié pendant qu'il recevait des prestations d'invalidité — Offre de l'employeur de verser une indemnité de départ constituée du salaire moins les prestations d'invalidité reçues — Les prestations d'invalidité reçues pendant la période visée par le préavis devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour violation du contrat d'emploi?*

L'intimé, employé contractuel du gouvernement de la C.-B., a été licencié au cours d'une période où il recevait des prestations d'invalidité. L'employeur lui a offert 12,5 mois de salaire à titre d'indemnité de départ, déduction faite des prestations d'invalidité reçues au cours de cette période. L'intimé a intenté une action pour congédiement injustifié, réclamé un préavis de licenciement de 24 mois et demandé des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période visée par le préavis, en sus des prestations d'invalidité qu'il recevait. Le juge de première instance a conclu que l'intimé avait droit à un préavis de 15 mois et lui a accordé des dommages-intérêts, desquels il a déduit les prestations d'invalidité reçues au cours de la période visée. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre ce jugement, accordé des dommages-intérêts équivalant au salaire de l'intimé pendant 20 mois et conclu qu'il avait aussi droit aux prestations d'invalidité reçues durant cette période. La question en litige est de savoir si les prestations d'invalidité reçues par l'intimé au cours de la période visée par le préavis devraient être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié.

**Arrêt:** Le pourvoi est accueilli.

An employee who is wrongfully dismissed without adequate notice of termination is entitled to damages consisting of the salary that the employee would have earned had the employee worked during the notice period. The fact that an employee could not have worked during the notice period is irrelevant to the assessment of these damages. They are based on the premise that the employee would have worked during the notice period. Therefore, an employee who is wrongfully dismissed while working and an employee who is wrongfully dismissed while receiving disability benefits are both entitled to damages consisting of the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period.

Disability benefits are contractual and the question of their deductibility, therefore, turns on the terms of the employment contract and the intention of the parties. In this case, the short- and long-term disability plans should not be considered contracts which are distinct from the employment contract, but rather as integral components of it. This contract did not provide for the respondent to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal, and no such intention can be inferred. First, the terms of the plans demonstrate that the disability benefits were intended to be a substitute for the respondent's regular salary. Second, the simultaneous payment of disability benefits and damages for wrongful dismissal is inconsistent with the terms of the employment contract. Had the appellant provided adequate notice and not breached the contract, the respondent would not have received both disability benefits and salary during the notice period.

Absent an intention by the parties to provide otherwise, an employee who is dismissed while not working but receiving disability benefits and an employee who is dismissed while working should be treated equally. Deducting disability benefits ensures that all affected employees receive equal damages consisting of the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *Peck v. Levesque Plywood Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 108; *Salmi v. Greyfriar Developments Ltd.*, [1985] 4 W.W.R. 463; *White v. F.W. Woolworth Co.*

L'employé qui est congédié injustement et qui ne reçoit pas un préavis de cessation d'emploi suffisant a droit à des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé durant la période visée par le préavis. Le fait que l'employé n'aurait pas pu travailler durant cette période n'est pas pertinent pour le calcul des dommages-intérêts. Ceux-ci sont fondés sur la prémisse que l'employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis. Par conséquent, l'employé qui est congédié injustement pendant qu'il travaille et celui qui est congédié injustement pendant qu'il reçoit des prestations d'invalidité ont tous les deux droit à des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'ils auraient respectivement gagné s'ils avaient travaillé durant la période visée par le préavis.

Les prestations d'invalidité sont prévues par contrat et la question de leur déductibilité repose donc sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties. En l'espèce, le régime de prestations d'invalidité de courte durée et le régime de prestations d'invalidité de longue durée ne devraient pas être considérés comme des contrats distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci. Ce contrat ne prévoyait pas que l'intimé recevrait à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et une telle intention ne peut être inférée. Premièrement, les modalités de ces régimes démontrent que les prestations d'invalidité visaient à remplacer le salaire reçu ordinairement par l'intimé. Deuxièmement, le paiement simultané de prestations d'invalidité et de dommages-intérêts pour congédiement injustifié est incompatible avec les modalités du contrat de travail. Si l'appelante avait donné un préavis suffisant et n'avait pas violé le contrat, l'intimé n'aurait pas reçu des prestations d'invalidité et son salaire durant la période visée par le préavis.

Sauf intention contraire des parties, l'employé qui est congédié pendant qu'il ne travaille pas et qu'il reçoit des prestations d'invalidité et l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille devraient être traités de la même façon. Le fait de déduire les prestations d'invalidité garantit que tous les employés touchés reçoivent des dommages-intérêts équivalents, soit le salaire qu'ils auraient reçu au cours de la période visée par le préavis.

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts:** *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *Peck c. Levesque Plywood Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 108; *Salmi c. Greyfriar Developments Ltd.*, [1985] 4 W.W.R. 463; *White c. F.W.*

(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 110; *Industries de Caoutchouc Mondo (Canada) Ltée v. Leblanc* (1987), 17 C.C.E.L. 219; referred to: *Burseley v. Acadia Motors Ltd.* (1980), 35 N.B.R. (2d) 587; *Datardina v. Royal Trust Corp. of Canada* (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 1; *McKay v. Camco, Inc.* (1986), 53 O.R. (2d) 257.

#### Statutes and Regulations Cited

*Long Term Disability Plan Regulation*, B.C. Reg. 410/78, s. 2.02.

APPEAL from a judgment of a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 7, 60 B.C.A.C. 97, 99 W.A.C. 97, 125 D.L.R. (4th) 541, [1995] 6 W.W.R. 537, 12 C.C.E.L. (2d) 71, 95 C.L.L.C. 210-034, allowing an appeal from a judgment of Harvey J. (1993), 2 C.C.E.L. (2d) 55. Appeal allowed.

*Timothy P. Leadem*, for the appellant.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Iqbal Sara*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — Employment involves, among other things, a contract between the employer and employee. An employee who is wrongfully dismissed without reasonable notice of termination is entitled to damages for breach of contract. These damages represent the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period, less any amounts credited to mitigation.

The issue in this appeal is whether disability payments received by the employee during the notice period from a plan established solely by the employer should be deducted from these damages. The answer depends on the intention of the parties to the employment contract. In this case, the terms of the contract demonstrate that the parties did not intend that the employee receive both amounts, and as a result the disability benefits should be deducted.

*Woolworth Co.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 110; *Industries de Caoutchouc Mondo (Canada) Ltée c. Leblanc* (1987), 17 C.C.E.L. 219; arrêts mentionnés: *Burseley c. Acadia Motors Ltd.* (1980), 35 N.B.R. (2d) 587; *Datardina c. Royal Trust Corp. of Canada* (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 1; *McKay c. Camco, Inc.* (1986), 53 O.R. (2d) 257.

#### Lois et règlements cités

*Long Term Disability Plan Regulation*, B.C. Reg. 410/78, art. 2.02.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 7, 60 B.C.A.C. 97, 99 W.A.C. 97, 125 D.L.R. (4th) 541, [1995] 6 W.W.R. 537, 12 C.C.E.L. (2d) 71, 95 C.L.L.C. 210-034, qui a accueilli l'appel interjeté contre le jugement du juge Harvey (1993), 2 C.C.E.L. (2d) 55. Pourvoi accueilli.

*Timothy P. Leadem*, pour l'appelante.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Iqbal Sara*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'emploi suppose, entre autres choses, un contrat entre l'employeur et l'employé. L'employé qui est congédié injustement et qui ne reçoit pas de préavis raisonnable de cessation d'emploi a droit à des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Ces dommages-intérêts représentent le salaire que l'employé aurait gagné s'il avait travaillé au cours de la période visée par le préavis, déduction faite de toute somme devant être affectée à la limitation des dommages.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les prestations d'invalidité qui ont été reçues par l'employé au cours de la période visée par le préavis, en vertu d'un régime établi uniquement par l'employeur, devraient être déduites de ces dommages-intérêts. La réponse à cette question dépend de l'intention des parties au contrat de travail. En l'espèce, les modalités du contrat démontrent que les parties n'entendaient pas que l'employé reçoive les deux sommes, et, par conséquent, les prestations d'invalidité devraient être déduites.

3

The respondent was employed by the appellant provincial government as the Director of Private Training Institutions in its Ministry of Advanced Education, Training and Technology pursuant to an oral general contract of employment. On June 1, 1992 he became ill and started receiving short term disability benefits consisting of 75% of his salary pursuant to the appellant's Short Term Illness and Injury Plan (STIIP). The STIIP provided disability benefits for up to seven months to an employee who was unable to work because of illness or injury. The respondent received \$33,688.04 under the STIIP from June 1, 1992 to December 31, 1992. He also sought, but did not receive, long-term disability benefits under the appellant's Long Term Disability Plan (LTDP) [*Long Term Disability Plan Regulation*, B.C. Reg. 410/78, s. 2.02] from January 1, 1993 to December 31, 1993, the date on which he would have been able to return to work. The LTDP provided further benefits to an employee who remained disabled after the seven-month period under the STIIP. Both the STIIP and the LTDP were funded entirely by the appellant. The respondent did not make any direct or indirect contributions to either plan.

4

On July 23, 1992, while the respondent was receiving short-term disability benefits, he was notified that he would be terminated because of a reorganization. In its termination letter, the appellant offered the respondent 12.5 months' notice commencing August 31, 1992 and indicated it would top up any payments received by the respondent under the STIIP or the LTDP during the notice period to 100% of his salary. In effect, the appellant offered the respondent 12.5 months' salary as severance, less any benefits received under the STIIP or the LTDP during that period.

5

The respondent sued for wrongful dismissal and claimed 24 months' notice. He sought damages consisting of the salary he would have earned had

L'intimé était employé du gouvernement provincial appellant à titre de directeur, Établissements de formation privés, ministère de l'Enseignement supérieur, de la formation et de la technologie, conformément à un contrat de travail verbal général. Le premier juin 1992, il est tombé malade et a commencé à toucher des prestations d'invalidité de courte durée équivalent à 75 p. 100 de son salaire, conformément au Short Term Illness and Injury Plan (STIIP) de l'appelante. Le STIIP accordait jusqu'à sept mois de prestations d'invalidité aux employés incapables de travailler pour cause de maladie ou de blessure. L'intimé a touché 33 688,04 \$ en vertu du STIIP, du 1<sup>er</sup> juin 1992 au 31 décembre 1992. Il a aussi demandé, mais sans succès, des prestations d'invalidité de longue durée en vertu du Long Term Disability Plan (LTDP) [*Long Term Disability Plan Regulation*, B.C. Reg. 410/78, art. 2.02] de l'appelante, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1993, date à laquelle il aurait été en mesure de reprendre son travail. Le LTDP accordait des prestations supplémentaires aux employés qui demeuraient invalides au terme de la période de sept mois couverte par le STIIP. Le STIIP et le LTDP étaient financés entièrement par l'appelante. L'intimé n'a pas cotisé, directement ou indirectement, à l'un ou l'autre de ces régimes.

Le 23 juillet 1992, pendant qu'il recevait des prestations d'invalidité de courte durée, l'intimé a été informé que, en raison d'une réorganisation, il serait licencié. Dans la lettre de cessation d'emploi envoyée à l'intimé, l'appelante a offert à ce dernier un préavis de licenciement de 12,5 mois commençant à courir à compter du 31 août 1992, et elle a indiqué qu'elle compléterait les prestations reçues par l'intimé en vertu du STIIP ou du LTDP pendant cette période, jusqu'à concurrence de 100 p. 100 de son salaire. En fait, l'appelante a offert à l'intimé 12,5 mois de salaire à titre d'indemnité de départ, somme dont étaient soustraites les prestations reçues en vertu du STIIP ou du LTDP au cours de cette période.

L'intimé a intenté une action pour congédiement injustifié et a réclamé un préavis de licenciement de 24 mois. Il a demandé des dommages-intérêts

he worked during the 24-month notice period in addition to benefits under the STIP and the LTDP.

Harvey J. of the Supreme Court of British Columbia found the respondent was entitled to 15 months' notice from August 31, 1992 and awarded him damages of \$76,575 in lieu of notice, less the \$19,285.85 received under the STIP during the notice period, leaving a balance of \$57,289.15: see (1993), 2 C.C.E.L. (2d) 55.

The Court of Appeal for British Columbia allowed the respondent's appeal: see (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 7. The court increased the notice period to 20 months commencing July 23, 1992 and awarded the respondent damages of \$102,100, being the salary he would have earned had he worked during that period. The court held the respondent was also entitled to benefits under the STIP from June 1, 1992 to December 31, 1992 and, since he had qualified under the LTDP during the notice period on January 1, 1993, to benefits of \$35,900.40 under that plan until the date of his recovery on December 31, 1993.

The court held that the disability benefits to which the respondent was entitled during the notice period should not be deducted from the damages for wrongful dismissal. It concluded that a disability benefits plan should be considered a distinct contract from the basic employment contract and that once an employee is given notice of termination, the employer is required to comply both with its obligation to pay salary during the notice period and with its obligation to pay disability benefits.

On appeal to this Court, there was no challenge to the finding that the respondent was entitled to short-term disability benefits under the STIP from

correspondant au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période de préavis de 24 mois, en sus des prestations prévues par le STIP et le LTDP.

Le juge Harvey de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'intimé avait droit à un préavis de 15 mois, commençant à courir le 31 août 1992, et il lui a accordé des dommages-intérêts de 76 575 \$ tenant lieu de préavis, somme de laquelle il a déduit les 19 285,85 \$ reçus en vertu du STIP au cours de la période visée par le préavis, pour un solde de 57 289,15 \$: voir (1993), 2 C.C.E.L. (2d) 55.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de l'intimé: voir (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 7. La cour a augmenté à 20 mois la période de préavis, la faisant courir à compter du 23 juillet 1992, et elle a accordé à l'intimé des dommages-intérêts de 102 100 \$, soit le salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé au cours de cette période. La cour a aussi conclu que l'intimé avait droit aux prestations reçues en vertu du STIP, du 1<sup>er</sup> juin 1992 au 31 décembre 1992, et que, comme il avait satisfait aux conditions du LTDP, le 1<sup>er</sup> janvier 1993, pendant la période visée par le préavis, il avait également droit à des prestations de 35 900,40 \$ en vertu de ce régime, jusqu'à la date de son rétablissement, le 31 décembre 1993.

La cour a statué que les prestations d'invalidité auxquelles l'intimé avait droit au cours de la période visée par le préavis ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. Elle a conclu qu'un régime de prestations d'invalidité devait être considéré comme un contrat distinct du contrat de travail lui-même, et que, une fois que l'employé a reçu son préavis de cessation d'emploi, l'employeur est tenu de se conformer à la fois à son obligation de payer le salaire pendant la période visée par le préavis et à celle de verser les prestations d'invalidité.

Dans le cadre du pourvoi devant notre Cour, la conclusion que l'intimé avait droit aux prestations d'invalidité de courte durée reçues en vertu du

6

7

8

9

June 1, 1992 to December 31, 1992, and to long-term disability benefits under the LTDP from January 1, 1993 to December 31, 1993, nor to the finding that the respondent was entitled to 20 months' notice from July 23, 1992. The appellant did not challenge the finding that the respondent was entitled to damages of \$102,100, being the salary he would have earned had he worked during the notice period. This is consistent with the principle that an employee who is wrongfully dismissed without adequate notice of termination is entitled to damages consisting of the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period. The fact that an employee could not have worked during the notice period is irrelevant to the assessment of these damages. They are based on the premise that the employee would have worked during the notice period. Therefore, an employee who is wrongfully dismissed while working and an employee who is wrongfully dismissed while receiving disability benefits are both entitled to damages consisting of the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period.

STIP, du 1<sup>er</sup> juin 1992 au 31 décembre 1992, ainsi qu'aux prestations d'invalidité de longue durée prévues par le LTDP, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 31 décembre 1993, n'a pas été contestée. La conclusion que l'intimé avait droit à un préavis de 20 mois, commençant à courir le 23 juillet 1992, n'a pas été contestée non plus. L'appelante n'a pas contesté la conclusion que l'intimé avait droit à des dommages-intérêts de 102 100 \$, soit le salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé durant la période visée par le préavis. Cette conclusion est conforme au principe selon lequel l'employé qui est congédié injustement et qui ne reçoit pas un préavis de cessation d'emploi suffisant a droit à des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé durant la période visée par le préavis. Le fait que l'employé n'aurait pas pu travailler durant cette période n'est pas pertinent pour le calcul des dommages-intérêts. Ceux-ci sont fondés sur la prémisse que l'employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis. Par conséquent, l'employé qui est congédié injustement pendant qu'il travaille et celui qui est congédié injustement pendant qu'il reçoit des prestations d'invalidité ont tous les deux droit à des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'ils auraient respectivement gagné s'ils avaient travaillé durant la période visée par le préavis.

10

The issue on appeal was restricted to whether the disability benefits received by the respondent during the notice period should be deducted from the \$102,100 awarded as damages for wrongful dismissal. This question has produced conflicting appellate authority in Canada. Disability benefits received during the notice period were held to be deductible from damages for wrongful dismissal in *Burse v. Acadia Motors Ltd.* (1980), 35 N.B.R. (2d) 587 (C.A.), but not deductible in *Datardina v. Royal Trust Corp. of Canada* (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), and *McKay v. Camco, Inc.* (1986), 53 O.R. (2d) 257 (C.A.).

La question en litige dans le présent pourvoi consistait uniquement à décider si les prestations d'invalidité reçues par l'intimé au cours de la période visée par le préavis devaient être déduites de la somme de 102 100 \$ accordée au titre des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Cette question a donné lieu à des décisions contradictoires en appel au Canada. Dans *Burse v. Acadia Motors Ltd.* (1980), 35 N.B.R. (2d) 587 (C.A.), il a été jugé que les prestations d'invalidité versées au cours de la période visée par le préavis étaient déductibles des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié, alors que dans *Datardina v. Royal Trust Corp. of Canada* (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.) et dans *McKay v. Camco, Inc.* (1986), 53 O.R. (2d) 257 (C.A.), on a plutôt statué qu'elles ne l'étaient pas.

Analogous issues have been considered with unemployment insurance benefits, which were held not to be deductible in *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812, and *Peck v. Levesque Plywood Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 108 (C.A.), and workers' compensation benefits, which were held to be deductible in *Salmi v. Greyfriar Developments Ltd.*, [1985] 4 W.W.R. 463 (Alta. C.A.), and *White v. F.W. Woolworth Co.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 110 (Nfld. C.A.), but not deductible in *Industries de Caoutchouc Mondo (Canada) Ltée v. Leblanc* (1987), 17 C.C.E.L. 219 (Que. C.A.).

These decisions involving unemployment insurance benefits and workers' compensation benefits are not helpful in deciding the issue in this appeal because those benefits are statutory, and distinguishable. Disability benefits, on the other hand, are contractual. The question of deductibility therefore turns on the terms of the employment contract and the intention of the parties.

In this case, the STIP and the LTDP should not be considered contracts which are distinct from the employment contract, but rather as integral components of it. This contract did not provide for the respondent to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal, and no such intention can be inferred. I reach this conclusion for two reasons.

First, the terms of the STIP and the LTDP demonstrate that the disability benefits were intended to be a substitute for the respondent's regular salary. An employee who receives disability benefits under either plan does not receive a salary. The employee brochure describing the STIP states that it is designed to continue all or part of an employee's earnings in the event that the employee is unable to work due to illness or injury. Benefits under the STIP and the LTDP are calculated as a percentage of the employee's salary. Both plans provide that disability benefits are reduced by other income received by the

Des questions analogues ont été examinées, d'une part relativement à des prestations d'assurance-chômage, qui ont été déclarées non déductibles dans les arrêts *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812, et *Peck c. Levesque Plywood Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 108 (C.A.), et, d'autre part relativement à des indemnités d'accident du travail, qui ont été jugées déductibles dans les arrêts *Salmi c. Greyfriar Developments Ltd.*, [1985] 4 W.W.R. 463 (C.A. Alb.), et *White c. F.W. Woolworth Co.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 110 (C.A.T.-N.), mais non déductibles dans *Industries de Caoutchouc Mondo (Canada) Ltée c. Leblanc* (1987), 17 C.C.E.L. 219 (C.A. Qué.).

Ces arrêts en matière de prestations d'assurance-chômage et d'indemnités d'accident du travail ne sont pas utiles pour trancher la question en litige dans le présent pourvoi, étant donné que le paiement de ces sommes est prévu par des lois, et il faut donc les distinguer de la présente espèce. À l'opposé, les prestations d'invalidité sont prévues par contrat. La question de la déductibilité repose donc sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties.

En l'espèce, le STIP et le LTDP ne devraient pas être considérés comme des contrats distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci. Ce contrat ne prévoyait pas que l'intimé recevrait à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et une telle intention ne peut être inférée. J'arrive à cette conclusion pour deux raisons.

Premièrement, les modalités du STIP et du LTDP démontrent que les prestations d'invalidité visaient à remplacer le salaire reçu ordinairement par l'intimé. L'employé qui reçoit des prestations de l'un ou l'autre de ces régimes ne reçoit pas de salaire. Dans la brochure expliquant le STIP qui est remise aux employés, il est précisé que le régime vise à maintenir le paiement de tout ou partie de la rémunération de l'employé dans l'éventualité où celui-ci est incapable de travailler pour cause de maladie ou de blessure. Les prestations prévues par le STIP et le LTDP sont établies suivant un pourcentage du salaire de l'employé. Les

11

12

13

14

employee, including other disability income, wage continuation plan benefits, pension benefits, workers' compensation benefits and salary from other employment.

15 Second, the simultaneous payment of disability benefits and damages for wrongful dismissal is inconsistent with the terms of the employment contract. This becomes clear when the assumptions underlying the contractual entitlement of the respondent to each amount are examined. Damages for wrongful dismissal are designed to compensate the employee for the breach by the employer of the implied term in the employment contract to provide reasonable notice of termination. As discussed above, the damages are assessed by calculating the salary the employee would have received had he or she worked during the notice period, notwithstanding that the employee may, in fact, have been prevented from doing so. The damages are based on the premise that the employee would have worked during the notice period.

16 Disability benefits under the STIP and the LTDP, on the other hand, are only payable when the employee is unable to work. Section 2 of the STIP provides that an employee is entitled to benefits "[i]n the event [the] employee is unable to work . . ." Section 2.02 of the LTDP provides additional disability benefits for employees who become "totally disabled".

17 The respondent's contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits are based on opposite assumptions about his ability to work and it is incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts. The damages are based on the premise that he would have worked during the notice period. The disability payments are only payable because he could not work. It

deux régimes prévoient que les prestations d'invalidité sont réduites des autres revenus de l'employé, y compris les autres revenus d'invalidité, les prestations reçues au titre d'un régime de continuation de la rémunération, les prestations de pension, les indemnités d'accident du travail et le salaire tiré d'un autre emploi.

Deuxièmement, le paiement simultané de prestations d'invalidité et de dommages-intérêts pour congédiement injustifié est incompatible avec les modalités du contrat de travail. Cela ressort clairement de l'examen des postulats qui sous-tendent le droit contractuel qu'a l'intimé de toucher chacune de ces sommes. Les dommages-intérêts versés pour congédiement injustifié visent à indemniser l'employé à l'égard de la violation par l'employeur de la condition implicite du contrat d'emploi selon laquelle ce dernier doit donner à l'employé un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Comme nous l'avons vu précédemment, les dommages-intérêts sont calculés en fonction du salaire que l'employé aurait reçu s'il avait travaillé durant la période visée par le préavis, indépendamment du fait que l'employé ait pu, dans les faits, avoir été empêché de le faire. Les dommages-intérêts sont fondés sur la prémisse que l'employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis.

À l'opposé, les prestations d'invalidité prévues par le STIP et le LTDP ne sont payables que lorsque l'employé est incapable de travailler. Aux termes de l'article 2 du STIP, l'employé a droit aux prestations [TRADUCTION] «[d]ans l'éventualité où [il] est incapable de travailler . . .» L'article 2.02 du LTDP prévoit le versement de prestations d'invalidité additionnelles aux employés qui deviennent [TRADUCTION] «complètement invalides».

Le droit contractuel de l'intimé de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d'invalidité reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il est incompatible avec le contrat de travail que l'intimé puisse toucher ces deux sommes d'argent. Les dommages-intérêts sont fondés sur la prémisse qu'il aurait travaillé pendant la période visée par le

makes no sense to pay damages based on the assumption that he would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work. This suggests that the parties did not intend the respondent to receive both damages and disability benefits.

In its reasons, the Court of Appeal concluded at p. 17 that the respondent should receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal because both contractual provisions operated simultaneously. Lambert J.A. stated:

The fact that the employee is receiving benefits under a disability plan should not, in my opinion, have any effect on the length of the period of reasonable notice or the payment to the employee of his or her regular rate of pay throughout the notice period. I think that from a legal perspective the disability plan should be viewed as a contract that is distinct from the basic contract of employment, but like the basic contract of employment forming a part of the total employment package. It is true that if an employee is able to work, the employee would not receive disability benefits, and if the employee is receiving disability benefits while continuing as a regular employee, then the employee would not also be receiving wages or salary. So in the usual circumstances of continuing employment, no employee would be receiving both wages or salary and disability benefits with respect to the same period. Either the basic contract of employment is controlling the mutual obligations of the employer and employee, or the disability plan is controlling those obligations, but both are not operating at once. But the interrelationship of those two distinct contractual obligations changes when notice of termination is given. In my opinion both contracts then operate together and both must be complied with. And if the employer breaks the obligations under one or other of those contracts, or both, then damages can be assessed under the broken contract or the broken contracts. [Emphasis added.]

With respect, I fail to see how both contractual provisions can operate simultaneously when each

préavis. Les prestations d'invalidité ne sont payables que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que l'employé aurait travaillé, en sus de prestations d'invalidité découlant d'un droit qui n'a pris naissance que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Cela tend à indiquer que les parties n'entendaient pas que l'intimé reçoive à la fois des dommages-intérêts et des prestations d'invalidité.

À la page 17 de ses motifs, la Cour d'appel a conclu que l'intimé devait recevoir à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié parce que les deux dispositions contractuelles s'appliquent simultanément. Le juge Lambert a dit ceci:

[TRADUCTION] Le fait que l'employé reçoive des prestations en vertu d'un régime de prestations d'invalidité ne devrait pas, à mon avis, avoir d'incidence sur la durée de la période de préavis raisonnable ou sur le paiement, à l'employé, de sa rémunération habituelle au cours de la période visée par le préavis. Je pense que, d'un point de vue juridique, le régime de prestations d'invalidité devrait être considéré comme un contrat distinct du contrat de travail lui-même, mais que, comme ce dernier, il fait partie de l'ensemble des conditions de travail. Il est vrai que, si un employé était capable de travailler, il ne recevrait pas de prestations d'invalidité, et que, s'il recevait des prestations d'invalidité tout en continuant d'être un employé régulier, il ne recevrait pas aussi un traitement ou un salaire. En conséquence, dans les circonstances habituelles de continuation de l'emploi, aucun employé ne recevrait à la fois un salaire ou un traitement et des prestations d'invalidité relativement à la même période. Soit que c'est le contrat de travail de base qui régit les obligations mutuelles de l'employeur et de l'employé, soit que c'est le régime de prestations d'invalidité qui le fait, mais les deux ne s'appliquent pas en même temps. Toutefois, l'interaction de ces deux obligations contractuelles distinctes change lorsque le préavis de cessation d'emploi est donné. À mon avis, les deux contrats s'appliquent ensemble et les deux doivent être respectés. Et si l'employeur ne respecte pas les obligations qui lui incombent en vertu de l'un ou l'autre de ces contrats, ou même des deux, alors des dommages-intérêts peuvent être accordés en vertu du ou des contrats qui n'ont pas été respectés. [Je souligne.]

En toute déférence, je ne peux voir comment ces deux dispositions contractuelles peuvent s'appli-

is based on a contrary assumption about the ability of the employee to work.

19 The conclusion that it is inconsistent for the respondent to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal under the employment contract is reinforced by the fact that, had the appellant provided adequate notice and not breached the contract, the respondent would not have received both disability benefits and salary during the notice period.

20 The parties to an employment contract can obviously agree that the employee is to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal. There may also be cases in which this intention can be inferred. However, absent an intention by the parties to provide otherwise, an employee who is dismissed while not working but receiving disability benefits and an employee who is dismissed while working should be treated equally.

21 If disability benefits are paid in addition to damages for wrongful dismissal, the employee collecting disability benefits receives more compensation than the employee who is dismissed while working. Deducting disability benefits ensures that all affected employees receive equal damages, i.e., the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period. If disability benefits are not deductible, employers who set up disability benefits plans will be required to pay more to employees upon termination than employers who do not set up plans. This deterrent to establishing disability benefits plans is not desirable.

22 There may be cases where an employee will seek benefits in addition to damages for wrongful dismissal on the basis that the disability benefits are akin to benefits from a private insurance plan for which the employee has provided considera-

quer simultanément, alors qu'elles reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne la capacité de l'employé de travailler.

La validité de la conclusion selon laquelle il est illogique que l'intimé reçoive à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié en vertu de son contrat de travail est renforcée par le fait que, si l'appelante avait donné un préavis suffisant et n'avait pas violé le contrat, l'intimé n'aurait pas reçu et des prestations d'invalidité et son salaire durant la période visée par le préavis.

Les parties à un contrat de travail peuvent évidemment convenir que l'employé recevra à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Il est également possible que, dans certains cas, cette intention puisse être inférée. Toutefois, sauf intention contraire des parties, l'employé qui est congédié pendant qu'il ne travaille pas et qu'il reçoit des prestations d'invalidité et l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille devraient être traités de la même façon.

Si des prestations d'invalidité sont payées en sus de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, l'employé qui reçoit des prestations d'invalidité reçoit une indemnité plus élevée que l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille. Le fait de déduire les prestations d'invalidité garantit que tous les employés touchés reçoivent des dommages-intérêts équivalents, c.-à-d. le salaire qu'ils auraient reçu au cours de la période visée par le préavis. Si les prestations d'invalidité ne sont pas déductibles, les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité devront, en cas de cessation d'emploi, payer davantage aux employés touchés que les employeurs qui n'établissent pas de tels régimes. Ce facteur de dissuasion à l'établissement de régimes de prestations d'invalidité n'est pas souhaitable.

Il est possible qu'il se présente des cas où l'employé demandera des prestations en sus des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, pour le motif que les prestations d'invalidité s'apparentent aux prestations d'un régime privé d'assurance

tion. This is not the case here. It is not in dispute that the respondent did not make any contributions to the STIP or the LTDP. The issue whether disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan was not before the Court.

The appeal is allowed. The order of the Court of Appeal is varied to the extent that the disability benefits to which the respondent was entitled under the STIP and the LTDP during the 20-month notice period commencing July 23, 1992 are to be deducted from the damages for wrongful dismissal of \$102,100. The calculations are left to the parties, who may apply for directions if they cannot agree. The appellant agreed to pay costs in any event of the cause on a party and party basis.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: Iqbal Sara, Vancouver.*

auquel il a cotisé. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il n'est pas contesté que l'intimé n'a versé aucune cotisation au STIP ou au LTDP. Notre Cour n'était pas saisie de la question de savoir si les prestations d'invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l'employé a cotisé au régime de prestations d'invalidité.

Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel est modifiée pour que les prestations d'invalidité auxquelles l'intimé avait droit en vertu du STIP et du LTDP au cours de la période de préavis de 20 mois commençant le 23 juillet 1992 soient déduites de la somme de 102 100 \$ accordée au titre des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les calculs sont laissés aux soins des parties, qui pourront demander des directives si elles ne parviennent pas à s'entendre. L'appelante a accepté de payer les dépens sur la base des frais entre parties, quelle que soit l'issue du pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intimé: Iqbal Sara, Vancouver.*

**Raymond Desfossés** *Applicant*

v.

**Warden of Parthenais Prevention  
Center** *Respondent*

and

**Minister of Justice of Canada and the  
United States of America** *Respondents*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. DESFOSSÉS

File Nos.: 25695, 25696, 25763.

Hearing and judgment: April 21, 1997.

Reasons delivered: May 29, 1997.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and  
Major JJ.

MOTIONS FOR EXTENSION OF TIME TO SERVE AND  
FILE NOTICES OF APPEAL

*Criminal law — Appeals — Supreme Court of  
Canada — Jurisdiction — Habeas corpus — Applicant  
ordered extradited and seeking writs of habeas corpus  
by successive applications — First application rejected  
on merits as if writ had been issued — Court of Appeal  
dismissing appeal and leave to appeal to Supreme Court  
of Canada refused — Whether applicant having appeal  
as of right with respect to judgments dismissing appeals  
in subsequent applications — Criminal Code, R.S.C.,  
1985, c. C-46, s. 784(3), (5).*

After the applicant was ordered to be extradited, he sought writs of *habeas corpus* by successive applications. In the first application the parties proceeded as if a writ had been issued and the application was rejected on the merits. The decision was upheld by the Court of Appeal, and leave to appeal to this Court was refused both initially and on a reconsideration. Three subsequent applications for writs of *habeas corpus* were also dismissed, and these decisions were affirmed by the Court of Appeal. The applicant sought extensions of time relating to notices of appeal to this Court filed in respect of the decisions of the Court of Appeal concerning these three applications.

**Raymond Desfossés** *Requérant*

c.

**Directeur du centre de prévention  
Parthenais** *Intimé*

et

**Ministre de la Justice du Canada et les  
États-Unis d'Amérique** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. DESFOSSÉS

N<sup>os</sup> du greffe: 25695, 25696, 25763.

Audition et jugement: 21 avril 1997.

Motifs déposés: 29 mai 1997.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

REQUÊTES EN PROROGATION DE DÉLAI POUR  
SIGNIFICATION ET DÉPÔT DES AVIS D'APPEL

*Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada  
— Compétence — Habeas corpus — L'extradition du  
requérant a été ordonnée et celui-ci a présenté des  
demandes successives de brevets d'habeas corpus — La  
première demande a été rejetée au fond comme si le bref  
avait été délivré — La Cour d'appel a rejeté l'appel et  
la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de  
pourvoi — Le requérant dispose-t-il d'un appel de plein  
droit contre les jugements ayant rejeté les appels des  
demandes subséquentes? — Code criminel, L.R.C.  
(1985), ch. C-46, art. 784(3), (5).*

Après que son extradition a été ordonnée, le requérant a présenté des demandes successives de brevets d'*habeas corpus*. Dans la première demande, les parties ont agi comme si un bref avait été délivré et cette demande a été rejetée au fond. La décision a été confirmée par la Cour d'appel et notre Cour a rejeté l'autorisation de pourvoi tant initialement qu'à l'occasion du réexamen. Trois autres demandes de brevets d'*habeas corpus* ont également été rejetées, et ces décisions ont été confirmées par la Cour d'appel. Le requérant a sollicité des prorogations de délai à l'égard des avis d'appel déposés devant notre Cour relativement aux décisions de la Cour d'appel concernant ces trois demandes.

*Held:* The motions for extension of time to serve and file notices of appeal should be dismissed.

Section 784(3) of the *Criminal Code*, which provides for appeals from a refusal of a writ of *habeas corpus*, does not apply here. Since the applicant has had a hearing on the merits pursuant to a consent procedure which treated the writ as having been issued, the applicable section is s. 784(5) and he has exhausted his appeals. The applicant therefore cannot appeal as of right with respect to any of the judgments which dismissed his appeals in the second, third and fourth applications. As this Court has no jurisdiction to hear appeals as of right, the applications to extend the time to appeal suffer the same fate.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Olson*, [1989] 1 S.C.R. 296.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(3), (5).

MOTIONS for extension of time to serve and file notices of appeal. Motions dismissed.

*Jack Waissman* and *G. Todd Barney*, for the applicant.

*Richard Starck*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — The applicant, who was ordered to be extradited to the United States by order of Ducros J. dated June 19, 1992, brought several motions in relation to appeals and applications for leave to appeal from the alleged refusal of writs of *habeas corpus*. The motions raised an issue as to the jurisdiction of this Court to entertain appeals as of right in respect of the disposition of the applications for *habeas corpus* in the courts below. Accordingly, an oral hearing was ordered. After hearing argument, judgment was rendered disposing of the motions with reasons to follow respect-

*Arrêt:* Les requêtes en prorogation de délai pour signification et dépôt des avis d'appel sont rejetées.

Le paragraphe 784(3) du *Code criminel*, qui permet d'appeler du refus de délivrer un bref d'*habeas corpus*, ne s'applique pas en l'espèce. Comme la demande du requérant a été entendue au fond, conformément à une procédure appliquée du consentement des parties et dans le cadre de laquelle on a considéré que le bref avait été délivré, le par. 784(5) est la disposition applicable et le requérant a épuisé ses appels. Le requérant ne peut donc se pourvoir de plein droit contre aucun des jugements qui ont rejeté ses appels visant respectivement les deuxième, troisième et quatrième demandes. Puisque notre Cour n'a pas compétence pour entendre des appels de plein droit en l'espèce, la demande de prorogation du délai d'appel connaît le même sort.

#### Jurisprudence

**Arrêt mentionné:** *R. c. Olson*, [1989] 1 R.C.S. 296.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(3), (5).

REQUÊTES en prorogation de délai pour signification et dépôt des avis d'appel. Requêtes rejetées.

*Jack Waissman* et *G. Todd Barney*, pour le requérant.

*Richard Starck*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le requérant, dont le juge Ducros a, le 19 juin 1992, ordonné l'extradition aux États-Unis, a déposé plusieurs requêtes relativement à des appels et à des demandes d'autorisation d'appel contre le rejet de demandes de brefs d'*habeas corpus*. Ces requêtes soulevaient la question de la compétence de notre Cour d'entendre des appels de plein droit contre les décisions rendues par les juridictions inférieures à l'égard de demandes de bref d'*habeas corpus*. En conséquence, la tenue d'une audience a été ordonnée. Au terme des plaidoiries, jugement a été rendu

ing the issue of jurisdiction. The following are the reasons relating to this issue.

### The History of the Proceedings

<sup>2</sup> After the applicant was ordered to be extradited by Ducros J., the applicant sought writs of *habeas corpus* by successive applications. He first applied for such a writ before Boilard J. (the first application). The parties proceeded before the court as if a writ had been issued, that is, as if the prisoner had been produced to the court for a hearing on the merits of his application. In rejecting the application, Boilard J. gave reasons on the merits, thus treating the result as if a judgment had been issued on the return of a writ. That is, Boilard J. proceeded as if the writ had initially been issued, but following an unsuccessful hearing, the prisoner was returned to detention. The first application was appealed to the Court of Appeal unsuccessfully (summarized (1993), 21 W.C.B. (2d) 131), and application for leave to appeal was rejected by this Court both initially ([1993] 4 S.C.R. v) and on a reconsideration.

<sup>3</sup> The applicant then filed a further petition for the issuance of a writ of *habeas corpus* before Greenberg J. (the second application). One of the issues argued was whether there were new “grounds” such that s. 784(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, permitted a second application for a writ. Greenberg J. held that, since the parties before Boilard J. in the first application acted as if a writ had been issued, s. 784(5) applied to the first application, not s. 784(3). Greenberg J. held that the petition before him was *res judicata* since all appeals under s. 784(5) were exhausted. Greenberg J. refused the petition to issue a writ of *habeas corpus*. The applicant unsuccessfully appealed to the Court of Appeal and now seeks an appeal as of right to this Court (File No. 25695).

relativement aux requêtes, avec motifs à suivre relativement à la question de la compétence. Les motifs qui suivent portent sur cette question.

### L’historique des procédures

Après que le juge Ducros a ordonné son extradition, le requérant a présenté des demandes successives de brefs d’*habeas corpus*. Sa première demande a été présentée au juge Boilard (la première demande). Devant le tribunal, les parties ont agi comme si un bref avait été délivré, c’est-à-dire comme si le prisonnier avait été amené devant le tribunal pour l’audition au fond de sa demande. Rejetant cette demande, le juge Boilard a exposé des motifs concernant le fond de l’affaire, comme s’il s’agissait d’un jugement délivré au moment du rapport du bref. En d’autres mots, le juge Boilard a entendu la demande comme si un bref avait été délivré, mais le prisonnier n’a pas eu gain de cause à l’audience et a été renvoyé en détention. La Cour d’appel a rejeté l’appel formé contre le rejet de cette première demande (sommaire (1993), 21 W.C.B. (2d) 131), et notre Cour a rejeté la demande d’autorisation de pourvoi tant initialement ([1993] 4 R.C.S. v) qu’à l’occasion du réexamen.

Le requérant a par la suite présenté au juge Greenberg une autre demande de bref d’*habeas corpus* (la deuxième demande). L’une des questions débattues était de savoir s’il existait de nouveaux «motifs», de sorte que cette deuxième demande serait autorisée par le par. 784(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge Greenberg a statué que le par. 784(5), et non le par. 784(3), s’appliquait à la première demande présentée au juge Boilard, puisque les parties avaient alors agi comme si le bref avait été délivré. Le juge Greenberg a conclu qu’il y avait chose jugée à l’égard de la demande dont il était saisi, étant donné que tous les appels prévus au par. 784(5) avaient été épuisés. Il a refusé de faire droit à la demande de bref d’*habeas corpus*. Le requérant a appelé sans succès de cette décision à la Cour d’appel, et il demande maintenant à se pourvoir de plein droit devant notre Cour (N° du greffe 25695).

The applicant filed another petition for the issuance of a writ before Boilard J. (the third application). Boilard J. refused to issue the writ and the applicant's appeal was unsuccessful: (1996), 112 C.C.C. (3d) 376. The applicant seeks an appeal as of right to this Court (File No. 25763).

The applicant filed yet another petition for the issuance of a writ before Côté J. (the fourth application). Côté J. refused to issue the writ, an appeal was unsuccessful, and the applicant seeks an appeal as of right to this Court (File No. 25696).

#### Analysis

The applicant sought extensions of time relating to three notices of appeal filed in respect of the second, third and fourth applications for a writ of *habeas corpus* which were dismissed. These notices of appeal were filed on the theory that the applicant could appeal as of right from decisions of the Court of Appeal which in each case dismissed his appeal. We dismissed the application to extend time on the ground that there were no appeals as of right in these cases.

The statutory foundation for appeals from a refusal of a writ of *habeas corpus* is contained in s. 784 of the *Code*, the relevant provisions of which are as follows:

**784.** . . .

(3) Where an application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* is refused by a judge of a court having jurisdiction therein, no application may again be made on the same grounds, whether to the same or to another court or judge, unless fresh evidence is adduced, but an appeal from that refusal shall lie to the court of appeal, and where on the appeal the application is refused a further appeal shall lie to the Supreme Court of Canada.

(5) Where a judgment is issued on the return of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, an appeal therefrom

4  
Le requérant a présenté une autre demande de bref au juge Boilard (la troisième demande). Ce dernier a rejeté cette demande, et le requérant a été débouté en appel de cette décision: (1996), 112 C.C.C. (3d) 376. Il demande maintenant à se pourvoir de plein droit devant notre Cour (N° du greffe 25763).

5  
Le requérant a ensuite déposé une autre demande de bref au juge Côté (la quatrième demande), qui a refusé de délivrer le bref demandé. Cette décision a été portée sans succès en appel par le requérant, qui cherche maintenant à se pourvoir de plein droit devant notre Cour (N° du greffe 25696).

#### L'analyse

6  
Le requérant a sollicité des prorogations de délai à l'égard des trois avis d'appel déposés relativement aux deuxième, troisième et quatrième demandes de bref d'*habeas corpus* qui ont été refusées. Les avis d'appel ainsi déposés par le requérant reposent sur la thèse qu'il pouvait interjeter appel de plein droit des décisions de la Cour d'appel qui, dans chaque cas, a rejeté son appel. Nous avons rejeté la demande de prorogation de délai sur le fondement qu'il n'existait pas d'appel de plein droit dans ces cas.

7  
L'article 784 du *Code* est le fondement législatif des appels formés à l'encontre du refus de délivrer un bref d'*habeas corpus*. Voici les dispositions pertinentes:

**784.** . . .

(3) Lorsqu'une demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* est refusée par un juge d'un tribunal compétent, aucune demande ne peut être présentée de nouveau pour les mêmes motifs, soit au même tribunal ou au même juge, soit à tout autre tribunal ou juge, à moins qu'une preuve nouvelle ne soit fournie, mais il y a appel de ce refus à la cour d'appel et, si lors de cet appel la demande est refusée, un nouvel appel peut être interjeté à la Cour suprême du Canada.

(5) Lorsqu'un jugement est délivré au moment du rapport d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, il

lies to the court of appeal, and from a judgment of the court of appeal to the Supreme Court of Canada, with the leave of that Court, at the instance of the applicant or the Attorney General of the province concerned or the Attorney General of Canada, but not at the instance of any other party.

8 These provisions were designed to eliminate a longstanding practice which permitted an applicant who had been refused a writ of *habeas corpus* to make successive applications to judges of a superior court. The historic procedure with respect to the writ was a two-stage process. The first stage was the issue of the writ to the jailor or other person alleged to be detaining the applicant demanding the production of the body and the document or documents justifying the detention. Compliance with the demand was the return to the writ. The second stage was a determination on the merits as to the lawfulness of the detention. The practice with respect to successive applications related to the first stage only. This practice was apparently justified on the basis of the importance attached to securing a return to the writ so that the lawfulness of the detention could be adjudicated.

9 Sections 784(3) and (5) embody a compromise. If a writ was refused at the first stage and no hearing was had on the merits, then an appeal as of right lay to the court of appeal, and if the appeal failed the appellant was entitled to an appeal as of right to this Court. In return, the unsuccessful applicant could not make successive applications to other judges once the writ was refused by a judge. This was subject to the proviso with respect to fresh evidence. Under s. 784(3) the applicant could exhaust his or her appeals without securing a hearing on the merits. This will occur if the applicant cannot meet the threshold required for the issue of the writ. The required threshold is that there are "probable and reasonable grounds" for the complaint that the detention is unlawful. See *R. v. Olson*, [1989] 1 S.C.R. 296, at p. 298. Section 784(5) sets out the rights of appeal if the writ is issued and a hearing on the merits has been held.

peut en être interjeté appel à la cour d'appel et il y a appel d'un jugement de ce tribunal à la Cour suprême du Canada, si celle-ci l'autorise, à l'instance du demandeur ou du procureur général de la province en cause ou du procureur général du Canada, mais non à l'instance de quelque autre partie.

Ces dispositions visaient à éliminer une pratique de longue date, qui permettait à un requérant s'étant vu refuser un bref d'*habeas corpus* de présenter des demandes successives à des juges d'une cour supérieure. Historiquement, la demande d'*habeas corpus* était une procédure en deux étapes. Au cours de la première étape, le bref était remis au gardien de prison ou à toute autre personne censée avoir la garde du requérant et intimait l'ordre d'amener le prisonnier et de produire tout document justifiant la détention. Le rapport du bref indiquait qu'on avait obtempéré à cet ordre. À la deuxième étape, on statuait au fond sur la question de la légalité de la détention. La pratique des demandes successives ne s'appliquait qu'à la première étape. Cette pratique était apparemment justifiée en raison de l'importance accordée au fait d'obtenir le rapport du bref pour que la question de la légalité de la détention puisse être tranchée.

Les paragraphes 784(3) et (5) sont l'expression d'un compromis. Lorsque le bref était refusé à la première étape et qu'il n'y avait pas d'audience sur le fond, il existait alors un appel de plein droit à la cour d'appel, et, si cet appel échouait, un nouvel appel pouvait être interjeté de plein droit à notre Cour. En revanche, le requérant débouté ne pouvait présenter de demandes successives à d'autres juges lorsque la délivrance du bref lui était refusée par un juge, sous réserve de l'existence d'une preuve nouvelle. Dans le cadre de l'application du par. 784(3), le requérant pouvait épuiser ses appels sans obtenir que l'affaire soit entendue au fond. Cela se produit si le requérant ne peut satisfaire au critère préliminaire établi pour la délivrance du bref, c'est-à-dire l'existence d'un «motif probable ou raisonnable» étayant la plainte d'illégalité de la détention. Voir *R. c. Olson*, [1989] 1 R.C.S. 296, à la p. 298. Le paragraphe 784(5) établit les droits d'appel dans le cas où il y a eu délivrance du bref et audition de la demande sur le fond. Dans ces cir-

In such circumstances, an appeal to this Court lies only with leave.

The modern practice, especially where the applicant is represented by counsel, is to collapse the two stages into one. The formal issue of the writ and the return are dispensed with and the merits are argued on the basis of the material relevant to the lawfulness of the detention which the parties choose to file. In some jurisdictions, the rules of court provide a mechanism for the collapse of the two stages. In others it is done on consent of the parties. In my opinion, what is important is that where the appropriate grounds exist there be a hearing on the merits with respect to the lawfulness of the detention. The mechanics of obtaining such a hearing are not a matter of substance. See *Olson, supra*, at p. 299.

In the present case, on consent, the first application was heard on the merits. Moreover, an appeal was heard on the merits pursuant to s. 784(5). Pursuant to that provision, the applicant sought leave to appeal. Leave to appeal was refused and an application for reconsideration was also refused. The applicant has, therefore, had his application determined on the merits and has exhausted his appeals. He cannot, therefore, start over again as if the matter were "*tabula rasa*". He cannot be heard to allege that he has been "refused" a writ of *habeas corpus* and that s. 784(3) applies. Since he has had a hearing on the merits pursuant to a consent procedure which treated the writ as having been issued, the applicable section for the purposes of appeal is s. 784(5). The applicant, therefore, cannot appeal as of right with respect to any of the judgments which dismissed his appeals in the second, third and fourth applications. As we have no jurisdiction to hear appeals as of right, the application to extend the time to appeal suffers the same fate.

constances, il ne peut y avoir appel à notre Cour que sur autorisation.

La pratique qui a cours de nos jours, tout particulièrement lorsque le requérant est représenté par avocat, est de réunir ces deux étapes en une seule. En effet, on se dispense de la délivrance formelle du bref et de son rapport, et la demande est débattue au fond à partir des documents relatifs à la légalité de la détention que les parties choisissent de produire. Dans certains ressorts, les règles de pratique établissent un mécanisme permettant de réunir ainsi ces deux étapes, alors que dans d'autres, cela se fait du consentement des parties. À mon avis, ce qui importe c'est que, dans les cas où les motifs appropriés existent, il y ait audition de la demande sur le bien-fondé de la légalité de la détention. Les modalités d'obtention d'une telle audience ne constituent pas une question de fond. Voir *Olson*, précité, à la p. 299.

En l'espèce, la première demande a été entendue au fond et ce du consentement des parties. De plus, un appel a été entendu quant au fond conformément au par. 784(5). Invoquant cette disposition, le requérant a demandé l'autorisation de se pourvoir. Notre Cour a refusé cette demande de même qu'une demande de réexamen. La demande a donc été examinée au fond, et le requérant a épuisé ses appels. En conséquence, il ne peut recommencer à nouveau, et faire «table rase» de ce qui a précédé. Il ne peut prétendre que sa demande de bref d'*habeas corpus* a été «refusée» et que le par. 784(3) s'applique. Comme sa demande a été entendue au fond, conformément à une procédure appliquée du consentement des parties et dans le cadre de laquelle on a considéré que le bref avait été délivré, le par. 784(5) est la disposition applicable en matière d'appel. Le requérant ne peut donc se pourvoir de plein droit contre aucun des jugements qui ont rejeté ses appels visant respectivement les deuxième, troisième et quatrième demandes. Puisque nous n'avons pas compétence pour entendre d'appels de plein droit en l'espèce, la demande de prorogation du délai d'appel connaît le même sort.

10

11

12

The applications to extend the time were, therefore, dismissed along with other applications of the applicant which were heard at the same time.

*Motions for extension of time to serve and file notices of appeal dismissed.*

*Solicitors for the applicant: Waissman Laurin Frigon, Montreal.*

*Solicitor for the respondents: The Attorney General of Canada, Montreal.*

Les demandes de prorogation de délai du requérant ont en conséquence été rejetées, en plus des autres demandes qui ont été présentées par ce dernier et entendues en même temps.

*Les requêtes en prorogation de délai pour signification et dépôt des avis d'appel sont rejetés.*

*Procureurs du requérant: Waissman Laurin Frigon, Montréal.*

*Procureur des intimés: Le procureur général du Canada, Montréal.*

**Brian William Frederick Allender** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALLENDER

File No.: 25179.

1997: June 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Murder — Accused convicted of first degree murder — Court of Appeal judgment upholding conviction affirmed.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 70 B.C.A.C. 241, 115 W.A.C. 241, [1996] B.C.J. No. 224 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

*Richard C. C. Peck, Q.C., and Lawrence Myers, for the appellant.**William B. Smart, Q.C., for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — Substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Peck & Tammen, Vancouver.**Solicitors for the respondent: Smart & Williams, Vancouver.***Brian William Frederick Allender** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ALLENDER

N° du greffe: 25179.

1997: 20 juin.

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

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

*Droit criminel — Meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel maintenant la déclaration de culpabilité.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 70 B.C.A.C. 241, 115 W.A.C. 241, [1996] B.C.J. No. 224 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*Richard C. C. Peck, c.r., et Lawrence Myers, pour l'appellant.**William B. Smart, c.r., pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Le pourvoi est rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.**Procureurs pour l'appellant: Peck & Tammen, Vancouver.**Procureurs de l'intimée: Smart & Williams, Vancouver.*

**Brian Gordon Jack** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACK

File No.: 25505.

1997: June 20.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Jury — Deliberations — Accused convicted of manslaughter — Whether trial judge's exhortation to jury interfered with jury's deliberations — Whether new trial should be ordered.*

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1996), 113 Man. R. (2d) 84, 131 W.A.C. 84, [1996] M.J. No. 456 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of manslaughter. Appeal allowed, Gonthier J. dissenting.

*Richard J. Wolson, Q.C.*, and *Aaron M. London*, for the appellant.

*Richard A. Saull*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE — Applying this Court's decision in *R. v. Sims*, [1992] 2 S.C.R. 858, as did Madam Justice Helper of the Manitoba Court of Appeal in her dissent with which we are in substantial agreement, and also applying our decision in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, the appeal

**Brian Gordon Jack** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JACK

N° du greffe: 25505.

1997: 20 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Jury — Délibérations — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — L'exhortation du juge du procès au jury a-t-elle gêné les délibérations du jury? — Y a-t-il lieu d'ordonner un nouveau procès?*

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1996), 113 Man. R. (2d) 84, 131 W.A.C. 84, [1996] M.J. No. 456 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'homicide involontaire coupable. Pourvoi accueilli, le juge Gonthier est dissident.

*Richard J. Wolson, c.r.*, et *Aaron M. London*, pour l'appellant.

*Richard A. Saull*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Appliquant l'arrêt de notre Cour *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, comme l'a fait Madame le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba, dans son opinion dissidente à laquelle nous souscrivons pour l'essentiel, et appliquant notre arrêt *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, le

is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside, and a new trial is ordered. Mr. Justice Gonthier, dissenting, would dismiss the appeal for the reasons given by the majority of the Court of Appeal of Manitoba, and also applying *R. v. G. (R.M.)*.

The appellant has asked for a stay of proceedings given the numerous trials and appeals the accused has been subjected to. Since the Court of Appeal of Manitoba gave reasons, with which we are in full agreement, that they would have entered a stay had the majority allowed the appeal, a stay is therefore entered.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Richard A. Saull, Winnipeg.*

pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et un nouveau procès est ordonné. Le juge Gonthier, dissident, rejeterais le pourvoi pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel du Manitoba, en appliquant également l'arrêt *R. c. G. (R.M.)*.

L'appelant a demandé l'arrêt des procédures vu les nombreux procès et appels dont il a fait l'objet. Étant donné que la Cour d'appel du Manitoba a exposés des motifs, auxquels nous souscrivons entièrement et pour lesquels elle aurait ordonné l'arrêt des procédures si les juges majoritaires avaient accueilli l'appel, l'arrêt des procédures est donc ordonné.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Richard A. Saull, Winnipeg.*

**Hickman Motors Limited** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: HICKMAN MOTORS LTD. v. CANADA

File No.: 24994.

1996: October 30; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Income tax — Deductions — Capital cost allowance — Assets of subsidiary company transferred to parent company on winding-up at year's end — Parent company holding assets and receiving revenue from them for five days — Assets then transferred to new company — Whether s. 88 winding-up provisions deeming flow through acquisition by parent company at capital cost creating rights for parent — Whether parent company can deduct capital cost allowance for assets transferred from subsidiary — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1), 88 — Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 1102(1), (14).*

Hickman Motors Ltd., a company in the car-sales business, acquired all the assets of its subsidiary, Hickman Equipment Ltd. pursuant to the voluntary liquidation and winding-up of Hickman Equipment in late 1984. Among these assets were certain items of depreciable property used in the subsidiary's heavy equipment leasing business. Hickman Motors owned the assets from December 28, 1984 to January 2, 1985. On January 2, 1985, it sold the assets to a related corporation, Hickman Equipment (1985) Ltd. In its 1984 tax return, Hickman Motors claimed the applicable capital cost allowance in respect of these heavy equipment assets. The Minister of National Revenue disallowed the claim on the ground that the assets had not been acquired by Hickman Motors for the purpose of producing income.

At issue are: (1) whether s. 88 of the *Income Tax Act* creates any rights for the appellant and, if so, what those rights are, and (2) whether the capital cost of the property acquired in the winding-up of a subsidiary is appli-

**Hickman Motors Limited** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HICKMAN MOTORS LTD. c. CANADA

N° du greffe: 24994.

1996: 30 octobre; 1997: 26 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Impôt sur le revenu — Déductions — Déduction pour amortissement — Actif de filiale transféré à la société mère lors d'une liquidation en fin d'année — Actif possédé par la société mère qui en tire un revenu pendant cinq jours — Actif alors transféré à une nouvelle société — Les dispositions de l'art. 88 relatives à la liquidation réputées opérer une acquisition par transfert vers la société mère au coût en capital créent-elles des droits en faveur de la société mère? — La société mère peut-elle faire une déduction pour amortissement relativement aux biens transférés de la filiale? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1), 88 — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1102(1), (14).*

Hickman Motors Ltd., une société exploitant une entreprise de vente d'automobiles, a acquis tout l'actif de sa filiale, Hickman Equipment Ltd., par suite de la liquidation volontaire d'Hickman Equipment à la fin de 1984. L'actif comportait certains biens amortissables utilisés dans l'entreprise de location de machinerie lourde. Hickman Motors a été propriétaire de l'actif du 28 décembre 1984 au 2 janvier 1985. Le 2 janvier 1985, elle a vendu l'actif à une société liée, Hickman Equipment (1985) Ltd. Dans sa déclaration de revenu pour 1984, Hickman Motors a demandé la déduction pour amortissement applicable à la machinerie lourde. Le ministre du Revenu national a refusé cette déduction pour le motif qu'Hickman Motors n'avait pas acquis l'actif aux fins de produire un revenu.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) L'article 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* crée-t-il des droits en faveur de l'appelante, et, le cas échéant, quels sont-ils? (2) Le coût en capital des biens acquis lors de la

cable to the income from the parent's business, within the meaning of s. 20(1)(a).

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

*Per La Forest, McLachlin and Major JJ.:* To deduct the capital cost allowance at issue, the appellant first must have had a business source of income to which the assets related (s. 20(1) of the *Income Tax Act*). The appellant, since it carried on the business of leasing equipment, possessed the necessary business source of income to claim capital cost allowance. It was unnecessary to enter into the "sub-source" issue.

The assets for which the capital cost allowance was claimed must be acquired for the purpose of producing income, so as to avoid the exclusion relating to assets for a non-income producing purpose, such as pleasure or personal needs, established by Regulation 1102(1). Here, the appellant was deemed to have acquired the assets for the purpose of gaining or producing income under Regulation 1102(14), which states that where property is acquired as the result of the winding-up of a Canadian corporation under s. 88(1) of the Act, and the property immediately before it was so acquired was property of a prescribed class, the property shall be deemed to be the property of that same prescribed class. Since the property was depreciable property in the hands of Hickman Equipment just prior to the winding-up, it is deemed to be acquired by the appellant as depreciable property — i.e., for the purpose of gaining or producing income. So long as the appellant did not commence to use the property for some purpose other than the production of income (s. 13(7)(a)), the property remained eligible for a capital cost allowance deduction. There was no evidence that this occurred. The fact that the assets produced revenue establishes that they continued to be used for the purpose of producing income, avoiding the effect of s. 13(7)(a) and the exclusion under Regulation 1102(c). The fact that the revenue was small or earned over a short period of time does not take it out of this category.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* Section 88(1) does not create any right for the parent company to claim a CCA deduction for property acquired from its subsidiary. That right is to be found in s. 20 of the Act. Where a parent acquires depreciable property from a subsidiary as a result of a wind-up pursuant to s. 88(1), the deductibility of CCA is not automatic: the parent must satisfy the requirements of s. 20(1)(a), that is, the property must be

liquidation d'une filiale est-il applicable au revenu d'entreprise de la société mère, au sens de l'al. 20(1)a)?

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

*Les juges La Forest, McLachlin et Major:* Pour bénéficier de la déduction pour amortissement en cause, l'appelante doit d'abord avoir eu une source de revenu tiré d'une entreprise à laquelle se rapporte l'actif (par. 20(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*). Étant donné qu'elle a exploité l'entreprise de location de machinerie, l'appelante possédait une source de revenu tiré d'une entreprise permettant de réclamer une déduction pour amortissement. Il était inutile d'examiner la question des «sous-sources».

L'actif à l'égard duquel la déduction pour amortissement a été réclamée doit avoir été acquis aux fins de produire un revenu, de façon à éviter l'exclusion établie au par. 1102(1) du Règlement touchant les éléments d'actif non générateurs de revenus, par exemple, le loisir ou les besoins personnels. En l'espèce, l'appelante est réputée avoir acquis l'actif aux fins de gagner ou de produire un revenu au sens du par. 1102(14) du Règlement, qui dispose que, lorsqu'un bien est acquis par suite de la liquidation d'une société canadienne à laquelle s'applique le par. 88(1) de la Loi, et que le bien, immédiatement avant son acquisition, était un bien d'une catégorie prescrite, le bien est réputé être un bien de la même catégorie prescrite. Puisqu'il était un bien amortissable en la possession d'Hickman Equipment immédiatement avant la liquidation, le bien est réputé avoir été acquis par l'appelante à titre de bien amortissable — c.-à-d. aux fins de gagner ou de produire un revenu. Pour peu que l'appelante n'ait pas commencé à l'utiliser à une autre fin que la production d'un revenu (al. 13(7)a)), le bien demeure admissible à une déduction pour amortissement. Rien ne prouve que cela se soit produit. Le fait que l'actif ait produit un revenu établit qu'il a continué d'être utilisé aux fins de produire un revenu, ce qui lui évite l'effet de l'al. 13(7)a) et l'exclusion visée à l'al. 1102(1)c) du Règlement. Le fait que le revenu ait été minime ou gagné sur une courte période ne retire pas l'actif de cette catégorie.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* Le paragraphe 88(1) ne crée aucun droit pour la société mère de demander une DPA pour les biens acquis de sa filiale. Ce droit trouve son fondement dans l'art. 20 de la Loi. Lorsque, par suite d'une liquidation effectuée en application du par. 88(1), une société mère acquiert d'une filiale un bien amortissable, la DPA n'est pas automatique: la société mère doit respecter les exigences de l'al.

held by the parent for the purpose of producing income from the parent's business.

"Income from a business" includes "income from an undertaking of any kind whatever except an office or employment", as distinguished from another source which would be excluded from the s. 248(1) definition. Here, the income is corporate, so the presumption that income is sourced from business applies. No evidence rebutting this presumption was before the courts. The issue of "income from property" does not arise in this case.

Where two or more business sources exist, the relevant business source must be identified and the income from each individual source computed separately. The appellant adduced clear, uncontradicted evidence that from December 29, 1984, to January 2, 1985, only one integrated business of sales, servicing, leasing and rental of cars and trucks, and of construction, forestry and rock-drilling equipment existed. It complied with the definition of "business" in s. 248(1).

The evidence, viewed as a whole, shows that the appellant has discharged its burden of proving that it did in fact actively carry on the equipment-related business. Both courts below drew improper inferences from the established facts, asked the wrong questions and incorrectly applied the law. An appeal court can accordingly look at the facts as they appear on the record and assess them through the appropriate law.

If an item of property produces income, then its purpose is indeed to produce income. The test is as follows. Does the property produce income? In the affirmative, the deduction is allowable. Where the property does not produce income, was it acquired for the purpose of producing income? This is determined by an objective evaluation of the specific facts and circumstances of each case in relation to appropriate jurisprudence, having regard to whether the taxpayer acted in accordance with reasonably acceptable principles of commerce and business practices. In the affirmative, the deduction is allowable. In the negative, the deduction is not allowable.

The appellant adduced clear, uncontradicted evidence that the property produced revenue. The CCA deduction was allowable because the requirements of Regulation 1102(1)(c) were met. Therefore it was not necessary to conduct the second part of the test dealing with the objective purpose.

20(1)a), c'est-à-dire qu'elle doit détenir le bien pour qu'il produise un revenu tiré de son entreprise.

Un «revenu tiré d'une entreprise» comprend un «revenu tiré d'une activité de quelque genre que ce soit sauf une charge ou un emploi», par opposition au revenu d'une autre source qui serait exclu de la définition du par. 248(1). En l'espèce, il s'agit du revenu d'une société et il faut présumer que ce revenu est tiré d'une entreprise. Aucune preuve réfutant cette présomption n'a été déposée devant les tribunaux. La question du «revenu tiré d'un bien» ne se présente pas en l'espèce.

Dans les cas où le revenu est tiré d'au moins deux sources de revenu tiré d'une entreprise, il faut identifier la source pertinente et, selon le cas, calculer séparément le revenu en provenance de chaque source. L'appelante a produit une preuve claire et non contestée que, du 29 décembre 1984 au 2 janvier 1985, une entreprise unique intégrée de vente, de service et de location de voitures et de camions, ainsi que d'engins de chantier, de matériel sylvicole et de matériel de forage existait au sens de la définition du terme «entreprise» au par. 248(1).

La preuve dans son ensemble démontre que l'appelante s'est acquittée du fardeau qu'elle avait de prouver qu'elle exploitait activement une entreprise de machinerie. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont fait des déductions inappropriées à partir des faits établis, se sont posés les mauvaises questions et ont incorrectement appliqué les règles de droit. Par conséquent, une cour d'appel peut examiner les faits au dossier et les évaluer en fonction du droit applicable.

Si une entreprise possède un bien qui produit un revenu, alors elle a l'intention de produire effectivement un revenu. Le critère est le suivant: Le bien produit-il un revenu? Dans l'affirmative, la déduction peut être autorisée. Si le bien ne produit pas de revenu, a-t-il été acquis aux fins de produire un revenu? Cette détermination se fait par une évaluation objective des faits et circonstances propres à chaque affaire en fonction de la jurisprudence applicable et de la question de savoir si le contribuable a agi conformément à des principes d'affaires et des pratiques commerciales raisonnablement acceptables. Dans l'affirmative, la déduction est autorisée. Dans la négative, elle ne l'est pas.

L'appelante a déposé une preuve claire et non contestée que les biens ont produit un revenu. La DPA pouvait être accordée parce que les conditions de l'al. 1102(1)c) du Règlement ont été remplies. Par conséquent, il n'était pas nécessaire de recourir à la seconde partie du critère se rapportant aux fins objectives.

The test for determining the purpose of producing income is not similar to the test for determining the question of whether a business has a reasonable expectation of profit. They differ in terms of their general thrust. The "reasonable expectation of profit" test is principally directed at differentiating between a business and a personal pursuit such as a hobby, etc., whereas the "purpose of producing income" test presupposes a business and is directed at determining whether an asset is appropriately used in the business. The "reasonable expectation of profit" criteria cannot be mechanically transferred into the "purpose of producing income" requirement in Regulation 1102(1)(c) for CCA purposes.

Under Regulation 1102(1)(c), the property does not have to produce revenue during a specified minimum period: where revenue is produced, it is sufficient that it be produced during a time period of any duration.

Whether the income produced by an item of property is material or immaterial, in relation to the taxpayer's other income, is irrelevant to the application of Regulation 1102(1)(c). Under Regulation 1102(1)(c), where the revenue produced by an item of property is immaterial in relation to the overall business income, the taxpayer is not required to show this specific item of property separately in the financial statements. The appellant's cost/benefit decision with respect to materiality was not unreasonable. Since the Act does not require that revenue be shown in financial statements, and absent any issue of credibility, the evidence adduced by the appellant was sufficient.

If the revenue is unreasonably low in relation to the value of the revenue-generating property, the property is deemed not to produce income, and the second part of the "purpose of producing income" test, dealing with the objective purpose, is to be applied. The revenue produced by Equipment's property was not unreasonably low in relation to that property's value.

The appellant's initial onus of proof is met where a *prima facie* case is made out. The onus shifts to the Minister to rebut the *prima facie* case made out by the taxpayer and to prove the assumptions. The appellant adduced clear, unchallenged and uncontradicted evidence. The respondent adduced no evidence whatsoever. Where the onus has shifted to the Minister and the

Le critère applicable pour déterminer si les biens ont été acquis aux fins de produire un revenu n'est pas semblable au critère applicable à la question de savoir si une entreprise a une expectative raisonnable de profit. Ces deux critères diffèrent en ce qui concerne leur orientation générale. Le critère de l'«expectative raisonnable de profit» sert principalement à différencier une entreprise d'une activité personnelle comme un hobby, etc., tandis que le critère dit «aux fins de produire un revenu» présume l'existence d'une entreprise et sert à déterminer si un bien est utilisé de façon appropriée dans l'entreprise. On ne peut injecter de façon mécanique le critère de l'«expectative raisonnable de profit» dans l'exigence des «fins de produire un revenu» prévue à l'al. 1102(1)c) du Règlement pour ce qui est de la DPA.

En vertu de l'al. 1102(1)c) du Règlement, il n'est pas nécessaire que le bien produise un revenu au cours d'une période minimale prescrite: lorsqu'il y a un revenu, il suffit qu'il soit produit au cours d'une période, de quelle durée soit-elle.

La question de savoir si le revenu produit par un bien est important ou peu important par rapport aux autres revenus du contribuable est sans pertinence relativement à l'application de l'al. 1102(1)c) du Règlement. En vertu de cet alinéa lorsque le revenu produit par un bien est peu important par rapport à l'ensemble du revenu de l'entreprise, le contribuable n'est pas obligé de faire mention séparément de ce bien particulier dans les états financiers. La décision de l'appelante relativement à l'importance relative pour ce qui est du rapport coûts-avantages n'était pas déraisonnable. La Loi n'exige pas que le revenu soit montré dans les états financiers et, aucun doute quant à la crédibilité n'ayant été soulevé, la preuve produite par l'appelante était suffisante.

Lorsque le revenu est déraisonnablement bas par rapport à la valeur du bien générateur de revenu, il est alors réputé ne pas produire un revenu, et la seconde partie du critère dit «aux fins de produire un revenu», qui traite des fins objectives, s'applique. Le revenu produit par les biens d'Equipment n'était pas déraisonnablement bas par rapport à la valeur de ces biens.

L'appelante s'acquitte de sa charge initiale de preuve lorsqu'elle présente au moins une preuve *prima facie*. Le fardeau de la preuve passe au ministre qui doit réfuter la preuve *prima facie* faite par le contribuable et prouver les présomptions. L'appelante a produit une preuve claire et non contredite, alors que l'intimée n'a produit absolument aucune preuve. Lorsque le fardeau

Minister has adduced no evidence whatsoever, the taxpayer is entitled to succeed.

*Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. (dissenting):* The capital cost allowance claimed was not applicable to a business source of income as required by s. 20(1).

Section 88(1) creates no right in a taxpayer to claim capital cost allowance. In the event of a transfer of property between related corporations, s. 88(1) permits a "flow-through" of both the property's cost amount and its undepreciated capital cost. While s. 88(1) does fix the undepreciated capital cost of the property at a certain level, nothing in the section gives the parent corporation the right to depreciate the property further. Section 88(1) in and of itself creates no rights to a tax deduction. Any right to claim capital cost allowance must be based in s. 20(1).

The relevant business source therefore must be identified and the capital cost shown to be wholly applicable to it. The taxpayer must compute income or loss separately from each individual business. On this point, the Act is clear. The capital cost allowance must be shown to be generally applicable to a particular business and not just to "business", generally speaking.

Here, the appellant's car and truck business was one potential business source. The existence of another business, the heavy equipment leasing business, was disputed by the Crown. The trial judge found that the appellant did not continue to operate the business previously run by Equipment. The Federal Court of Appeal reinforced this finding. Thus, the courts below made concurrent findings of fact which should not be interfered with absent palpable error or fundamental error of law. Not only did the trial judge commit no such palpable error, his finding on this point is strongly supported by the evidence.

First, there is no evidence that the appellant ever received any income from the assets. Second, even if the appellant did receive such income, that income cannot be characterized as income from business. Unless the taxpayer actually uses the asset as part of a process that combines labour and capital, any income earned therefrom does not qualify as income from a business, but rather falls into the category of income from property. Here, the appellant did nothing at all with the Equip-

est passé au ministre et que celui-ci ne produit absolument aucune preuve, le contribuable est fondé à obtenir gain de cause.

*Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci (dissidents):* La déduction pour amortissement demandée ne se rapporte pas, comme l'exige le par. 20(1), à une source de revenu tiré d'une entreprise.

Le paragraphe 88(1) ne crée pas au profit d'un contribuable un droit à la déduction pour amortissement. Dans le cas d'un transfert de biens entre sociétés liées, le par. 88(1) permet un «transfert» à la fois du coût indiqué des biens et de la fraction non amortie de leur coût en capital. Bien que le par. 88(1) fixe la fraction non amortie du coût en capital du bien à un certain niveau, il n'accorde à la société mère aucun autre droit d'amortir le bien. Le paragraphe 88(1) en lui-même ne crée aucun droit à une déduction fiscale. Tout droit à une déduction pour amortissement doit prendre sa source dans le par. 20(1).

Il faut identifier la source pertinente du revenu tiré de l'entreprise et établir que la déduction pour amortissement se rapporte entièrement à cette source. Le contribuable doit calculer séparément son revenu ou sa perte provenant de chaque entreprise. La Loi est claire sur ce point. Il faut établir que la déduction pour amortissement se rapporte à une entreprise précise et non pas seulement à une «entreprise» au sens général du terme.

En l'espèce, l'entreprise d'automobiles et de camions de l'appelante était une source possible de revenu tiré d'une entreprise. L'existence d'une autre entreprise, l'entreprise de location de machinerie lourde, était contestée par le ministère public. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'a pas continué à exploiter l'entreprise dirigée auparavant par Equipment. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Les cours d'instance inférieure ont donc tiré des conclusions de fait concordantes qui ne devraient pas être modifiées en l'absence d'erreur manifeste ou d'erreur de droit fondamentale. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et, de plus, a fondé sa conclusion sur une preuve solide.

Tout d'abord, rien dans la preuve n'indique que l'appelante a tiré un revenu de cet actif. Deuxièmement, même si l'appelante en avait tiré un revenu il ne se serait pas agi d'un revenu tiré d'une entreprise. Sauf si le contribuable utilise réellement l'actif comme une partie d'un ensemble qui regroupe travail et capital, un revenu tiré de cet actif ne constitue pas un revenu tiré d'une entreprise, mais se classe plutôt dans la catégorie des revenus tirés d'un bien. En l'espèce, l'appelante n'a

ment assets. It simply assumed ownership of the property and, allegedly, passively received income from the outstanding leases. Therefore, with regard to the alleged heavy equipment leasing business, the evidence does not establish that the appellant engaged in the kind of economic activity which constitutes a business for the purposes of the *Income Tax Act*.

The evidence also does not show that the appellant used the heavy equipment assets in its automobile business. Accordingly, it cannot deduct capital cost allowance in respect of those assets from the income earned from its car and truck dealership.

Section 88(1) does not create any right to claim capital cost allowance. Rather, it displaces the normal rules applying to the disposition of property turning the transfer from subsidiary to parent into a tax-free transaction. It does not fix the character of the transferred property immutably or the nature of the income produced by that property. The nature of the income produced from the property may change following a s. 88(1) rollover. The transferred property may produce income from business in the hands of the subsidiary and income from property in the hands of the parent.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *Clapham v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012; *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. v. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153; *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

By L'Heureux-Dubé J.

**Distinguished:** *R. v. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *Lessard v. Paquin*, [1975] 1 S.C.R. 665; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Canadian Marconi v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 522; *Smith v. Anderson* (1879), 15 Ch. D. 247; *Carland (Niagara) Ltd. v. M.N.R.*, 64 D.T.C. 139; *Attridge v. The Queen*, 91 D.T.C. 5161; *Bay Centre Apartments Ltd. v. M.N.R.*, 81 D.T.C. 489; *Gloucester Railway Carriage and Wagon Co. v. Comrs. Inland Revenue* (1923), 129 L.T. 691, aff'd (1924), 40 T.L.R. 435; *Anderson Logging Co. v.*

rien fait avec l'actif d'Equipment. Elle est tout simplement devenue propriétaire du bien et, allègue-t-on, elle a passivement reçu les revenus générés par les contrats de location encore en vigueur. Par conséquent, en ce qui concerne la prétendue entreprise de location de machinerie lourde, la preuve n'établit pas que l'appelante a exercé le genre d'activité économique qui constitue une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La preuve n'indique pas non plus que l'appelante a utilisé la machinerie lourde comme concessionnaire d'automobiles. Par conséquent, elle ne peut faire de déduction pour amortissement relativement à cet actif contre son revenu de concessionnaire d'automobiles et de camions.

Le paragraphe 88(1) ne crée aucun droit à une déduction pour amortissement. Il a plutôt pour effet de déplacer les règles normalement applicables à l'aliénation de biens en transformant le transfert d'une filiale à une société mère en une opération libre d'impôt. Il ne fixe pas de façon immuable le caractère des biens transférés, non plus qu'il ne fixe la nature du revenu produit par ces biens. La nature du revenu produit par les biens peut changer à la suite d'un transfert libre d'impôt effectué en vertu du par. 88(1). Il est possible que les biens transférés produisent un revenu tiré d'une entreprise lorsqu'ils sont en la possession d'une filiale et un revenu tiré d'un bien lorsqu'ils sont en la possession de la société mère.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *Clapham c. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012; *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. c. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153; *Inland Revenue Commissioners c. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Distinction faite d'avec l'arrêt:** *R. c. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés:** *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *Lessard c. Paquin*, [1975] 1 R.C.S. 665; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Canadian Marconi c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 522; *Smith c. Anderson*, [1879] 15 Ch. D. 247; *Carland (Niagara) Ltd. c. M.N.R.*, 64 D.T.C. 139; *Attridge c. La Reine*, 91 D.T.C. 5161; *Bay Centre Apartments Ltd. c. M.N.R.*, 81 D.T.C. 489; *Gloucester Railway Carriage and Wagon Co. c. Comrs. Inland Revenue* (1923), 129 L.T. 691, conf. par (1924), 40 T.L.R. 435; *Anderson*

*The King*, [1925] S.C.R. 45; *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. v. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153; *Royal Trust Co. v. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055; *Ghali v. Canada (Minister of Transport)*, [1996] F.C.J. No. 1404 (QL); *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004; *Bellingham v. Canada*, [1996] 1 F.C. 613; *Canada v. McLaren*, [1991] 1 F.C. 468; *The Queen v. Vancouver Art Metal Works Ltd.*, 93 D.T.C. 5116; *Docherty v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 537; *Vander Nurseries Inc. v. The Queen*, 95 D.T.C. 91; *Mountwest Steel Ltd. v. The Queen* (1994), 2 G.T.C. 1087; *Uphill Holdings Ltd. v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 148; *M.N.R. v. Wardean Drilling Ltd.*, 69 D.T.C. 5194; *M.N.R. v. Société Coopérative Agricole de la Vallée d'Yamaska*, 57 D.T.C. 1078; *Weinberger v. M.N.R.*, 64 D.T.C. 5060; *Naka v. The Queen*, 95 D.T.C. 407; *Page v. The Queen*, 95 D.T.C. 373; *Clapham v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012; *Dobieco Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 95; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Pallan v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1102; *Bayridge Estates Ltd. v. M.N.R.*, 59 D.T.C. 1098; *Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] S.C.R. 486; *Kennedy v. M.N.R.*, 73 D.T.C. 5359; *First Fund Genesis Corp. v. The Queen*, 90 D.T.C. 6337; *Kamin v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 62; *Goodwin v. M.N.R.*, 82 D.T.C. 1679; *MacIsaac v. M.N.R.*, 74 D.T.C. 6380; *Zink v. M.N.R.*, 87 D.T.C. 652; *Magilb Development Corp. v. The Queen*, 87 D.T.C. 5012; *Waxstein v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1348; *Roselawn Investments Ltd. v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1271; *Gelber v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1030.

By Iacobucci J. (dissenting)

*Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *C.B.A. Engineering Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 504; *Poulin v. The Queen*, 94 D.T.C. 1674; *Vincent v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 117; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727.

#### Statutes and Regulations Cited

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3(a), 4(1)(a), 9(1), 13(7)(a), 18(1)(a), (b), (h), 20(1)(a), 31, 85(5.1) [ad. S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 50(2)] (a) [ad. *idem*], (e) [ad. *idem*], 88(1) [rep. & sub. S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 48(1)], (a)(iii) [rep. & sub. S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 52], (c) [rep. & sub. S.C. 1977-78, c. 1, s. 43(3)], (e), (1.1) [rep. & sub. S.C. 1984, c. 1, s. 39(4)], (e) [ad. *idem*], 172(2), 248(1) [am. S.C. 1984, c. 1, s. 104(1)].  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 107(1), 1100(1)(a)(xvi), 1102(1)(c), (14).

*Logging Co. c. The King*, [1925] R.C.S. 45; *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. c. M.R.N.*, 71 D.T.C. 5153; *Royal Trust Co. c. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055; *Ghali c. Canada (Ministre des transports)*, [1996] A.C.F. n° 1404 (QL); *Mark Resources Inc. c. La Reine*, 93 D.T.C. 1004; *Bellingham c. Canada*, [1996] 1 C.F. 613; *Canada c. McLaren*, [1991] 1 C.F. 468; *La Reine c. Vancouver Art Metal Works Ltd.*, 93 D.T.C. 5116; *Docherty c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 537; *Vander Nurseries Inc. c. La Reine*, 95 D.T.C. 91; *Mountwest Steel Ltd. c. La Reine* (1994), 2 G.T.C. 1087; *Uphill Holdings Ltd. c. M.R.N.*, 93 D.T.C. 148; *M.N.R. c. Wardean Drilling Ltd.*, 69 D.T.C. 5194; *M.N.R. c. Société Coopérative Agricole de la Vallée d'Yamaska*, 57 D.T.C. 1078; *Weinberger c. M.N.R.*, 64 D.T.C. 5060; *Naka c. La Reine*, 95 D.T.C. 407; *Page c. La Reine*, 95 D.T.C. 373; *Clapham c. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012; *Dobieco Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 95; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Pallan c. M.R.N.*, 90 D.T.C. 1102; *Bayridge Estates Ltd. c. M.N.R.*, 59 D.T.C. 1098; *Johnston c. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.S. 486; *Kennedy c. M.R.N.*, 73 D.T.C. 5359; *First Fund Genesis Corp. c. La Reine*, 90 D.T.C. 6337; *Kamin c. M.R.N.*, 93 D.T.C. 62; *Goodwin c. M.R.N.*, 82 D.T.C. 1679; *MacIsaac c. M.R.N.*, 74 D.T.C. 6380; *Zink c. M.R.N.*, 87 D.T.C. 652; *Magilb Development Corp. c. La Reine*, 87 D.T.C. 5012; *Waxstein c. M.R.N.*, 80 D.T.C. 1348; *Roselawn Investments Ltd. c. M.R.N.*, 80 D.T.C. 1271; *Gelber c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1030.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

*Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *C.B.A. Engineering Ltd. c. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 504; *Poulin c. La Reine*, 94 D.T.C. 1667; *Vincent c. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C. de l'É. 117; *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727.

#### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a), 4(1)a), 9(1), 13(7)a), 18(1)a), b), h), 20(1)a), 31, 85(5.1) [aj. S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 50(2)], a) [aj. *idem*], e) [aj. *idem*], 88(1) [abr. & rempl. S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48(1)], a)(iii) [abr. & rempl. S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 52], c) [abr. & rempl. S.C. 1977-78, ch. 1, art. 43(3)], e), (1.1) [abr. & rempl. L.C. 1984, ch. 1, art. 39(4)], (e) [ad. *idem*], 172(2), 248(1) [mod. S.C. 1984, ch. 1, art. 104(1)].  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 1100(1)a)(xvi), 1102(1)c), (14).

## Authors Cited

- Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Beechy, Thomas H. *Canadian Advanced Financial Accounting*, 2nd ed. Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1990.
- Bennion, F. A. R. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.
- Canada. Department of Finance. *A Corporate Loss Transfer System for Canada*. Michael Wilson, Budget Papers, Budget Speech, May 1985. Ottawa: Department of Finance, 1985.
- Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook*, vol. 1. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1969 (loose-leaf).
- Chasteen, Lanny G., et al. *Intermediate Accounting*, 1st Canadian ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1992.
- Couzin, Robert. "Current Tax Provisions Relating to Deductibility and Transfer of Losses", in *Policy Options for the Treatment of Tax Losses in Canada*. Toronto: Clarkson Gordon Foundation, 1991, p. 3:3.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Durnford, John. "The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying On Business" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1131.
- Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough: Carswell, 1995.
- Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough: Carswell, 1995.
- Owen, John R. "The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?" (1996), 44 *Can. Tax J.* 979.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1995), 95 D.T.C. 5575, [1995] 2 C.T.C. 320, 185 N.R. 231, dismissing an appeal from a judgment of Joyal J., [1993] 1 F.C. 622, (1993), 59 F.T.R. 139, 93 D.T.C. 5040, [1993] 1 C.T.C. 36, dismissing an appeal of tax assessments. Appeal allowed, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

James R. Chalker, for the appellant.

## Doctrine citée

- Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Beechy, Thomas H. *Canadian Advanced Financial Accounting*, 2nd ed. Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1990.
- Bennion, F. A. R. *Statutory Interpretation: A Code*, 2nd ed. London: Butterworths, 1992.
- Canada. Ministère des Finances. *Un système de transfert de pertes intersociété au Canada*. Michael Wilson, Documents budgétaires, Discours du budget, mai 1985. Ottawa: Ministère des Finances, 1985.
- Chasteen, Lanny G., et al. *Intermediate Accounting*, 1st Canadian ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1992.
- Couzin, Robert. «Current Tax Provisions Relating to Deductibility and Transfer of Losses», in *Policy Options for the Treatment of Tax Losses in Canada*. Toronto: Clarkson Gordon Foundation, 1991, p. 3:3.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Durnford, John. «The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying On Business» (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1131.
- Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough: Carswell, 1995.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA*, vol. 1. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1969 (feuilles mobiles).
- Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Scarborough: Carswell, 1995.
- Owen, John R. «The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?» (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1995), 95 D.T.C. 5575, [1995] 2 C.T.C. 320, 185 N.R. 231, qui a rejeté l'appel formé contre la décision du juge Joyal, [1993] 1 C.F. 622, (1993), 59 F.T.R. 139, 93 D.T.C. 5040, [1993] 1 C.T.C. 36, qui avait rejeté un appel interjeté contre des cotisations fiscales. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka, Cory et Iacobucci sont dissidents.

James R. Chalker, pour l'appelante.

*Roger Taylor and André LeBlanc*, for the respondent.

The judgment of La Forest, McLachlin and Major JJ. was delivered by

*Roger Taylor et André LeBlanc*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, McLachlin et Major rendu par

1 MCLACHLIN J. — While I concur in the general approach and the conclusion of Justice L'Heureux-Dubé, I prefer to decide the appeal on somewhat narrower grounds.

LE JUGE MCLACHLIN — Bien que je souscrive à la démarche générale et à la conclusion du juge L'Heureux-Dubé, je préfère trancher le pourvoi sur un fondement un peu plus étroit.

2 In order to deduct the capital cost allowance at issue, (1) Hickman Motors Ltd. must have had a business source of income to which the assets related (s. 20(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63); and (2) the assets must have been acquired for the purpose of producing income (*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, Regulation 1102(1)(c)).

Pour bénéficiaire de la déduction pour amortissement en cause, (1) Hickman Motors Ltd. doit avoir eu une source de revenu tiré d'une entreprise à laquelle se rapporte l'actif (par. 20(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63), et (2) l'actif doit avoir été acquis aux fins de produire un revenu (*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, al. 1102(1)c)).

3 On the first question, I agree with L'Heureux-Dubé J. that the evidence establishes that Hickman Motors Ltd. carried on the business of leasing equipment and hence possessed a business source of income related to the assets for which capital cost allowance was claimed. This established, it is unnecessary to enter on the "sub-source" issue.

Pour ce qui est de la première question, tout comme le juge L'Heureux-Dubé, je suis d'avis que la preuve établit qu'Hickman Motors Ltd. a exploité l'entreprise de location de machinerie et, ainsi, possédait une source de revenu tiré d'une entreprise se rapportant à l'actif à l'égard duquel la déduction pour amortissement a été réclamée. Cela étant établi, il est inutile d'examiner la question des «sous-sources».

4 The second question is whether the assets for which the capital cost allowance was claimed were acquired for the purpose of producing income, so as to avoid the exclusion established by Regulation 1102(1). The exclusion is aimed at ensuring that the asset for which the deduction is claimed is an asset associated with income production as distinguished from an asset acquired for a non-income producing purpose, such as pleasure or personal needs.

La seconde question est de savoir si l'actif à l'égard duquel a été réclamée la déduction pour amortissement a été acquis aux fins de produire un revenu, de façon à éviter l'exclusion établie au par. 1102(1) du Règlement. L'exclusion vise à s'assurer que l'élément d'actif à l'égard duquel est réclamée la déduction est relié à la production d'un revenu, par opposition à un élément d'actif acquis à des fins non génératrices de revenu, par exemple, le loisir ou les besoins personnels.

5 In this case, Hickman Motors Ltd. is deemed to have acquired the assets for the purpose of gaining or producing income under Regulation 1102(14), which states that where property is acquired as the result of the winding-up of a Canadian corporation under s. 88(1) of the Act, and the property, immediately before it was so acquired, was property of a prescribed class, the property shall be deemed to

En l'espèce, Hickman Motors Ltd. est réputée avoir acquis l'actif aux fins de gagner ou de produire un revenu au sens du par. 1102(14) du Règlement, qui dispose que, lorsqu'un bien est acquis par suite de la liquidation d'une société canadienne à laquelle s'applique le par. 88(1) de la Loi, et que le bien, immédiatement avant son acquisition, était un bien d'une catégorie prescrite, le bien est réputé

be the property of that same prescribed class. Since the property was depreciable property in the hands of Hickman Equipment just prior to the winding-up, it is deemed to be acquired by Hickman Motors Ltd. as depreciable property — i.e., for the purpose of gaining or producing income.

So long as Hickman Motors Ltd. did not commence to use the property for some purpose other than the production of income (s. 13(7)(a)), the property remains eligible for a capital cost allowance deduction. There is no evidence that this occurred.

The fact that the assets produced revenue, as the reasons of L'Heureux-Dubé J. demonstrate, establishes that they continued to be used for the purpose of producing income, avoiding the effect of s. 13(7)(a) and the exclusion under Regulation 1102(1)(c). The fact that the revenue was small or earned over a short period of time does not take them out of this category. We need not decide whether a different result might flow if the evidence viewed as a whole showed that the assets possessed a non-revenue function: see *Clapham v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012 (T.A.B.); *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. v. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153 (Ex. Ct.). Nor is the case of assets held for such a short period of time that the revenue produced was too small to calculate (e.g., the case of the instantaneous or same day rollover) before us. Here the assets served only one function, to produce income. That Hickman Motors may have intended to retransfer the assets to Hickman Equipment (1985) Ltd. is of no moment. The evidence admits of only one conclusion: that the assets were business assets associated with the production of income.

The fact that the directors of the taxpayer may have intended to obtain a tax saving by acquiring the asset is irrelevant. It is a fundamental principle of tax law that “[e]very man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be”: *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19, *per*

être un bien de la même catégorie prescrite. Puisqu’il était un bien amortissable en la possession d’Hickman Equipment immédiatement avant la liquidation, le bien est réputé avoir été acquis par Hickman Motors Ltd. à titre de bien amortissable — c.-à-d. aux fins de gagner ou de produire un revenu.

Pour peu qu’Hickman Motors Ltd. n’ait pas commencé à l’utiliser à une autre fin que la production d’un revenu (al. 13(7)a)), le bien demeure admissible à une déduction pour amortissement. Rien ne prouve que cela se soit produit.

Le fait que l’actif ait produit un revenu, comme le démontrent les motifs du juge L’Heureux-Dubé, établit qu’il a continué d’être utilisé aux fins de produire un revenu, ce qui lui évite l’effet de l’al. 13(7)a) et l’exclusion visée à l’al. 1102(1)c) du Règlement. Le fait que le revenu ait été minime ou gagné sur une courte période ne retire pas l’actif de cette catégorie. Nous n’avons pas à décider si le résultat pourrait être différent dans le cas où la preuve, considérée dans son ensemble, montrerait que l’actif avait une fonction non génératrice de revenu: voir *Clapham c. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012 (C.R.I.); *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. c. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153 (C. de l’É.). Nous ne sommes pas saisis non plus de la situation où un actif a été détenu pendant une période si brève que le revenu produit était trop minime pour qu’on puisse le calculer (p. ex., un roulement instantané ou opéré la même journée). L’actif en l’espèce n’a eu qu’une seule fonction, produire un revenu. Qu’Hickman Motors ait pu avoir l’intention de le transférer par la suite à Hickman Equipment (1985) Ltd. n’a aucune importance. La preuve ne permet qu’une seule conclusion: il s’agissait d’éléments d’actif d’une entreprise reliés à la production d’un revenu.

Le fait que les administrateurs de la contribuable aient pu vouloir obtenir une économie d’impôt en se portant acquéreur de l’actif n’est pas pertinent. C’est un principe fondamental de droit fiscal que [TRADUCTION] «[t]out homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement»: *Inland*

6

7

8

Lord Tomlin. As Wilson J. put it in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540, “[a] transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose”.

### Conclusion

9 I would allow the appeal and allow the claimed deduction, with costs throughout to the appellant.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

#### I. Introduction

10 This appeal involves a fact-driven technical question of income taxation. The narrow issue is whether the appellant can claim Capital Cost Allowance (CCA) from a specific business it operated for a period of five days. This depends upon proper application of the “purpose of . . . producing income” requirement set out in s. 1102(1)(c) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, read together with the phrases “from a business or property” and “applicable to that source” in s. 20(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (*ITA*), in the factual context of this appeal. In my opinion, the CCA deduction is allowable.

#### II. Background

##### A. *Factual Context*

11 The appellant Hickman Motors Ltd. (Hickman Motors) is a General Motors automobile and truck distributor in St. John's, Newfoundland. It is a member of a group of associated companies held by Hickman Holdings Ltd. (Hickman Holdings), which is controlled by brothers Albert Hickman and Howard Hickman. In 1980, Hickman Holdings

*Revenue Commissioners c. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à la p. 19, lord Tomlin. Comme l'a dit le juge Wilson dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 540, «[u]ne opération peut être valide sans être un trompe-l'œil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal».

### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'autoriser la déduction réclamée, avec dépens à l'appelante dans toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

#### I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une question technique axée sur les faits en matière d'impôt sur le revenu. La question précise est de savoir si l'appelante peut obtenir une déduction pour amortissement (DPA) relativement à une entreprise donnée qu'elle a exploitée pendant cinq jours. La réponse à cette question dépend de l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression «aux fins [. . .] de produire un revenu» utilisée à l'al. 1102(1)c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, lue conjointement avec les expressions «d'une entreprise ou d'un bien» et «qui se rapportent [. . .] à cette source de revenus» du par. 20(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (*LIR*), compte tenu du contexte factuel du présent pourvoi. À mon avis, la DPA peut être allouée.

#### II. Historique

##### A. *Le contexte factuel*

L'appelante Hickman Motors Ltd. (Hickman Motors) est concessionnaire d'automobiles et de camions General Motors à St. John's (Terre-Neuve). Elle est membre d'un groupe de sociétés associées détenu par Hickman Holdings Ltd. (Hickman Holdings), contrôlé par les frères Albert et Howard Hickman. En 1980, Hickman Holdings

owned A. E. Hickman Ltd. (AEH). AEH, at that point, was itself acting as a holding company: it held the shares of Hickman Motors, Atlanta Insurance Ltd., Verdun Sales Ltd. and Hickman Equipment Ltd. (Equipment). AEH also had a number of operating divisions in different business areas, operating out of Cornerbrook, Fortune and Grand Falls, Newfoundland. Equipment was in the business of construction equipment. It had four franchises: John Deere for construction equipment such as backhoes and bulldozers, Tree Farmer for forestry equipment, Ingersoll-Rand for rock-drilling equipment and P&H Ltd. for crane operations. At one point in the mid-1970s, Equipment operated as a division of AEH, rather than as a separate corporation set up as a subsidiary of AEH.

The Hickman name is well-known in Newfoundland. The business started in 1905, and until now the Hickmans have been proud to have honoured their commitments and met all their responsibilities to other people. Beginning in the early 1980s, the Hickman Group began to experience dramatic change, serious financial losses, and difficulties with its creditors and its bankers. The consolidated financial statements of AEH showed a profit, but the non-consolidated ones showed significant losses. Equipment lost \$1.8 million in 1981, and \$122,000 in 1984. These losses were described by the appellant's witness as "pretty significant operating losses . . . frightening losses" that had the potential of making Equipment go bankrupt.

The Group strived to ensure that this bankruptcy would not occur because it would have had a spill-over effect on Hickman Motors and AEH. As a condition for the operating line of credit for Equipment, the Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC) had guarantees from most of the Group's subsidiary companies. In the event of Equipment's going bankrupt, the income streams of all the companies in the Group would have been impacted

était propriétaire d'A. E. Hickman Ltd. (AEH). À l'époque, AEH était elle-même une société de portefeuille: elle détenait les actions d'Hickman Motors, d'Atlanta Insurance Ltd., de Verdun Sales Ltd. et d'Hickman Equipment Ltd. (Equipment). Elle avait un bon nombre de divisions d'exploitation dans différents secteurs commerciaux et des places d'affaires à Cornerbrook, Fortune et Grand Falls (Terre-Neuve). Equipment exploitait une entreprise d'engins de construction. Elle avait quatre concessions: John Deere pour les engins de chantier tels que chargeuses-pelleteuses et bulldozers, Tree Farmer pour le matériel sylvicole, Ingersoll-Rand pour le matériel de forage et P&H Ltd. pour les travaux nécessitant l'utilisation d'une grue. À un moment donné, au milieu des années 1970, Equipment fonctionnait comme une division d'AEH, plutôt que comme une société distincte constituée en filiale d'AEH.

Le nom des Hickman est bien connu à Terre-Neuve. L'entreprise a débuté en 1905 et, depuis cette époque, les Hickman sont très fiers du fait qu'ils ont toujours honoré leurs engagements et assumé leurs responsabilités envers le public. À compter du début des années 1980, le groupe Hickman a commencé à subir des changements dramatiques et de sérieuses pertes financières et à éprouver des difficultés avec ses créanciers et ses banquiers. Les états financiers consolidés d'AEH indiquaient un profit, mais les états non consolidés indiquaient des pertes importantes. En 1981, Equipment a montré une perte de 1,8 million de dollars et, en 1984, de 122 000 \$. Le témoin de l'appelante a décrit ces pertes comme [TRADUCTION] «des pertes d'exploitation assez importantes [. . .] des pertes effarantes» risquant de causer la faillite d'Equipment.

Le groupe s'est efforcé d'éviter cette faillite parce qu'elle aurait eu des répercussions sur Hickman Motors et sur AEH. Comme condition de l'octroi d'une marge de crédit d'exploitation à Equipment, la Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC) détenait des garanties de la plupart des sociétés filiales du groupe. Au cas de faillite d'Equipment, les revenus de toutes les sociétés du groupe auraient été affectés parce que tant

12

13

because both Hickman Motors and AEH could have been called to honour the bank guarantees. Also, John Deere required the guarantee of AEH as a condition of Equipment's having the John Deere franchise. There would have been a tremendous loss of customer confidence in the business of Hickman Motors as the Hickman name was involved in three of the businesses. In 1982-83, it was decided to remove both Hickman Motors and Equipment as subsidiaries of AEH, thus allowing it to focus on its building supply operation.

14 On November 30, 1984, the Hickman Group's auditing firm presented a "package proposal" to get financing from CIBC. This involved a corporate reorganization which occurred as follows. On December 14, 1984, the appellant Hickman Motors acquired all the shares of Equipment. On December 28, 1984, Equipment was voluntarily liquidated and wound up into its parent Hickman Motors. Its assets, including non-capital losses in the amount of \$876,859 and depreciable property with an undepreciated capital cost of \$5,196,422, became the property of the appellant. On January 2, 1985, those same assets, net of the liabilities of Equipment, were sold to the appellant's newly created and wholly owned subsidiary, Hickman Equipment (1985) Ltd. (Equipment 85). In its 1984 tax return, the appellant claimed a capital cost allowance of \$2,029,942 in respect of the assets it had received from Equipment on the winding-up, which was disallowed by the Minister of National Revenue.

#### B. Issues

15 The only issues to be resolved are the following:

1. Does s. 88 *ITA* create any rights for the appellant; if so, what are they?
2. Is the capital cost of the assets acquired in the winding-up applicable to the income from the appellant's business, within the meaning of s. 20(1)(a) *ITA*?

Hickman Motors qu'AEH pouvaient être appelées à honorer les garanties envers la banque. De plus, John Deere exigeait une garantie d'AEH comme condition de l'octroi d'une concession à Equipment. Il en aurait résulté une énorme perte de confiance dans la clientèle d'Hickman Motors en raison de l'association du nom des Hickman à trois des entreprises. En 1982 et 1983, on a décidé de retirer Hickman Motors et Equipment comme filiales d'AEH, permettant ainsi à AEH d'axer ses activités sur le domaine des matériaux de construction.

Le 30 novembre 1984, la firme de vérification comptable du groupe Hickman a présenté une «proposition globale» visant à obtenir du financement de la CIBC. Il s'en est suivi une réorganisation qui s'est effectuée de la façon suivante. Le 14 décembre 1984, l'appelante Hickman Motors a acquis toutes les actions d'Equipment. Le 28 décembre 1984, Equipment a été liquidée volontairement et fusionnée à la société mère, Hickman Motors. Son actif, y compris les pertes autres qu'en capital d'un montant de 876 859 \$ et des biens amortissables, dont la fraction non amortie du coût en capital se chiffrait à 5 196 422 \$, est devenu la propriété de l'appelante. Le 2 janvier 1985, ce même actif, net du passif d'Equipment, a été vendu à Hickman Equipment (1985) Ltd. (Equipment 85), filiale nouvellement créée et détenue en propriété exclusive par l'appelante. Dans sa déclaration d'impôt sur le revenu pour 1984, l'appelante a demandé une déduction pour amortissement de 2 029 942 \$ à l'égard de l'actif reçu d'Equipment au moment de sa liquidation; le ministre du Revenu national a rejeté cette demande.

#### B. Les questions en litige

Les seules questions en litige sont les suivantes:

1. L'article 88 *LIR* crée-t-il des droits en faveur de l'appelante, et, le cas échéant, quels sont-ils?
2. Le coût en capital des biens acquis lors de la liquidation est-il applicable au revenu tiré de l'entreprise de l'appelante, au sens de l'al. 20(1)a) *LIR*?

By consent the parties withdrew all the other issues that were raised in the courts below.

### C. Judgments Appealed From

As regards the s. 88 issue, both the Trial Division, [1993] 1 F.C. 622, and the Federal Court of Appeal, 95 D.T.C. 5575, held that, in themselves, the s. 88 provisions do not create a right to deduct CCA.

As regards the s. 20 issue, both judgments focused on the taxpayer's "intention to earn income" from the equipment-related items of property. The Trial Division found, at p. 633, that the appellant never intended to carry on the business of a heavy equipment dealer:

... it is difficult to see how the assets ... were used in the business of the plaintiff to produce income. ... The mere fact that these assets were available for leasing does not ... affect the real purpose of the acquisition. I should find that the short turnover period of some four days is a pretty clear indication that there was neither an intention nor, for practical purposes, any more than a notional attempt to earn income from the assets acquired on the winding-up. [Emphasis added.]

The Federal Court of Appeal, at p. 5579, substantially applied the "reasonable expectation of profit" test set forth by this Court in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, and inferred that,

[w]hile I would not wish to be taken as suggesting that there is any temporal requirement to a taxpayer's holding of property for the purposes of earning income, the fact that this taxpayer held the property here in issue only over the period of a long holiday week-end is surely indicative of the fact that it had no intention of actually earning income from the property. [Emphasis added.]

I will deal in greater detail with specific parts of these judgments in the appropriate sections *infra*.

De consentement, les parties ont retiré toutes les autres questions soulevées devant les tribunaux dont appel.

### C. Les jugements

En ce qui concerne l'art. 88, la Section de première instance, [1993] 1 C.F. 622, et la Cour d'appel fédérale, 95 D.T.C. 5575, ont toutes deux statué que cet article ne créait pas, en soi, un droit à la DPA.

En ce qui concerne l'art. 20, les deux cours ont mis l'accent sur «l'intention [du contribuable] de gagner un revenu» des biens liés à la machinerie. La Section de première instance a statué, à la p. 633, que l'appelante n'avait jamais eu l'intention d'exploiter l'entreprise de concessionnaire de machinerie lourde:

... il est difficile de voir comment l'actif d'une franchise [...] ait pu être utilisé dans l'entreprise de la demanderesse pour produire un revenu. [...] Le simple fait que cet actif pût être donné en location à bail n'a pas d'incidence [...] sur le véritable objet de l'acquisition. À mon sens, la rapidité avec laquelle l'actif a été revendu, soit environ quatre jours après son acquisition, indique assez clairement que la demanderesse n'avait pas l'intention de gagner un revenu de l'actif acquis à la suite de la liquidation et qu'elle n'avait fait aucune démarche en ce sens. [Je souligne.]

La Cour d'appel fédérale, à la p. 5579, a essentiellement appliqué le test de l'«expectative raisonnable de profit» formulé par notre Cour dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, et a fait la déduction suivante:

Je ne voudrais certes pas laisser entendre qu'il existe une exigence concernant le délai minimum pendant lequel un contribuable doit détenir des biens aux fins de produire un revenu, mais le fait qu'en l'espèce la contribuable a conservé les biens en litige uniquement pendant un long week-end de congé dénote certainement qu'elle n'avait pas l'intention véritable de tirer un revenu de ces biens. [Je souligne.]

J'examinerai plus en détail des extraits spécifiques de ces jugements dans les sections appropriées ci-dessous.

16

17

18

D. *Positions of the Parties Before This Court*

19 The appellant claims that the scheme of the *ITA* as a whole should apply in the case of related groups to permit the transfer of accumulated pools of undeducted expenses, loss carry overs, or tax credits: Michael Wilson, *A Corporate Loss Transfer System for Canada*, Department of Finance Budget Papers, Budget Speech, Canada, May 1985, at p. 3:

In the Canadian corporate income tax system, each corporation is taxed as a separate entity. This can lead to situations in which one corporation in a commonly-owned group has tax losses or unused deductions or tax credits while other corporations in the group face tax liabilities. If the businesses within the separate corporations were instead operated as divisions within a single corporation, the unused losses, deductions or credits from one line of business could generally be used to reduce the amount of corporate tax payable on income from another.

The corporate tax system in the United States provides for tax consolidation. The United Kingdom has a system of loss transfers. Many other countries also have systems to provide for the transfer of losses, deductions or tax credits. [Emphasis added.]

20 One of the reasons why Canada has not been able to achieve a more liberal system of corporate group taxation is the two-tier federal-provincial income tax system: Robert Couzin, "Current Tax Provisions Relating to Deductibility and Transfer of Losses", in *Policy Options for the Treatment of Tax Losses in Canada* (1991), p. 3:3, at p. 3:12.

21 According to the respondent, the party who should be taking CCA is Equipment 85, not the appellant Hickman Motors. In the respondent's opinion, the interposition for a few days of Hickman Motors in the transfer of the assets from Equipment to Equipment 85 should not make any

D. *Les positions des parties devant notre Cour*

L'appelante soutient que le régime de la *LIR*, pris dans son ensemble, devrait s'appliquer dans le cas de groupes liés, de manière à permettre le transfert de sommes accumulées à titre de dépenses non déduites, de reports de pertes et de crédits d'impôt: Michael Wilson, *Un système de transfert de pertes intersociété au Canada*, Documents budgétaires du ministère des Finances, Discours du budget, Canada, mai 1985, aux pp. 5 et 6:

Aux fins du régime canadien de l'impôt sur le revenu des sociétés, chaque corporation est imposée comme entité distincte. Il peut donc y avoir des situations où une société membre d'un groupe en propriété commune dispose de pertes fiscales ou de deductions et crédits fiscaux inutilisés alors que d'autres sociétés du même groupe ont un impôt à payer. Si les entreprises au sein des sociétés distinctes fonctionnaient comme des divisions à l'intérieur d'une seule et même société, les pertes, deductions ou crédits inutilisés d'un secteur d'activité pourraient généralement être utilisés pour réduire le montant de l'impôt que doit payer une société sur le revenu d'un autre secteur d'activité.

Aux États-Unis, le régime de l'impôt sur les sociétés prévoit la consolidation fiscale. Pour sa part, le Royaume-Uni possède un système de transfert des pertes fiscales. De nombreux autres pays disposent également de systèmes prévoyant le transfert des pertes, des deductions ou des crédits fiscaux. [Je souligne.]

Une des raisons pour lesquelles le Canada n'a pas pu établir un régime fiscal plus libéral à l'égard des groupements de sociétés est l'existence du régime à deux paliers, fédéral et provincial, d'impôt sur le revenu: Robert Couzin, «Current Tax Provisions Relating to Deductibility and Transfer of Losses», dans *Policy Options for the Treatment of Tax Losses in Canada* (1991), p. 3:3, à la p. 3:12.

Selon l'intimée, la partie qui devrait bénéficier de la DPA est Equipment 85, et non l'appelante Hickman Motors. À son avis, l'interposition, pendant quelques jours, d'Hickman Motors dans le transfert des éléments d'actif d'Equipment à Equipment 85 ne devrait faire aucune différence, et

difference, and the CCA deductions could be taken by Equipment 85 in subsequent years. However, during the oral hearing before us, counsel for the respondent conceded that it is always possible that the deduction might end up being lost forever.

The respondent relies quite heavily on the findings and inferences of fact made by the trial judge, and confirmed by the Court of Appeal. The respondent argues that the courts below made no palpable and overriding error in their findings. That deference argument was strongly emphasized both in the respondent's brief and in argument before us. It is quite clear that the respondent advocates a formalistic application of the principle of appellate deference to trial-level findings of fact. Accordingly, before addressing the substantive legal issues, it is necessary to review this principle briefly.

### III. Trial-Level Findings of Fact

Counsel for the appellant pointed out in oral argument that some of the trial-level factual findings were wrong. The uncontradicted evidence shows that Hickman Motors held the assets during five days, not four days as found by the trial judge at p. 633. Also, counsel pointed out that Hickman Motors' leasing revenue was not 1.9%, as the trial judge found, but \$1.9 million, which in reality makes 2.5% of the total revenue. It is noteworthy that in addition to these factual errors, the trial judge stated at least four times during the hearing that he was "overwhelmed" or "confused", which is quite understandable given the complexity of the case. I consider that the appellant is right about the above errors, although they do not affect the substance of the decision. Except for these errors, I wish to emphasize that I take the facts as found by the trial judge, and confirmed by the Court of Appeal, as they appear in the record. However, we

Equipment 85 pourrait se prévaloir des DPA pendant les années subséquentes. Cependant, au cours de l'audition devant nous, l'avocat de l'intimée a admis qu'il est toujours possible que la déduction puisse finalement être perdue à jamais.

L'intimée s'appuie en bonne partie sur les conclusions et déductions de fait tirées par le juge de première instance et confirmées par la Cour d'appel. Elle allègue que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant leurs conclusions. Elle a insisté sur l'argument de retenue judiciaire tant dans son mémoire que dans son argumentation devant nous. Il est tout à fait clair que l'intimée préconise une application formaliste du principe de la retenue dont les tribunaux d'appel doivent faire preuve à l'égard des conclusions de fait tirées par les tribunaux de première instance. Par conséquent, avant d'étudier les questions juridiques de fond, il est nécessaire d'examiner brièvement ce principe.

### III. Les conclusions de fait tirées en première instance

Le procureur de l'appelante a signalé dans sa plaidoirie que certaines des conclusions de fait tirées en première instance étaient erronées. En effet, la preuve non contredite démontre qu'Hickman Motors a détenu les éléments d'actif pendant cinq jours, et non quatre comme l'a conclu le juge de première instance (à la p. 633). Il a également signalé que le revenu qu'Hickman Motors a tiré de la location n'était pas 1,9 pour 100 comme l'a conclu le juge de première instance, mais 1,9 million de dollars, ce qui représente en réalité 2,5 pour 100 du revenu total. Il y a lieu de noter que, outre ces erreurs de fait, le juge de première instance a dit au moins quatre fois au cours de l'audience qu'il était [TRADUCTION] «dépassé» ou [TRADUCTION] «embrouillé», ce qui est fort compréhensible vu la complexité de l'affaire. J'estime que l'appelante a raison relativement aux erreurs que je viens de mentionner; elles ne vont toutefois pas au cœur de la décision. Sauf en ce qui concerne ces erreurs, je tiens à souligner que j'accepte les faits tels que constatés par le juge de première instance et confirmés par la Cour d'appel et tels

22

23

ought to look at those facts through the prism of the appropriate law.

24 A reviewable error of law exists where there has been a mistake of law, such as addressing the wrong question, applying the wrong principle, failing to apply or incorrectly applying a legal principle, or drawing an improper inference from established facts. In the case at bar, both courts below drew improper inferences from the established facts, asked the wrong questions and incorrectly applied the law.

25 It is to be noted at the outset that in the present case, the credibility or reliability of witnesses is not an issue. There was only one witness for the appellant and the respondent called no witnesses. Neither the Trial Division nor the Court of Appeal raised any issue of credibility. Where credibility is not in question, an appeal court is in as good a position to evaluate the evidence as the trial judge: *Lessard v. Paquin*, [1975] 1 S.C.R. 665, at pp. 673-75. Accordingly, in my view, our Court is in as good a position as the Trial Division to evaluate the evidence in the record, should the need arise.

26 The following statement by Roger P. Kerans, a Justice of the Alberta Court of Appeal, aptly describes the appropriate relief in the present case (*Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 203):

Often, the error of the first tribunal was about a question of law. In that case, its findings of fact remain undisturbed. Usually, the reviewing court will, in such a case, refuse to order a new trial. It will instead vary the conclusion, or affirm the conclusion, after applying the correct view of the law to the facts found by the first tribunal. [Emphasis added.]

27 While accepting the findings of fact (after correcting the errors), if the courts below have misapplied the law to the facts, it is open to an appeal court to examine the “proper inferences to be drawn from the evidence”, by looking at the facts as they appear on the record and assessing them through the prism of the appropriate law, which is what I will now turn to.

qu’ils figurent au dossier. Cependant, ces faits doivent être examinés en fonction du droit applicable.

Il y a erreur de droit donnant lieu à révision lorsque, par exemple, on s’est posé la mauvaise question, on a appliqué le mauvais principe, omis d’appliquer ou mal appliqué un principe juridique ou fait une déduction erronée à partir des faits établis. En l’espèce, les deux tribunaux d’instance inférieure ont, à mon avis, fait des déductions inappropriées à partir des faits établis, se sont posés les mauvaises questions et ont incorrectement appliqué les règles de droit.

Il y a lieu de signaler, dès le départ, que la crédibilité ou la fiabilité des témoins n’est pas ici en jeu. L’appelante n’a cité qu’un seul témoin, et l’intimée, aucun. Ni le juge de première instance ni la Cour d’appel n’ont soulevé de question de crédibilité. Lorsque la crédibilité n’est pas mise en doute, une cour d’appel est aussi bien placée que le juge de première instance pour apprécier la preuve: *Lessard c. Paquin*, [1975] 1 R.C.S. 665, aux pp. 673 à 675. Par conséquent, à mon avis, notre Cour est aussi bien placée que le juge de première instance pour apprécier la preuve, si besoin est.

L’affirmation suivante de Roger P. Kerans, juge de la Cour d’appel de l’Alberta, décrit bien la réparation qui convient en l’espèce (*Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), à la p. 203):

[TRADUCTION] Souvent, l’erreur commise par le tribunal de première instance porte sur une question de droit. Dans ce cas, ses conclusions de fait demeurent inchangées. Habituellement, le tribunal d’appel refusera alors d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Il modifiera plutôt la conclusion, ou la confirmera, après avoir appliqué la bonne règle de droit aux faits constatés par le premier tribunal. [Je souligne.]

Tout en acceptant les conclusions de fait (après correction des erreurs), lorsque les tribunaux d’instance inférieure ont mal appliqué les règles de droit aux faits, une cour d’appel peut examiner les «déductions qu’il convient de faire à partir de la preuve», en examinant les faits au dossier et en les évaluant en fonction du droit applicable, ce que je ferai maintenant.

IV. Analysis1. *Section 88*

The provision at issue here reads as follows:

**88.** (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "subsidiary") has been wound up after May 6, 1974 and not less than 90% of the issued shares of each class of the capital stock of the subsidiary were, immediately before the winding-up, owned by another taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the "parent") and all of the shares of the subsidiary that were not owned by the parent immediately before the winding-up were owned at that time by persons with whom the parent was dealing at arm's length, notwithstanding any other provision of this Act, the following rules apply:

(a) subject to paragraph (a.1), each property of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

. . .

(iii) in the case of any other property, the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

. . .

(c) the cost to the parent of each property of the subsidiary distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to be the amount deemed by paragraph (a) to be the proceeds of disposition of the property. . .

Hugessen J.A., speaking for the Federal Court of Appeal, came to the conclusion, at pp. 5577-78, that this provision creates no rights to any deductions at all:

While I am prepared, in general terms, to agree with the appellant's characterization of the purpose and intent of subsection 88(1), I cannot agree that it gives rise to the results contended for. In and of itself, the subsection creates no rights to any deductions at all.

. . .

I conclude, accordingly, that section 88 does not create for the appellant an independent right to claim capital cost allowance on the property which it acquired on

IV. Analyse1. *L'article 88*

Cette disposition se lit ainsi:

**88.** (1) Lorsqu'une corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «filiale») a été liquidée après le 6 mai 1974 et qu'au moins 90% des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartenaient, immédiatement avant la liquidation, à une autre corporation canadienne imposable (appelée dans le présent paragraphe la «corporation mère») et que toutes les actions de la filiale qui n'appartenaient pas à la corporation mère immédiatement avant la liquidation appartenaient à cette date à des personnes avec lesquelles la corporation mère n'avait pas de lien de dépendance, les règles suivantes s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions de la présente loi:

a) sous réserve de l'alinéa a.1), tout bien de la filiale attribué à la corporation mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale à un prix égal,

. . .

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation, dans le cas de tout autre bien;

. . .

c) le prix, pour la corporation mère, de chaque bien de la filiale, qui lui a été attribué lors de la liquidation, est réputé être le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a), le produit de la disposition du bien. . .

Le juge Hugessen, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, est arrivé à la conclusion, aux pp. 5577 et 5578, que cette disposition ne crée aucun droit à une déduction quelconque:

Bien que je sois disposé, de façon générale, à donner raison à l'appelante en ce qui a trait à l'objet du paragraphe 88(1), je ne peux accepter que cette interprétation donne les résultats faisant l'objet des débats. En lui-même, ce paragraphe ne crée aucun droit à une déduction quelconque.

. . .

Par conséquent, je conclus que l'article 88 ne crée pas au profit de l'appelante un droit indépendant à la déduction pour amortissement relativement aux biens qu'elle

the winding-up of its subsidiary "Equipment". Such a claim can only succeed if the appellant can demonstrate that it otherwise meets the requirements of the Act and Regulations.

30 I agree with this analysis of s. 88(1). The relevant parts of s. 88(1)(a)(iii) are the following:

88. (1) ...

(a) ... property ... shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to,

(iii) ... the cost amount to the subsidiary. . . . [Emphasis added.]

31 The cost amount is defined in s. 248(1):

248. (1) ...

"cost amount" to a taxpayer of any property at any time means. . . .

(a) where the property was depreciable property of the taxpayer of a prescribed class, that proportion of the undepreciated capital cost. . . . [Emphasis added.]

32 Section 88(1)(a)(iii) provides that the property disposed of by a subsidiary on winding-up is deemed to have been disposed of for proceeds equal to its undepreciated capital cost (UCC). This implies that there can be neither a recapture, nor a terminal loss, as far as the subsidiary is concerned. As far as the parent company is concerned, the relevant parts of s. 88(1)(c) are the following:

88. (1) ...

(c) the cost to the parent . . . shall be deemed to be the amount deemed by paragraph (a). . . .

33 The property acquired from the subsidiary by the parent on winding-up is deemed to have been acquired at a cost equal to the above-stated amount, as determined pursuant to s. 88(1)(a)(iii), that is, the UCC. In other words, the whole transaction is deemed to have occurred at the UCC rather than some other value such as, for example, the laid-down acquisition cost or the fair market value.

a acquis lors de la liquidation de sa filiale «Equipment». Une telle prétention ne peut être acceptée que si l'appellante peut établir qu'elle respecte par ailleurs les exigences énoncées dans la *Loi* et le *Règlement*.

Je suis d'accord avec cette analyse du par. 88(1). Les extraits pertinents du sous-al. 88(1)(a)(iii) sont les suivants:

88. (1) ...

a) ... bien [...] est réputé avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale à un prix égal,

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale . . . [Je souligne.]

Le coût indiqué est défini au par. 248(1):

248. (1) ...

«coût indiqué», pour un contribuable, de tout bien à une date quelconque signifie . . .

a) lorsque le bien était un bien amortissable du contribuable, d'une catégorie prescrite, la partie de la fraction non amortie du coût en capital . . . [Je souligne.]

Le sous-alinéa 88(1)(a)(iii) prévoit que le bien ayant fait l'objet d'une disposition par une filiale lors d'une liquidation est réputé avoir fait l'objet d'une disposition à un prix égal à la valeur de la fraction non amortie du coût en capital (FNACC). Cela signifie qu'il ne peut y avoir ni récupération ni perte finale pour la filiale. Quant à la société mère, les extraits pertinents de l'al. 88(1)(c) sont les suivants:

88. (1) ...

c) le prix, pour la corporation mère [...] est réputé être le montant réputé être, en vertu de l'alinéa a) . . .

Le bien acquis de la filiale par la société mère lors de la liquidation est réputé avoir été acquis au prix indiqué ci-dessus, déterminé par application du sous-al. 88(1)(a)(iii), c'est-à-dire, la FNACC. En d'autres termes, toute l'opération est réputée avoir été conclue au montant de la FNACC, plutôt qu'à un autre prix tel que, par exemple, le coût du bien installé ou la juste valeur marchande.

It is appropriate to distinguish the instant case from *R. v. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 161. In so far as its interrelation with the present case is concerned, in my opinion *Mara* stands for the following proposition: upon winding-up, a subsidiary automatically distributes its assets to its parent pursuant to s. 88(1), and those assets should be grouped with the parent's assets of the same character. Here, Equipment's assets were distributed to the appellant and should be grouped with the parent's assets of the same character. But that is not the issue here. The issue here is this: once the winding-up is done and the assets are distributed, what happens afterwards? Can the parent claim CCA on those assets? This issue is outside the scope of both *Mara* and s. 88 itself.

In my opinion, and I agree with both the trial judge and the Court of Appeal in this respect, s. 88(1) does not create any right for the parent company, in this case the appellant Hickman Motors, to claim a CCA deduction for property acquired from the subsidiary Hickman Equipment. If there is such a right, it is to be found in s. 20 *ITA*, which I will now discuss.

## 2. Section 20

Section 20(1)(a) and the Regulations must be read in conjunction, as is clearly stated in the provision:

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. . . . [Emphasis added.]

Il y a lieu de distinguer le présent pourvoi de l'arrêt *R. c. Mara Properties Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 161. Pour ce qui est de son application à la présente affaire, je suis d'avis que l'arrêt *Mara* soutient la proposition suivante: au moment d'une liquidation, une filiale attribue automatiquement son actif à sa société mère conformément au par. 88(1), et cet actif doit être regroupé avec celui de la société mère appartenant à la même catégorie. En l'espèce, l'actif d'Equipment a été attribué à l'appelante et devrait être regroupé avec les éléments de son actif qui appartiennent à la même catégorie. Mais ce n'est pas la question en litige ici. La question en litige est la suivante: une fois la liquidation effectuée et les éléments d'actif attribués, que se passe-t-il? La société mère peut-elle demander la DPA à l'égard de ces éléments d'actif? Cette question déborde le cadre tant de l'arrêt *Mara* que de l'art. 88 lui-même.

À mon avis, et à cet égard je suis d'accord tant avec le juge de première instance qu'avec la Cour d'appel, le par. 88(1) ne crée aucun droit pour la société mère, en l'espèce l'appelante Hickman Motors, de demander une DPA pour les biens acquis de la filiale Hickman Equipment. Si ce droit existe, il trouve son fondement dans l'art. 20 *LIR*, que je vais maintenant examiner.

## 2. L'article 20

L'alinéa 20(1)a) et le Règlement doivent être interprétés conjointement, comme la disposition le dit clairement:

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. . . . [Je souligne.]

34

35

36

37 Section 20(1)(a) creates a deduction for the capital cost of property, “as is allowed by regulation”. Section 20(1)(a) cannot be read in a vacuum: the applicable regulations must be read concurrently. Because of its language, reading it without considering the regulations would not be in accordance with appropriate principles of statutory interpretation: F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2nd ed. 1992), at pp. 805 *et seq.*; see also Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 198; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at pp. 1011-15.

38 At this stage, I must stress that both the trial judge and the Court of Appeal did not examine the facts through the appropriate legal landscape. According to s. 20 *ITA* and the Regulations, the following questions had to be asked. Is there “income from a business”? What is the appropriate “business source” of income? What is the “part of the capital cost” that can be deducted? Is the amount “wholly” or “partly” applicable to the source? Was the item of property “acquired for the purpose of producing income”? In order to address this last question, the following had to be asked: Does the item of property produce any revenue? If it does not, is its purpose to produce income? By not asking the proper questions, and by not drawing the appropriate inferences from the established facts as regards the legal landscape, both courts below made errors of law which must be reviewed by looking at the facts through the prism of the applicable law.

39 In my opinion, the applicable law as regards the case at bar is as follows. Where a parent acquires depreciable property from a subsidiary as a result of a wind-up pursuant to s. 88(1), the deductibility of CCA is not automatic. The nature of the property and the nature of its income are not forever fixed as a result of a s. 88(1) rollover. The nature of the property and the nature of its income may change. To claim CCA, the parent must satisfy the requirements of s. 20(1)(a), that is, the property

L’alinéa 20(1)a) permet la déduction du coût en capital «que le règlement autorise». Il ne peut pas être interprété dans un vacuum: il faut interpréter en même temps le règlement applicable. À cause du libellé de cet alinéa, l’interpréter sans tenir compte des dispositions du Règlement ne serait pas conforme aux principes applicables d’interprétation des lois: F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (2<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 805 *et suiv.*; voir également Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 198; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, aux pp. 1011 à 1015.

À cette étape, je souligne que ni le juge de première instance ni la Cour d’appel n’ont examiné les faits dans le contexte juridique approprié. Conformément à l’art. 20 *LIR* et au Règlement, il fallait se poser les questions suivantes: Y a-t-il un «revenu tiré d’une entreprise»? Quelle est la «source» du revenu «tiré d’une entreprise»? Quelle est la «partie du coût en capital» qui peut être déduite? Est-ce que cette somme se rapporte «entièrement» ou «partiellement» à cette source? Est-ce que le bien a été «acquis aux fins de produire un revenu»? Pour examiner cette dernière question, il faut se demander ce qui suit: Est-ce que le bien produit un revenu? Dans la négative, a-t-il comme fin de produire un revenu? Puisqu’ils ne se sont pas posé les bonnes questions et n’ont pas tiré les bonnes déductions à partir des faits établis eu égard au contexte juridique approprié, les deux tribunaux d’instance inférieure ont commis des erreurs de droit qui doivent faire l’objet d’un contrôle à partir de l’examen des faits au regard du droit applicable.

À mon avis, le droit applicable à la présente affaire est le suivant. Lorsque, par suite d’une liquidation effectuée en application du par. 88(1), une société mère acquiert d’une filiale un bien amortissable, la DPA n’est pas automatique. La nature du bien et celle du revenu qui en provient ne sont pas fixées à tout jamais à la suite d’un transfert libre d’impôt effectué conformément au par. 88(1). La nature du bien et celle du revenu qui en provient peuvent changer. Pour réclamer une

must be held by the parent for the purpose of producing income from the parent's business. As I see it, both my colleague Justice Iacobucci and I agree on that statement of the law. However, we disagree on the application of that proposition of law to the facts of the case at bar. In my opinion, a proper analysis of the evidence as it appears in the record, to which I will now turn, can only lead to the conclusion that, in the case at bar, the appellant met the requirements for CCA.

#### A. *Income From a Business Source*

Is there "income from a business"? From the evidence, the appellant had, for the 1984 fiscal year, sales of \$75,275,000 and an income before extraordinary items of \$1,528,000. Next, the deduction in s. 20(1) can only apply to "income from a business or property". The issue of "income from property" has not been argued and does not arise in our case. We must now determine whether the source of the above income is in fact a "business". It is appropriate to look at the definition of "business" in s. 248(1):

**248. (1) . . .**  
 "business" includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and . . . an adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment. . . . [Emphasis added.]

"Income from a business" accordingly includes "income from an undertaking of any kind whatever except an office or employment", as distinguished from another source which would be excluded from the s. 248(1) definition. As discussed by Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (5th ed. 1995), at pp. 277 and 772, there is a rebuttable presumption that corporate income derives from business: *Canadian Marconi v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 522; *Smith v. Anderson* (1879), 15 Ch. D. 247 (C.A.). Here, the

DPA, la société mère doit respecter les exigences de l'al. 20(1)a), c'est-à-dire qu'elle doit détenir le bien aux fins de produire un revenu tiré de son entreprise. Il me semble que mon collègue le juge Iacobucci et moi-même sommes d'accord quant à la formulation du droit. Nous divergeons cependant d'opinion sur l'application de cette proposition de droit aux faits de l'espèce. Selon moi, une analyse correcte de la preuve telle qu'elle figure au dossier, que j'entrepris maintenant, mène inévitablement à la conclusion que l'appelante a respecté les exigences requises pour bénéficier d'une DPA.

#### A. *Revenu tiré d'une entreprise*

Y a-t-il un «revenu tiré d'une entreprise»? D'après les éléments de preuve, l'appelante avait, pour l'exercice financier 1984, des ventes de 75,275,000 \$ et un revenu avant postes extraordinaires de 1 528 000 \$. De plus, la déduction visée au par. 20(1) ne peut s'appliquer qu'à un «revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien». La question du «revenu tiré d'un bien» n'a pas été soulevée et ne se présente pas en l'espèce. Nous devons maintenant déterminer si le revenu mentionné est un revenu tiré d'une «entreprise». Il faut prendre en considération la définition d'«entreprise» donnée au par. 248(1):

**248. (1) . . .**  
 «entreprise ou affaire» comprend une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit, [. . .] un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, mais ne comprend pas une charge ni un emploi . . . [Je souligne.]

Par conséquent, un «revenu tiré d'une entreprise» comprend un «revenu tiré d'une activité de quelque genre que ce soit sauf une charge ou un emploi», par opposition au revenu d'une autre source qui serait exclu de la définition du par. 248(1). Selon l'analyse faite par Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (5<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 277 et 772, il existe une présomption réfutable selon laquelle le revenu d'une corporation provient d'une entreprise: *Canadian Marconi c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 522, et *Smith c.*

income is corporate, so the presumption that income is sourced from business applies.

42 Of course, the above presumption is rebuttable. However, neither the examination-in-chief nor the cross-examination of the appellant's witness revealed evidence to that end, and the respondent adduced no evidence whatsoever. As the presumption was not rebutted, I conclude that the appellant's income is sourced from business, as distinguished from another source.

43 Moreover, the record discloses positive evidence that Hickman Motors did indeed carry on the equipment-related sales and rental activities during the period: (1) the equipment rental business was in fact carried on; (2) Hickman Motors assumed the business risk and other obligations; (3) it is a common practice in the construction industry to buy the rented equipment just before the December 31 year-end, so there was a clear opportunity for doing business during that specific period; (4) Equipment in fact sold a backhoe on December 21, 1984; (5) evidence of rental revenue, and a bundle of rental invoices applicable to the period, as detailed *infra*; (6) the equipment was available for sale, and was advertised as such; (7) on December 31, 1984, Hickman Motors accepted an order for rental of at least one piece of equipment.

44 While my colleague Iacobucci J. asserts, at paras. 145 and 157 of his reasons, that the appellant "did nothing at all with the Equipment assets", his reasons do not explicitly refer to any evidence, adduced by the respondent, that would rebut the appellant's clear evidence and prove that the appellant "did [nothing] at all with these assets". At paras. 147 and 148 of his reasons, Iacobucci J. challenges one piece of evidence, the December 31 invoice. Even without the December 31 invoice, I am satisfied that the rest of the evidence, viewed as whole, shows that the appellant did in fact actively carry on the equipment-related business activities.

*Anderson* (1879), 15 Ch. D. 247 (C.A.). En l'espèce, il s'agit du revenu d'une corporation et il faut présumer que ce revenu est tiré d'une entreprise.

Certes, cette présomption peut être repoussée. Cependant, ni l'interrogatoire principal ni le contre-interrogatoire du témoin de l'appelante n'ont apporté quelque élément de preuve que ce soit à cet égard, et l'intimée n'a présenté aucune preuve. Puisque la présomption n'a pas été repoussée, je conclus que le revenu de l'appelante est tiré d'une entreprise, par opposition à une autre source.

De plus, il existe au dossier une preuve positive qu'Hickman Motors a effectivement exercé des activités de vente et de location de machinerie pendant la période: (1) l'activité d'entreprise reliée à la location de machinerie a effectivement été exploitée; (2) Hickman Motors a accepté le risque commercial et d'autres obligations; (3) c'est pratique courante dans l'industrie de la construction d'acheter la machinerie louée tout juste avant la fin de l'année, le 31 décembre, de sorte qu'il y a eu une véritable occasion de faire des affaires au cours de la période en cause; (4) Equipment a effectivement vendu une chargeuse-pelleteuse le 21 décembre 1984; (5) il existe une preuve de revenus de location et il y a une liasse de factures de location visant la période, présentées en détail plus loin; (6) la machinerie était disponible pour la vente et était annoncée comme telle; (7) le 31 décembre 1984, Hickman Motors a accepté une commande de location d'au moins une pièce de machinerie.

Mon collègue le juge Iacobucci affirme, aux par. 145 et 157 de ses motifs, que l'appelante «n'a rien fait avec l'actif», mais ses motifs ne renvoient explicitement à aucune preuve, produite par l'intimée, qui réfuterait la preuve claire de l'appelante et établirait que celle-ci «[n'a pas] fait quoi que ce soit avec cet actif». Aux paragraphes 147 et 148 de ses motifs, le juge Iacobucci conteste un élément de preuve, la facture du 31 décembre. Même sans la facture du 31 décembre, je suis convaincue que la balance de la preuve, considérée dans son ensemble, montre que l'appelante a en fait exploité activement l'entreprise de machinerie.

Nevertheless, it is true that Equipment 85 renegotiated the dealership agreement with John Deere, and Hickman Motors did not do so. However, this is not evidence that Hickman Motors “did [nothing] at all with these assets”, or did not otherwise carry on the equipment-related business. Clear, uncontradicted evidence was adduced that the other dealership agreements had remained unchanged since the mid-1970s, and remained so even after Equipment 85 had assumed them.

The trial judge, asking the wrong questions, inferred the absence of business purpose, and the absence of intention to earn income, from the fact that the property was merely “available for leasing”. This inference is incorrect and constitutes an error of law. Where machinery is rented out, the essential core operations may at times be limited to accepting rental revenue and assuming the business risk and other obligations. At any time during that period, any client could demand the execution of any of the contractual obligations, such as fixing an engine, for example. Where, because a rental business is fortunate enough to experience no mechanical breakdowns or accidents during a period of time, it “passively” accepts rental revenue and assumes business risk and obligations, it does not necessarily follow that it is not carrying on a business during that period. Holding otherwise would imply that rental businesses are “intermittent”, that is, that they carry on a business only when something goes wrong in the operations. Such a proposition is unacceptable.

Contrary to my colleague Iacobucci J.’s opinion at paras. 145 and 158 of his reasons, even if the appellant “passively” received rental income during a period of time, it does not necessarily follow that it did not carry on an active business. In *Carland (Niagara) Ltd. v. M.N.R.*, 64 D.T.C. 139, at p. 141, the Tax Appeal Board stated that:

Il est vrai, cependant, qu’Equipment 85 a rené-  
gocié un contrat de concession avec John Deere, et  
qu’Hickman Motors ne l’a pas fait. Toutefois, cela  
ne fait pas preuve qu’Hickman Motors «[n’a pas]  
fait quoi que ce soit avec cet actif», ou n’exploitait  
pas par ailleurs l’entreprise de machinerie. Un  
témoignage clair et non contredit a, par ailleurs,  
fait état d’autres contrats de concession qui étaient  
restés inchangés depuis le milieu des années 1970  
et qui le sont restés même après leur prise en  
charge par Equipment 85.

Vu que les biens pouvaient simplement être  
«donné[s] en location», le juge de première ins-  
tance, se posant les mauvaises questions, a déduit  
qu’il n’existait pas de fin commerciale ni d’inten-  
tion de gagner un revenu. Cette déduction est  
incorrecte et constitue une erreur de droit. Lorsque  
de la machinerie est louée, l’essentiel des opéra-  
tions peut, à l’occasion, se limiter à recevoir les  
revenus de location ainsi qu’à assumer le risque  
commercial et les autres obligations. En tout temps  
au cours de cette période, un client pourrait exiger  
l’exécution de l’une des obligations prévues au  
contrat, par exemple, la réparation d’un moteur.  
Lorsque, parce qu’elle a la chance de ne pas avoir  
d’ennuis ou d’accidents de nature mécanique au  
cours d’une certaine période, une entreprise de  
location accepte «passivement» les revenus de  
location ainsi que les risques et les obligations de  
nature commerciale, il ne s’ensuit pas pour autant  
qu’elle n’exploite pas une entreprise au cours de  
cette période. Toute autre conclusion laisserait  
implicitement supposer que les entreprises de loca-  
tion sont «intermittentes», c’est-à-dire qu’elles  
n’exploitent une entreprise que dans le cas où  
quelque chose ne va pas dans les opérations. Une  
telle proposition est inacceptable.

Contrairement à l’opinion que formule mon col-  
lègue le juge Iacobucci aux par. 145 et 158 de ses  
motifs, même si l’appelante a «passivement» reçu  
les revenus de location pendant une période, il ne  
s’ensuit pas nécessairement qu’elle n’a pas  
exploité une entreprise active. Dans *Carland  
(Niagara) Ltd. c. M.N.R.*, 64 D.T.C. 139, la Com-  
mission d’appel de l’impôt a dit, à la p. 141:

45

46

47

It is not necessary that there be sustained activity before it can be maintained that a business is carried on; there may be and often are periods of quiescence in almost any business enterprise. . . . [The *Commissioner of Inland Revenue v. The South Behar Railway Co., Ltd.*, (1925) 12 T.C. 657] indicates how little need be done to constitute a carrying on of business. I find, as a fact, that some measure of business, be it greater or lesser, never ceased to be conducted at any material time. Always, the premises were open to any customer who might call there.

Also, I note the following comment in John Durnford, "The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying On Business" (1991), 39 *Can. Tax J.* 1131, at p. 1191:

Indeed, depending on the nature of the business, the mere presence of long periods of inactivity will not alone indicate that a business is not being carried on.

48

I am satisfied that the evidence, viewed as a whole, shows that the appellant has discharged its burden of proving that it did in fact actively carry on the equipment-related business. Moreover, the respondent adduced no evidence whatsoever that could be weighed against that of the appellant. However, the respondent could have adduced evidence, as it did for example in *Attridge v. The Queen*, 91 D.T.C. 5161 (F.C.T.D.), where it used two experts; see also *Bay Centre Apartments Ltd. v. M.N.R.*, 81 D.T.C. 489 (T.R.B.), where it used an expert-employee. Therefore, the appellant's evidence must stand, and the proper inference from that evidence is that Hickman Motors did in fact carry on the equipment-related business between December 28, 1984 and January 2, 1985.

#### B. Determining the Appropriate Business Source

49

The next step is to ensure that the deduction is applied to the appropriate business source. Contrary to what my colleague Iacobucci J. states in paras. 136 to 138 of his reasons, there is no disagreement as to the words used in the *ITA*. In cases where two or more business sources exist, the rele-

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une activité soutenue pour qu'on puisse maintenir qu'une entreprise est exploitée; n'importe quelle entreprise commerciale peut connaître — et connaît souvent — des périodes d'accalmie. [. . .] La décision [*The Commissioner of Inland Revenue c. The South Behar Railway Co., Ltd.*, (1925) 12 T.C. 657] indique le peu d'activité nécessaire pour qu'il y ait exploitation d'une entreprise. Je tiens pour avéré que, dans une certaine mesure, qu'elle soit plus ou moins grande, l'entreprise n'a jamais cessé d'être exploitée à toutes les époques en cause. Les lieux ont toujours été ouverts à tout client qui pouvait se présenter.

Je note également le commentaire suivant de John Durnford dans «The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying On Business» (1991), 39 *Rev. fisc. can.* 1131, à la p. 1191:

[TRADUCTION] En fait, selon la nature de l'entreprise, la simple présence de longues périodes d'inactivité n'indique pas à elle seule qu'une entreprise n'est pas exploitée.

J'estime que la preuve dans son ensemble démontre que l'appelante s'est acquittée du fardeau qu'elle avait de prouver qu'elle exploitait activement une entreprise de machinerie. En outre, l'intimée n'a présenté aucune preuve qui aurait pu être soupesée au regard de celle de l'appelante. L'intimée aurait toutefois pu présenter une preuve, comme elle l'a fait par exemple dans *Attridge c. La Reine*, 91 D.T.C. 5161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où elle a cité deux experts; voir également *Bay Centre Apartments Ltd. c. M.R.N.*, 81 D.T.C. 489 (C.R.I.), où l'intimé a cité un employé expert. Par conséquent, la preuve de l'appelante doit être acceptée et la conclusion à en tirer est qu'Hickman Motors a effectivement exploité l'entreprise de machinerie entre le 28 décembre 1984 et le 2 janvier 1985.

#### B. La détermination de la source du revenu d'entreprise

La prochaine étape consiste à s'assurer que la déduction est appliquée à la bonne source de revenu d'entreprise. Contrairement à ce que dit mon collègue le juge Iacobucci aux par. 136 à 138 de ses motifs, il n'y a pas désaccord quant aux mots employés dans la *LIR*. Dans les cas où le

vant business source must be identified, and the income from each individual source, as the case may be, is to be computed separately. However, I cannot agree with my colleague as to his application of that principle to the facts of the case at bar. The trial judge at p. 633 inferred that the source was the "automotive" operations, implying that this source was somehow distinct from the "equipment" operations during the applicable period. Further, my colleague Iacobucci J. asserts that the appellant has several "business 'sub-sources'" of income. This "sub-source" issue need not be decided in order to resolve the present case, and should be left for another day, for two reasons.

Firstly, the business activities here in question can, if necessary, be categorized into a single business source, as is clearly shown by the uncontradicted evidence:

- Q. You described earlier the business of Hickman Motors Limited, Mr. Grant, during the period of December 29th, 1984 to January 2, 1985. Could you tell us what the business of Hickman Motors Limited was?
- A. Well, it would have been the sales and servicing, the leasing and rental of cars, light-duty trucks, medium-duty trucks, heavy-duty trucks, and also construction equipment, John Deere equipment, also forestry equipment and also rock drilling equipment. [Emphasis added.]

The above testimonial evidence is clear, was not shaken in cross-examination, no question of credibility was ever raised and the respondent did not adduce any evidence whatsoever. Furthermore, the uncontradicted evidence adduced by the appellant clearly shows the following. Equipment's market for backhoes and bulldozers, and Hickman Motors' market for heavy-duty trucks, have the same customer base. There is a natural fit in combining Hickman Motors' heavy-duty trucks with Equipment's machinery. This combination is not unusual. As even the trial judge recognized, "if

revenu est tiré de deux sources de revenu d'entreprise ou plus, il faut identifier la source pertinente et, selon le cas, calculer séparément le revenu en provenance de chaque source. Je ne peux pas, cependant, être d'accord avec mon collègue sur la façon dont il applique ce principe aux faits de la présente affaire. À la page 633, le juge de première instance a conclu que la source des revenus était les opérations relatives aux «automobiles», laissant entendre que cette source était en quelque sorte distincte des opérations concernant la «machinerie» au cours de la période applicable. En outre, mon collègue le juge Iacobucci affirme que l'appelante a plusieurs «sous-sources» de revenu. Il n'est pas nécessaire de résoudre la question des «sous-sources» pour trancher la présente affaire, et l'étude de cette question devrait être remise à plus tard pour deux raisons.

Premièrement, les activités commerciales en cause ici peuvent, si nécessaire, être regroupées en une seule source de revenu d'entreprise, comme le montre clairement ce témoignage non contredit:

[TRADUCTION]

- Q. Vous avez décrit précédemment l'entreprise d'Hickman Motors Limited, M. Grant, au cours de la période du 29 décembre 1984 au 2 janvier 1985. Pourriez-vous nous dire quel genre d'entreprise était Hickman Motors Limited?
- A. Bien, il s'agirait de vente et service, de location de voitures, de camions légers, moyens et lourds, d'engins de chantier, de matériel John Deere, également de matériel sylvicole et aussi de matériel de forage. [Je souligne.]

Le témoignage qui précède est clair, il n'a pas été ébranlé en contre-interrogatoire, aucun doute n'a été soulevé quant à la crédibilité et l'intimée ne l'a aucunement contredite par une preuve au contraire. De plus, la preuve non contredite présentée par l'appelante révèle clairement que le marché d'Equipment pour les chargeuses-pelleteuses et les bulldozers et celui d'Hickman Motors pour les camions lourds reposent sur la même clientèle. Le regroupement des camions lourds d'Hickman Motors et de la machinerie d'Equipment est naturel. Ce regroupement n'est pas inhabituel. Comme

you're buying a backhoe, you need a heavy truck to transport it". This uncontradicted evidence adduced by the appellant speaks for itself: the "automobile" franchise, the "truck" franchise and the "equipment" franchises were associated into a single integrated business. Accordingly, the inference drawn by the trial judge is incorrect and constitutes an error of law. The proper inference from the above evidence is that from December 29, 1984, to January 2, 1985, Hickman Motors was a single integrated business of sales, servicing, leasing and rental of cars and trucks, and of construction, forestry and rock-drilling equipment, which was in fact an "undertaking of any kind whatever" that complied with the definition of "business" in s. 248(1).

52

From this clear, unchallenged and uncontradicted evidence of "one business", absent any evidence to the contrary, in my view, it is fallacious and irrational to conclude that there are "two businesses". The fallacy that the Trial Division fell into, upheld by the Court of Appeal and deferred to by Iacobucci J., appears to be as follows: the appellant adduced evidence that there is one business, therefore, it follows that there are two businesses. I cannot accept such reasoning. I note that neither the Trial Division, nor the Court of Appeal, has cited any evidence from the record that would point towards two businesses. Similarly, my colleague Iacobucci J.'s reasons do not explicitly provide any evidence in the record upon which his conclusion of "two businesses" is based. In the case at bar, the idea of two businesses is merely an unproven assumption, not a proven fact. The proven fact is that there is one business, as evidenced in the record.

53

In view of this evidence in chief, the respondent should have adduced some evidence. By way of example, as I stated in para. 11 above, Equipment used to be a division of AEH — a building supply operation. Surely, the respondent could have adduced evidence that it had considered Equip-

l'a reconnu même le juge de première instance, [TRADUCTION] «si vous achetez une chargeuse-pelleteuse, il vous faut un camion poids lourd pour la transporter». Cette preuve non contredite présentée par l'appelante parle par elle-même: les franchises d'«automobiles», de «camions» et de «machinerie» ont été jointes dans une seule entreprise intégrée. Par conséquent, la déduction faite par le juge de première instance est incorrecte et constitue une erreur de droit. À partir de cette preuve, il fallait plutôt conclure qu'Hickman Motors était, du 29 décembre 1984 au 2 janvier 1985, une entreprise unique intégrée de vente, de service et de location de voitures et de camions, ainsi que d'engins de chantier, de matériel sylvicole et de matériel de forage, ce qui correspondait en fait à une «activité de quelque genre que ce soit», au sens de la définition du terme «entreprise» au par. 248(1).

À partir de cette preuve claire, non contestée et non contredite de l'existence d'«une entreprise» et en l'absence de toute preuve contraire, il est à mon avis fallacieux et irrationnel de conclure à l'existence de «deux entreprises». Le sophisme commis par le juge de première instance, confirmé par la Cour d'appel et à l'égard duquel le juge Iacobucci fait preuve de retenue, paraît être le suivant: l'appelante a produit la preuve de l'existence d'une entreprise, par conséquent, il s'ensuit qu'il y a deux entreprises. Je ne saurais accepter un tel raisonnement. Je remarque que ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont cité de preuve au dossier qui indiquerait l'existence de deux entreprises. De même, les motifs de mon collègue le juge Iacobucci ne font ressortir explicitement aucune preuve au dossier sur laquelle est fondée sa conclusion qu'il existe «deux entreprises». Dans la présente affaire, l'idée de deux entreprises est simplement une hypothèse non vérifiée, elle n'est pas un fait prouvé. Le fait prouvé est qu'il existe une entreprise, comme le démontre le dossier.

Compte tenu de cette preuve principale, l'intimée aurait dû produire certains éléments de preuve. Par exemple, comme je l'ai dit au paragraphe 11, Equipment était à l'époque une division d'AEH — une entreprise de matériaux de construction. L'intimée aurait certainement pu produire

ment and AEH as two businesses, if that was the case, but it failed to do so. Such evidence, or some expert evidence, had it been properly adduced, might have pointed towards two businesses, but in this case we are left with a total absence of evidence on the part of the respondent.

Secondly, as my colleague Iacobucci J. states at para. 129, the respondent departed from the line of argument pursued in the courts below. Neither the parties nor the courts below cited any case law with respect to sub-sources. The case law cited by Iacobucci J. relates to the very specific area of farming businesses which are singled out for special treatment in s. 31 *ITA*. In the present case, we do not have the benefit of argument with respect to the various criteria for sub-sources that may or may not be applicable generally to corporations outside of the farming context.

As a matter of fact, in *Gloucester Railway Carriage and Wagon Co. v. Comrs. Inland Revenue* (1923), 129 L.T. 691 (K.B.), aff'd (1924), 40 T.L.R. 435 (C.A.), it was suggested that, prior to that case, it had never been decided that a company can have two businesses. In that case, the appellant corporation was selling, and letting out for hire, various kinds of wagons. The corporation argued that it had two businesses. The appeal was dismissed: there was one single business of making a profit generally out of wagons in one way or another. That case, which was cited with approval in *Anderson Logging Co. v. The King*, [1925] S.C.R. 45, at p. 55, relates to corporations outside of the farming context, and could arguably be seen as governing the case at bar. The evidence is that Hickman Motors is in the business of making a profit generally out of machines, in one way or another.

Given the evidence, and the incomplete argument, I do not want to pronounce on the issue of sub-sources in the context of the present case, *inter*

une preuve suivant laquelle elle avait alors considéré Equipment et AEH comme deux entreprises, si c'était le cas, mais elle ne l'a pas fait. Une telle preuve, ou une preuve d'expert, eût-elle été produite de façon appropriée, aurait pu indiquer l'existence de deux entreprises, mais nous sommes ici devant une absence totale de preuve de la part de l'intimée.

Deuxièmement, comme le dit mon collègue le juge Iacobucci au par. 129, l'intimée a abandonné la thèse qu'elle a fait valoir devant les tribunaux d'instance inférieure. Ni les parties ni ces tribunaux n'ont cité de jurisprudence sur les sous-sources. La jurisprudence que cite le juge Iacobucci porte sur la catégorie très spécifique des entreprises agricoles, que l'art. 31 *LIR* a particularisées en vue d'un traitement spécial. Dans la présente affaire, nous n'avons pas l'avantage d'arguments sur les différents critères concernant les sous-sources qui pourraient ou ne pourraient pas s'appliquer de manière générale à des sociétés en dehors du contexte de l'agriculture.

En fait, dans *Gloucester Railway Carriage and Wagon Co. c. Comrs. Inland Revenue* (1923), 129 L.T. 691 (K.B.), conf. par (1924), 40 T.L.R. 435 (C.A.), on a suggéré que jamais auparavant n'avait-il été décidé qu'une société pouvait avoir deux entreprises. Dans cette affaire, la société appelante vendait et donnait en location différents types de wagons. La société a allégué qu'elle avait deux entreprises. L'appel a été rejeté pour le motif qu'il n'y avait qu'une seule entreprise qui consistait à tirer un profit de manière générale de l'utilisation de wagons d'une façon ou d'une autre. Cet arrêt, que notre Cour a cité et approuvé dans l'arrêt *Anderson Logging Co. c. The King*, [1925] R.C.S. 45, à la p. 55, a trait à des sociétés en dehors du contexte de l'agriculture et pourrait être considéré comme régissant la présente affaire. Suivant la preuve, Hickman Motors est une entreprise qui consiste à tirer un profit de manière générale de l'utilisation de machines, d'une façon ou d'une autre.

Vu la preuve, et l'argumentation incomplète, je ne veux pas me prononcer sur la question des sous-sources dans le contexte de la présente affaire,

54

55

56

*alia* because I have not had the benefit of full argument on the possible difficulties. For instance, “sub-sources” might be interpreted inappropriately to second-guess legitimate business decisions of taxpayers from a position of hindsight.

### C. Deductibility of Capital Cost Allowance

57 Once the “income from a business source” is established, the next step is to determine what, if anything, can be deducted therefrom in order to arrive at the taxable income. Section 20(1) provides that,

20. (1) . . . there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the . . . amounts . . . as applicable thereto. . . [Emphasis added.]

58 The “following amount” may be either “wholly applicable” or “partly applicable” to “that source”, that is, the business source. So a specific amount could be “partly applicable” to income from a business source, and “partly applicable” to income from another source such as, for example, income from a property source. Or a specific amount could be “wholly applicable” to the business source only. Here, this distinction is not at issue: the amount sought to be deducted would be “wholly applicable” to income from the business source identified above.

59 Next, it is appropriate to examine the relevant “following amount” that is sought to be deducted, as provided in s. 20(1)(a):

20. (1) . . .

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property . . . as is allowed by regulation. . . [Emphasis added.]

60 We must now determine what “part of the capital cost” is “allowed by regulation”. Regulation 1100 provides that:

1100. (1) For the purposes of paragraph 20(1)(a) of the Act, there is hereby allowed to a taxpayer, in com-

entre autres parce que je n’ai pas eu l’avantage d’une argumentation complète concernant des difficultés possibles. Par exemple, on pourrait interpréter les «sous-sources» de manière inappropriée en s’interrogeant, avec le bénéfice du recul, sur des décisions commerciales légitimes prises par des contribuables.

### C. La déduction pour amortissement

Une fois établi un «revenu tiré d’une entreprise», la prochaine étape consiste à déterminer quelle somme, le cas échéant, peut en être déduite pour arriver au revenu imposable. Le paragraphe 20(1) prévoit que:

20. (1) . . . peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes [. . .] s’y rapportant . . . [Je souligne.]

La «somme suivante» peut soit «se rapporter entièrement» à cette source, c’est-à-dire l’entreprise, soit «s’y rapporter partiellement». Ainsi, un montant déterminé pourrait «se rapporter partiellement» au revenu tiré d’une entreprise, et «se rapporter partiellement» à un revenu tiré d’une autre source, par exemple un revenu tiré d’un bien. Ou bien, un montant déterminé pourrait «se rapporter entièrement» à l’entreprise. En l’espèce, cette distinction n’est pas en litige: le montant que l’on veut déduire «se rapporterait entièrement» au «revenu tiré de l’entreprise» identifié ci-dessus.

Il faut dès lors examiner «la somme suivante» pertinente que l’on cherche à déduire en vertu de l’al. 20(1)a):

20. (1) . . .

a) la partie [. . .] du coût en capital des biens supporté par le contribuable [. . .] que le règlement autorise . . . [Je souligne.]

Nous devons donc déterminer quelle partie du «coût en capital» le «règlement autorise». L’article 1100 du Règlement prévoit:

1100. (1) Aux fins de l’alinéa 20(1)a) de la Loi, il est alloué au contribuable dans le calcul de son revenu

puting his income from a business or property, as the case may be, deductions for each taxation year equal to

(a) such amounts as he may claim in respect of property of each of the following classes in Schedule II not exceeding in respect of property

(xvi) of Class 22, 50 per cent. . . . [Emphasis added.]

In the present case, the evidence reveals that, for the most part, the capital property was included in Class 22. The corollary of Regulation 1100(1) is that if an item of property is not included in any of the classes, then no CCA deduction is allowed for such property. Regulation 1102(1) designates groups of items of property that are deemed to be excluded from all the classes:

1102. (1) The classes of property described in this Part and in Schedule II shall be deemed not to include property

(c) that was not acquired by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income. . . . [Emphasis added.]

The corollary of Regulation 1102(1)(c) is that, in order for any item of property to be included in any class, it must have been acquired for the purpose of producing income. Otherwise, the item of property is deemed not to be included in any class, so no CCA is allowed for such property. Therefore, within the scope of s. 20(1)(a), the word "property" cannot mean anything other than "property acquired for the purpose of producing income". Accordingly, in the present case, s. 20(1)(a) must be understood as follows:

... there may be deducted . . . such part of the capital cost . . . of property [acquired for the purpose of producing income]. . . .

#### D. *The "Purpose of Producing Income" Test*

In *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. v. M.N.R.*, 71 D.T.C. 5153 (Ex. Ct.), the corporate taxpayer was operating various concerns and decided to buy two

d'une entreprise ou de biens, selon le cas, des déductions pour chaque année d'imposition égales

a) au montant qu'il peut réclamer à l'égard de biens de chacune des catégories suivantes, comprises dans l'annexe II, sans dépasser, à l'égard des biens

(xvi) de la catégorie 22, 50 pour cent, . . .

En l'espèce, la preuve révèle que, pour la plupart, les biens en immobilisations faisaient partie de la catégorie 22. Le paragraphe 1100(1) du Règlement a pour corollaire que si un bien n'est inclus dans aucune des catégories, aucune DPA n'est permise à l'égard de ce bien. Le paragraphe 1102(1) du Règlement énumère des groupes de biens qui sont réputés exclus de toutes les catégories:

1102. (1) Les catégories de biens décrits dans la présente partie et dans l'annexe II sont censées ne pas comprendre les biens

c) qui n'ont pas été acquis par le contribuable aux fins de gagner ou de produire un revenu . . . [Je souligne.]

L'alinéa 1102(1)c) du Règlement a pour corollaire que, pour qu'un bien soit inclus dans l'une des catégories, il doit avoir été acquis aux fins de produire un revenu. Sinon, le bien est réputé n'être inclus dans aucune catégorie, de sorte qu'aucune DPA n'est permise à son égard. Par conséquent, pour l'application de l'al. 20(1)a), le mot «bien» ne peut vouloir dire autre chose qu'un «bien acquis aux fins de produire un revenu». Ainsi, pour les fins de l'espèce, l'al. 20(1)a) doit être compris de la façon suivante:

... peu[t] être déduit[e] [. . .] la partie [. . .] du coût en capital des biens [. . .] [acquis aux fins de produire un revenu] . . .

#### D. *Le test dit «aux fins de produire un revenu»*

Dans *Bolus-Revelas-Bolus Ltd. c. M.R.N.*, 71 D.T.C. 5153 (C. de l'É.), la société assujettie à l'impôt exploitait diverses affaires et avait décidé

“exhibition-park amusement rides”. But these two assets were never erected nor operated: they had been acquired and then dismantled and put in storage, out of service, and did not produce any income whatsoever. The Exchequer Court found that the taxpayer had not acquired these items of property for the purpose of producing income and held that no CCA was available.

63

*Bolus-Revelas-Bolus Ltd.* stands for the following proposition: where property does not produce income, courts will ascertain objectively whether the taxpayer acquired the property for the purpose of producing income; where there is no such objective purpose, CCA deduction will not be allowed. However, while *Bolus-Revelas-Bolus Ltd.* seems analogous to the instant case, it is clearly distinguishable because, as will be shown below, here the property did produce income. Absent extraordinary circumstances, if a business owns an item of property that produces income, then presumably its purpose is indeed to produce income. The converse proposition would be absurd; see also *Royal Trust Co. v. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055 (Ex. Ct.); *Ghali v. Canada (Minister of Transport)*, [1996] F.C.J. No. 1404 (T.D.). In other words, to avoid absurdity in the context of the present case, s. 20(1)(a) must be understood as follows:

... there may be deducted ... such part of the capital cost ... of [income-producing] property [or, alternatively, property acquired for the purpose of producing income]...

64

In my view, the above formulation of the rule in s. 20(1)(a) applies in the present circumstances and the first part of the test is: does the property produce income? In the affirmative, the deduction is allowable. The word “income” is susceptible of two meanings: “gross income” (revenue) or “net income” (profit): see *Mark Resources Inc. v. The Queen*, 93 D.T.C. 1004 (T.C.C.); see also *Bellingham v. Canada*, [1996] 1 F.C. 613 (C.A.), at pp. 627-28; *Canada v. McLaren*, [1991] 1 F.C. 468 (T.D.), at pp. 480-81. While an item of property may produce revenue, it does not necessarily produce profit by itself, and it would be absurd to demand that each individual item of property actu-

d'acheter deux «manèges de parc d'amusement». Mais ces deux biens n'ont jamais été installés ni exploités: ils avaient été acquis, puis démantelés et entreposés, sans possibilité de s'en servir, et n'ont donc jamais produit le moindre revenu. La Cour de l'Échiquier a conclu que la société n'avait pas acquis ces biens aux fins de produire un revenu et a statué qu'aucune DPA n'était applicable.

La décision *Bolus-Revelas-Bolus Ltd.* appuie la proposition suivante: lorsqu'un bien ne produit aucun revenu, les tribunaux vérifieront d'un point de vue objectif si le contribuable a acquis le bien aux fins de produire un revenu; en l'absence de pareilles fins, la DPA ne sera pas accordée. Cependant, bien que *Bolus-Revelas-Bolus Ltd.* semble analogue à la présente affaire, elle s'en distingue clairement parce que, comme nous le verrons plus loin, les biens ont ici bel et bien produit un revenu. Sauf circonstances exceptionnelles, si une entreprise possède un bien qui produit un revenu, alors elle a vraisemblablement l'intention de produire effectivement un revenu. La proposition inverse serait absurde; voir également *Royal Trust Co. c. M.N.R.*, 57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.), et *Ghali c. Canada (Ministre des transports)*, [1996] A.C.F. n° 1404 (1<sup>re</sup> inst.). En d'autres termes, pour éviter d'arriver à une absurdité en l'espèce, l'al. 20(1)a) doit s'interpréter de la façon suivante:

... peu[t] être déduit[e] [ . . . ] la partie [ . . . ] du coût en capital des biens [produisant un revenu, ou acquis aux fins de produire un revenu] . . .

À mon avis, cette formulation de la règle de l'al. 20(1)a) est applicable aux circonstances de l'espèce et la première partie du test est la suivante: le bien produit-il un revenu? Dans l'affirmative, la déduction peut être autorisée. Le mot «revenu» peut avoir deux significations: «revenu brut» ou «revenu net» (profit): voir *Mark Resources Inc. c. La Reine*, 93 D.T.C. 1004 (C.C.I.); voir aussi *Bellingham c. Canada*, [1996] 1 C.F. 613 (C.A.), aux pp. 627 et 628; *Canada c. McLaren*, [1991] 1 C.F. 468 (1<sup>re</sup> inst.), aux pp. 480 et 481. Même si un bien produit un revenu, il ne produit pas nécessairement un profit par lui-même, et il serait absurde d'exiger que chaque bien produise réellement un «revenu

ally yield “net income” (profit) in and of itself. Accordingly, to satisfy this first part of the test, it is sufficient to presume that if the property produces revenue, it indeed meets the requirements of Regulation 1102(1)(c).

The second part of the test is: where the item of property does not produce income, was it acquired for the purpose of producing income? This is determined by an objective evaluation of the specific facts and circumstances of each case in relation to appropriate jurisprudence, having regard to whether the taxpayer acted in accordance with reasonably acceptable principles of commerce and business practices. In the affirmative, the deduction is allowable. In the negative, the deduction is not allowable.

Both the Trial Division and Court of Appeal (at p. 5579), however, being of the opinion that “any attempt by the appellant to earn income from the assets” was “notional”, inferred that “the appellant did not acquire the property . . . for the purpose of . . . producing income”. With respect, I cannot agree with that inference. Both the Trial Division and the Court of Appeal asked the wrong question and drew an incorrect inference. In doing so, with respect, both courts erred in law.

*E. Distinctions Between the “Reasonable Expectation of Profit” Test and the “Purpose of Producing Income” Test*

The Court of Appeal held at p. 5579 that the appropriate test to be applied in determining whether property has a purpose of producing income is “similar” to the test for determining the “analogous” question of whether a business has a reasonable expectation of profit. With respect, these two tests are not “similar”, but “dissimilar”.

Both “revenue-producing” and “non-revenue-producing” assets can be acquired “for the purpose of producing income”. A typical example would be an administrative photocopier (non-revenue producing) as opposed to a self-service pay-per-use photocopier (revenue-producing). Both kinds

net» (profit) par lui-même. Par conséquent, pour répondre à la première partie du test, il suffit de présumer que, si le bien produit un revenu, il répond aux exigences de l’al. 1102(1)c) du Règlement.

La seconde partie du test est la suivante: si le bien ne produit pas de revenu, a-t-il été acquis aux fins de produire un revenu? Cette détermination se fait par une évaluation objective des faits et circonstances propres à chaque affaire en fonction de la jurisprudence applicable et de la question de savoir si le contribuable a agi conformément à des principes d’affaires et des pratiques commerciales raisonnablement acceptables. Dans l’affirmative, la déduction est autorisée. Dans la négative, elle ne l’est pas.

Cependant, le juge de première instance et la Cour d’appel (à la p. 5579), étant d’avis que «[l’appelante] n’avait fait aucune démarche en vue de gagner un revenu de ces biens», ont déduit que «l’appelante n’a pas acquis les biens . . . en vue de . . . produire un revenu». En toute déférence, je ne puis accepter cette déduction. Le juge de première instance et la Cour d’appel se sont toutes deux posé la mauvaise question et en ont tiré une déduction incorrecte. Ce faisant, elles ont commis une erreur de droit.

*E. La distinction entre le test de l’«expectative raisonnable de profit» et le test dit «aux fins de produire un revenu»*

La Cour d’appel a conclu, à la p. 5579, que le test applicable pour déterminer si les biens ont été acquis aux fins de produire un revenu est «semblable» au test applicable à la question «analogue» de savoir si une entreprise a une expectative raisonnable de profit. En toute déférence, ces deux tests ne sont pas «semblables», mais plutôt «dissemblables».

Tant les biens «générateurs de revenu» que les biens «non générateurs de revenu» peuvent être acquis «aux fins de produire un revenu». Un exemple typique serait un photocopieur de bureau (non générateur de revenu) par rapport à un photocopieur libre-service à paiement à l’unité (généra-

65

66

67

68

of assets can be used in the same business for the purpose of producing income. One asset directly produces income, the other is used for the objective purpose of producing income. However, this is no guarantee that the business itself will make a profit. Both kinds of assets can be held by a business that shows a profit or by one that does not show a profit. This is where the “purpose of producing income” test and the “reasonable expectation of profit” test must be clearly distinguished.

69 These two tests differ in terms of their general thrust. A business that has a profit does not need to demonstrate that it has a “reasonable expectation of profit”. Where a business does not have a profit, however, it must have a “reasonable expectation of profit”, to be determined by an application of the *Moldowan* test (see Krishna, *supra*, at p. 261). In a nutshell, the “reasonable expectation of profit” test is principally directed at differentiating between a “business” and a “personal pursuit such as a hobby, etc.”, whereas the “purpose of producing income” test is directed at determining whether an asset is appropriately used in the business.

70 The “reasonable expectation of profit” test questions whether there is a business, whereas the “purpose of producing income” test presupposes a business and questions the usage of a piece of business-owned property. The “reasonable expectation of profit” test looks at the historical and anticipated results of several years of operations, and asks: “will the revenue of this operation ever be greater than its expenses, such that a profit will occur?” The “purpose of producing income” test looks at an item of property and asks: “does it produce revenue, or is it at least used for that purpose?” These two tests address very different issues. Both tests could be applied separately to the same taxpayer at the same time.

71 Most of the “reasonable expectation of profit” criteria would be repugnant to the “purpose of pro-

teur de revenu). Ces deux types de biens peuvent être utilisés dans la même entreprise aux fins de produire un revenu. Un bien produit directement un revenu, l'autre est utilisé aux fins de produire un revenu. Cependant, il n'y a aucune garantie que l'entreprise en soi réalisera un profit. Les deux types de biens peuvent être détenus par une entreprise qui affiche un profit, ou par une qui n'en affiche pas. C'est ici qu'il faut établir une distinction claire entre le test dit «aux fins de produire un revenu» et le test de l'«expectative raisonnable de profit».

Ces deux tests diffèrent en ce qui concerne leur orientation générale. Une entreprise qui a un profit n'a pas besoin de démontrer qu'elle a une «expectative raisonnable de profit». Cependant, lorsqu'elle n'a pas de profit, l'entreprise doit avoir une «expectative raisonnable de profit», qui doit être déterminée par application du test formulé dans *Moldowan* (voir Krishna, *op. cit.*, à la p. 261). Brièvement, le test de l'«expectative raisonnable de profit» sert principalement à différencier une «entreprise» d'une «activité personnelle comme un hobby, etc.», tandis que le test dit «aux fins de produire un revenu» sert à déterminer si un bien est utilisé de façon appropriée dans l'entreprise.

Le test de l'«expectative raisonnable de profit» cherche à savoir s'il existe une entreprise, tandis que le test dit «aux fins de produire un revenu» présuppose l'existence d'une entreprise et s'interroge sur l'utilisation d'un bien appartenant à l'entreprise. Le test de l'«expectative raisonnable de profit» tient compte des résultats antérieurs et prévus de plusieurs années d'exploitation et pose la question suivante: «les revenus d'exploitation seront-ils à un moment donné supérieurs aux dépenses de sorte qu'un profit sera réalisé?» Le test dit «aux fins de produire un revenu» examine la situation d'un bien et pose la question suivante: «le bien produit-il un revenu ou est-il tout au moins utilisé à cette fin?» Ces deux tests portent sur des questions fort différentes et ils pourraient être appliqués séparément au même contribuable en même temps.

La plupart des paramètres du test de l'«expectative raisonnable de profit» seraient inconciliables

ducing income” test. For instance, the “profit and loss experience in past years” criterion is irrelevant to the “purpose of producing income” test for CCA, because a business may very well include items of property used only for a short-term period. Similarly, the “taxpayer’s training” criterion is irrelevant to the “purpose of producing income” for CCA, because some items of property may require no particular training other than the general knowledge possessed by anyone.

In my view, the words and scheme of the *ITA* support an application of the “reasonable expectation of profit” criteria to ascertain whether a taxpayer is carrying on a business or a hobby, but not to determine the deductibility of CCA *per se*. See also generally John R. Owen, “The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?” (1996), 44 *Can. Tax J.* 979. With respect, mechanically transferring the “reasonable expectation of profit” criteria into the “purpose of producing income” requirement in Regulation 1102(1)(c) for CCA purposes is incorrect in law. In doing so, both the Trial Division and the Court of Appeal erred in law.

#### F. *Did the Property Produce Any Revenue?*

As I said earlier, both the Trial Division and the Court of Appeal put the cart before the horse in not addressing the first part of the test. Consequently, the inferences they drew are incorrect and we must look at the evidence in order to draw the appropriate ones. The first part of the test is: did the property produce any revenue? In the case at bar, revenue was produced by the property:

Q. The assets that were distributed to Hickman Motors Limited on December 28, 1984, the assets of Hickman Equipment Limited, were they being used by Hickman Equipment Limited in the carrying on of business immediately prior to liquidation?

avec le test dit «aux fins de produire un revenu». Par exemple, le paramètre des «profits et pertes des années précédentes» n’a aucune pertinence relativement au test dit «aux fins de produire un revenu» pour ce qui est de la DPA, parce qu’une entreprise peut très bien comprendre des biens utilisés seulement pour une courte durée. De même, le paramètre de la «formation du contribuable» n’a aucune pertinence relativement au test dit «aux fins de produire un revenu» pour ce qui est de la DPA, parce que certains biens n’exigent aucune formation particulière autre que la connaissance générale que possède n’importe qui.

À mon avis, les termes et l’économie de la *LIR* appuient une application des critères de l’«expectative raisonnable de profit» pour vérifier si un contribuable exploite une entreprise ou s’il s’agit d’un hobby, mais non pour établir la possibilité de bénéficier d’une DPA en soi. Voir également de façon générale John R. Owen, «The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?» (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979. En toute déférence, il est incorrect en droit d’injecter de façon mécanique les critères du test de l’«expectative raisonnable de profit» dans l’exigence des «fins de produire un revenu» prévue à l’al. 1102(1)c) du Règlement pour ce qui est de la DPA. En ce faisant, le juge de première instance et la Cour d’appel ont toutes deux commis une erreur de droit.

#### F. *Est-ce que les biens ont produit un revenu?*

Comme je l’ai déjà dit, le juge de première instance et la Cour d’appel ont tous deux mis la charrie avant les bœufs en faisant fi de la première partie du test. Par conséquent, les déductions qu’ils en ont tirées sont incorrectes et il y a lieu de s’en rapporter à la preuve pour tirer celles qui s’imposent. La première partie du test est celle-ci: les biens ont-ils produit un revenu? En l’espèce, les biens ont produit un revenu:

[TRADUCTION]

Q. Les éléments d’actif qui ont été attribués à Hickman Motors Limited le 28 décembre 1984, les éléments d’actif d’Hickman Equipment Limited, étaient-ils utilisés par Hickman Equipment Limited dans l’exploitation de l’entreprise immédiatement avant la liquidation?

72

73

A. Yes.

Q. Were these assets generating income?

A. Yes.

Q. Now what about following December 28, 1984, with respect to these assets that have been distributed to Hickman Motors Limited as a result of the liquidation?

A. They would have been used for the same income producing purposes that they had been used for previously.

R. Oui.

Q. Ces éléments d'actif généraient-ils un revenu?

R. Oui.

Q. Maintenant, après le 28 décembre 1984, qu'en est-il des éléments d'actif qui ont été attribués à Hickman Motors Limited par suite de la liquidation?

R. Ils ont été utilisés aux mêmes fins de production de revenu que celles auxquelles ils avaient été utilisés auparavant.

THE COURT: 7.2 million of total sales in 1984; there was about 1.5 million representing income accruing from rentals and leases?

A. Yes.

Q. And the rentals, that income accruing from the rentals and leases would have come from those Class 22 assets? . . .

A. Yes. [Emphasis added.]

LA COUR: 7,2 millions de ventes au total en 1984; environ 1,5 million représentaient un revenu provenant des locations?

R. Oui.

Q. Et les locations, ce revenu provenant du prix des locations venaient de ces biens de catégorie 22? . . .

R. Oui. [Je souligne.]

74

Reviewing the evidence through the appropriate prism, it is clear that the property produced revenue. Furthermore, in addition to this uncontradicted testimonial evidence, the appellant adduced clear documentary evidence of revenue from the property during the period:

Q. Perhaps you might just explain those invoices and why you are submitting them to the Court, Mr. Grant?

A. Well, if we take invoice 59762 and we look down, and it states that the rental period is from December the 5th, 1984, to January the 4th, 1985. . . . And these are only representative, I might add; most of the records have been destroyed since 1985. So we are just fortunate enough to find these samples really.

Q. And they're similar samples of statements or invoices sent out for other pieces of equipment for rental?

A. Yes. [Emphasis added.]

L'examen de la preuve à travers le prisme approprié révèle clairement que les biens ont produit un revenu. De plus, l'appelante a présenté, outre cette preuve testimoniale non contredite, une preuve documentaire claire de l'existence d'un revenu tiré des biens pendant la période:

[TRADUCTION]

Q. Peut-être, M. Grant, pourriez-vous simplement expliquer ces factures et pourquoi vous les présentez à la cour?

R. Bien, si nous prenons la facture 59762 et l'examinons, on y dit que la période de location va du 5 décembre 1984 au 4 janvier 1985. [ . . . ] Et je tiens à préciser que celles-ci ne sont que représentatives; la plupart des documents ont été détruits depuis 1985. Alors, nous sommes fort chanceux d'avoir trouvé ces échantillons.

Q. Et existe-t-il des échantillons semblables de relevés de compte ou de factures envoyés relativement à la location d'autres pièces de machinerie?

R. Oui. [Je souligne.]

75

Several invoices showing equipment rentals during the period were adduced in evidence. Furthermore, these invoices were but a mere sampling of

Plusieurs factures relatives à la location de machinerie au cours de la période ont été mises en preuve. De plus, ces factures ne constituaient

the actual equipment-rental activity that occurred during the period. The above testimonial and documentary evidence speaks for itself and was not contradicted by the respondent. The proper inferences to be drawn are as follows. The Class 22 property produced revenue, on an annual basis, during the 1984 fiscal year, in the amount of \$1.5 million. Hence, the pro-rated daily revenue therefrom was approximately \$4,110. Therefore, during the five days that the appellant held the assets for doing business, the approximate pro-rated revenue was \$20,550.

While my colleague Iacobucci J. concludes, at para. 143 of his reasons, that there was no income, his reasons do not explicitly provide any evidence from the respondent that would rebut the above evidence from the appellant. In the case at bar, this conclusion of “no income” is an unsubstantiated assumption, not a proven fact in the record. The proven fact is that there was income, as evidenced in the record.

As revenue is produced by the property, it is not necessary to conduct the second part of the test dealing with the objective purpose, which is the one applied by the trial judge, and the inferences made by the courts below are irrelevant. The proper inferences to be drawn show that revenue was produced and that the requirements of Regulation 1102(1)(c) are met. Therefore, the CCA deduction is allowable. I will now turn to the issues of the time period and the amount of revenue, which were incorrectly addressed by the Trial Division and the Court of Appeal.

### G. Time Period Requirement

The Trial Division, in holding at p. 633 that “the short turnover period of some four days is a pretty clear indication that there was neither an intention nor, for practical purposes, any more than a notional attempt to earn income from the assets”, was answering the second part of the test dealing with the objective purpose, which is not the proper

qu'un échantillon de l'activité de location de machinerie ayant eu lieu au cours de la période. La preuve ci-dessus mentionnée — tant testimoniale que documentaire — parle par elle-même et n'a pas été contredite par l'intimée. Voici ce qu'on doit en déduire: pendant l'année financière 1984, les biens de la catégorie 22 ont produit un revenu, sur une base annuelle, de 1,5 million de dollars. Ainsi, le prorata du revenu quotidien était d'approximativement 4 110 \$. Par conséquent, pendant les cinq jours où l'appelante a détenu les éléments d'actif pour faire des affaires, le prorata du revenu était d'approximativement 20 550 \$.

Mon collègue le juge Iacobucci conclut, au par. 143 de ses motifs, qu'il n'y avait aucun revenu, mais ses motifs ne réfèrent explicitement à aucune preuve produite par l'intimée qui réfuterait la preuve déjà mentionnée produite par l'appelante. Dans la présente affaire, cette conclusion qu'il n'y a «aucun revenu» est une hypothèse non vérifiée, elle n'est pas un fait prouvé au dossier. Le fait prouvé est qu'il y avait un revenu, comme le montre le dossier.

Comme les biens ont produit un revenu, il n'est pas nécessaire de recourir à la seconde partie du test se rapportant aux fins objectives, test appliqué par le juge de première instance, et en conséquence, les déductions faites par les tribunaux d'instance inférieure ne sont pas pertinentes. Les déductions qu'il faut faire établissent qu'un revenu a été produit et que les exigences de l'al. 1102(1)(c) du Règlement sont rencontrées. La DPA peut donc être accordée. Je passerai maintenant aux questions concernant la période et le montant des revenus, qui ont fait l'objet d'un examen par le juge de première instance et par la Cour d'appel, pour arriver, selon moi, à un résultat incorrect.

### G. L'exigence temporelle

En statuant, à la p. 633, que «la rapidité avec laquelle l'actif a été revendu, soit environ quatre jours après son acquisition, indique assez clairement que la demanderesse n'avait pas l'intention de gagner un revenu de l'actif», le juge de première instance répondait à la seconde partie du test concernant les fins objectives, ce qui n'est pas la

76

77

78

first question. Similarly, the Court of Appeal held at p. 5579 that holding the property “only over the period of a long holiday week-end is surely indicative of the fact that it had no intention to earn income from the property”. While the time period and the days of the week might be relevant factors as regards the second part of the test, I would prefer to leave this issue for another day. As regards the first part of the test, should the above revenue of \$20,550 have been received during a period of time of any minimum duration, say six days or six weeks, or during specific days of the week? I cannot find any such reference in Regulation 1102(1)(c). Furthermore, holding otherwise here could create absurd results, given that Class 22 equipment can be used in 24-hour, continuous operations.

79

When Parliament or the executive wish to set time periods in tax law, they do so quite clearly and precisely. For example, as regards Capital Cost Allowance *per se*, see the following time periods: Regulation 1100(2.2)(f)(i), 364 days, and Schedule II, CCA, Class 12 (*r*), 7 days and 30 days. More generally, the *ITA* and the *Regulations* provide as follows: s. 232(4)(b): 6 days; Regulation 107(1): 7 days; s. 116(3): 10 days; s. 232(4)(a): 14 days; s. 62(3)(c): 15 days; s. 232(4)(a)(i): 21 days; Regulation 231(3): 30 days; s. 85(8): a month; s. 40(2)(g)(iv)(B): 60 days; s. 33.1(3): 90 days; s. 130.1(1)(a)(ii): 91 days; s. 129(2.1)(a): 120 days; s. 78(4): 180 days; s. 112(3)(a): 365 days; s. 85(7): 3 years. As regards very short time periods, I also note the following: s. 118.6(1): 10 hours; s. 8(4): 12 hours; s. 231.4(4): 24 hours; s. 6(6)(a)(ii): 36 hours; s. 225.2(5): 72 hours; Regulation 7303(7)(b)(iii) (revoked SOR/93-440): 3 days; s. 225.2(2)(a) (amended S.C. 1988, c. 55, s. 170): 3 days.

première question qu’il faut se poser. De même, la Cour d’appel a conclu, à la p. 5579, que «le fait qu’en l’espèce la contribuable a conservé les biens en litige uniquement pendant un long week-end de congé dénote certainement qu’elle n’avait pas l’intention véritable de tirer un revenu de ces biens». Bien que la durée et les jours de la semaine puissent constituer des facteurs pertinents relativement à la seconde partie du test, je préfère remettre à plus tard l’examen de cette question. En ce qui concerne la première partie du test, le revenu susmentionné de 20 550 \$ aurait-il dû être reçu au cours d’une période d’une durée minimale, disons de six jours ou de six semaines, ou pendant des jours particuliers de la semaine? Je ne puis trouver aucune indication en ce sens à l’al. 1102(1)(c) du Règlement. En outre, toute autre conclusion pourrait donner lieu à des résultats absurdes, vu que les biens de la catégorie 22 peuvent être utilisés pour des opérations continues 24 heures sur 24.

Lorsque le législateur ou le pouvoir exécutif désirent établir des périodes en droit fiscal, ils le font très clairement et précisément. Par exemple, en ce qui concerne la déduction pour amortissement *per se*, considérons les périodes suivantes: sous-al. 1100(2.2)f(i) du Règlement, 364 jours, et annexe II, DPA, catégorie 12 *r*), 7 jours et 30 jours. De façon plus générale, la *LIR* et le Règlement prévoient ce qui suit: al. 232(4)b): 6 jours; par. 107(1) du Règlement: 7 jours; par. 116(3): 10 jours; al. 232(4)a): 14 jours; al. 62(3)c): 15 jours; sous-al. 232(4)a)(i): 21 jours; par. 231(3) du Règlement: 30 jours; par. 85(8): un mois; div. 40(2)g)(iv)(B): 60 jours; par. 33.1(3): 90 jours; sous-al. 130.1(1)(a)(ii): 91 jours; al. 129(2.1)a): 120 jours; par. 78(4): 180 jours; al. 112(3)a): 365 jours; par. 85(7): 3 ans. Notons également les très courtes périodes suivantes: par. 118.6(1): 10 heures; par. 8(4): 12 heures; par. 231.4(4): 24 heures; sous-al. 6(6)a)(ii): 36 heures; par. 225.2(5): 72 heures; sous-al. 7303(7)b)(iii) du Règlement (révoqué par DORS/93-440): 3 jours; al. 225.2(2)a) (modifié par L.C. 1988, ch. 55, art. 170): 3 jours.

80

In view of the above, in the absence of any other indication, I would hesitate to read any time period

Compte tenu de ce qui précède, en l’absence de toute autre indication, j’hésiterais à considérer

requirement into the Regulation, since, on the one hand, there is no clear legislation to that effect, and, on the other hand, the legislator is in the best position to determine such requirements. Had Parliament intended such time restrictions to apply to CCA, it would have said so — *expressio unius est exclusio alterius*; for an application of implied exclusion in tax law, see generally *The Queen v. Vancouver Art Metal Works Ltd.*, 93 D.T.C. 5116 (F.C.A.), at p. 5117. Therefore, under Regulation 1102(1)(c), the property does not have to produce revenue during a specified minimum period: where revenue is produced, it is sufficient that it be produced during a time period of any duration.

Holding otherwise would likely introduce considerable uncertainty in this area of the law. The judgment of the Trial Division stands for the proposition that five days is not enough, but it does not set forth exactly what would be sufficient. It introduces uncertainty as to what time period would be sufficient in order for a taxpayer to claim CCA successfully. It is incumbent upon Parliament or the executive to specify a cut-off period if they find it expedient. Therefore, with respect, the undefined time period requirement introduced by the Federal Court Trial Division, and upheld by the Court of Appeal, constitutes an error of law and, in my view, is encroaching upon Parliament's legislative function.

#### H. *Materiality of the Assets' Revenue in Relation to the Total Revenue*

The Trial Division found at p. 633 that the amount of equipment-related revenue was "meagre" in terms of percentage of total revenue. Does Regulation 1102(1)(c) require that the revenue meet some specified minimum amount, or that it be "material" in relation to the taxpayer's other income? I am unable to see such a requirement in Regulation 1102(1)(c). Therefore, I conclude that the question as to whether the income produced by an item of property is "material" or "immaterial", in relation to the taxpayer's other income, is irrelevant to the application of Regulation 1102(1)(c).

l'exigence du Règlement comme incluant une certaine durée puisque, d'une part, il n'existe aucune disposition législative claire à cet effet, et d'autre part, le législateur est le mieux placé pour déterminer ces exigences. Eût-il voulu que pareilles restrictions quant au temps s'appliquent à la DPA, le législateur l'aurait dit — *expressio unius est exclusio alterius*; pour une application d'une exclusion implicite en droit fiscal, voir de façon générale *La Reine c. Vancouver Art Metal Works Ltd.*, 93 D.T.C. 5116 (C.A.F.), à la p. 5117. Par conséquent, en vertu de l'al. 1102(1)c) du Règlement, il n'est pas nécessaire que le bien produise un revenu au cours d'une période minimale prescrite: lorsqu'il y a un revenu, il suffit qu'il soit produit au cours d'une période, de quelque durée soit-elle.

Conclure le contraire pourrait avoir pour effet d'introduire une grande incertitude dans ce domaine du droit. La décision du juge de première instance signifie que cinq jours, ce n'est pas assez — mais elle ne précise pas ce qui le serait. Elle introduit de l'incertitude quant à la période qui serait suffisante pour qu'un contribuable puisse réclamer une DPA avec succès. Il appartient au législateur et au pouvoir exécutif de préciser une période limite s'ils l'estiment opportun. Par conséquent, en toute déférence, l'exigence relative à une période indéfinie introduite par le juge de première instance de la Cour fédérale et confirmée par la Cour d'appel constitue une erreur de droit et, à mon avis, elle empiète sur le rôle du législateur.

#### H. *L'importance relative du revenu des biens par rapport au revenu total*

Le juge de première instance a conclu, à la p. 633, que le montant du revenu tiré de la machinerie était «seulement» un faible pourcentage du revenu total. L'alinéa 1102(1)c) du Règlement exige-t-il que le revenu atteigne un montant minimal prescrit ou qu'il soit «important» par rapport aux autres revenus du contribuable? Je suis incapable de dégager une telle exigence de l'al. 1102(1)c) du Règlement. Je conclus donc que la question de savoir si le revenu produit par un bien est «important» ou «peu important» par rapport aux autres revenus du contribuable est sans pertinence relativement à l'application de l'al. 1102(1)c) du Règle-

Holding otherwise could lead to absurd results in situations of rapid growth in revenue.

I. *Does Every Item of Property Have to be Shown in the Financial Statements?*

83

The Court of Appeal held at p. 5579 that “the appellant itself did not at the time treat the property which it acquired from the winding-up of ‘Equipment’ as being a potential or actual source of income: no such income was shown in the appellant’s books for either its 1984 or its 1985 taxation years”. Where the revenue produced by an asset is “immaterial” in relation to the taxpayer’s other income, does Regulation 1102(1)(c) require that it be shown distinctly in the financial statements? This issue has been aptly described in Lanny G. Chasteen et al., *Intermediate Accounting* (1st Canadian ed. 1992), at p. 35:

Materiality implies that generally accepted accounting principles need to be strictly followed only in accounting for and reporting material items. Lack of materiality justifies expedient, cost-effective treatment of immaterial items.

Materiality is a somewhat elusive concept because it is dependent on (1) the relative dollar amount of an item . . . (3) some combination of the relative dollar amount and nature of an item. . . . Finally, the materiality threshold may vary from company to company. For example, a \$20,000 loss from a lawsuit could be material for many companies but might not be material for a company as large as Air Canada. Because materiality judgments often involve factors peculiar to a particular situation, the CICA has not yet found it feasible to develop a set of general materiality guidelines, and materiality decisions are a matter of professional judgment in the particular circumstances. [Emphasis added.]

(See also Thomas H. Beechy, *Canadian Advanced Financial Accounting* (2nd ed. 1990), at pp. 38-40.)

ment. Affirmer le contraire pourrait donner lieu à des résultats absurdes dans des cas de croissance rapide du revenu.

I. *Chaque bien doit-il être mentionné dans les états financiers?*

La Cour d’appel a statué, à la p. 5579, que «l’appelante elle-même n’a pas, au moment où elle a acquis les biens lors de la liquidation d’«Equipment», considéré ces biens comme une source possible ou réelle de revenu: aucun revenu tiré de ces biens n’est mentionné dans les livres comptables de l’appelante pour les années d’imposition 1984 ou 1985». Lorsque le revenu produit par un bien est «peu important» par rapport aux autres revenus du contribuable, l’al. 1102(1)c) du Règlement exige-t-il qu’il en soit fait mention expressément dans les états financiers? Cette question a été analysée avec justesse dans Lanny G. Chasteen et autres, *Intermediate Accounting* (1<sup>re</sup> éd. canadienne 1992), à la p. 35:

[TRADUCTION] L’importance relative signifie qu’il faut suivre strictement les principes comptables généralement reconnus seulement pour comptabiliser et rapporter des postes importants. L’absence d’importance relative justifie le traitement opportun et rentable de postes de peu d’importance.

L’importance relative est un concept quelque peu insaisissable parce qu’il dépend (1) de la valeur pécuniaire relative d’un poste, [. . .] (3) d’une certaine combinaison de la valeur pécuniaire relative et de la nature d’un poste. [. . .] Enfin, le seuil de l’importance relative peut varier d’une société à l’autre. Par exemple, une perte de 20 000 \$ résultant d’une poursuite en justice pourrait être importante pour beaucoup de sociétés mais ne pas l’être pour une compagnie de la taille d’Air Canada. Parce que les jugements sur l’importance relative font souvent intervenir des facteurs propres à une situation particulière, l’ICCA n’a pas encore estimé réalisable la mise au point d’un ensemble de directives générales sur cette question, et les décisions en matière d’importance relative sont une question de jugement professionnel dans chaque cas d’espèce. [Je souligne.]

(Voir aussi Thomas H. Beechy, *Canadian Advanced Financial Accounting* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 38 à 40.)

In my opinion, under Regulation 1102(1)(c), where the revenue produced by an item of property is immaterial in relation to the overall business income, the taxpayer is not required to show this specific item of property separately in the financial statements. The underlying cost/benefit and policy rationales are clearly expressed in the Generally Accepted Accounting Principles (GAAP): “[t]he benefits . . . from providing information in financial statements should exceed the cost[s]. . . . [T]he evaluation of the nature and amount of benefits and costs is substantially a judgmental process”: *CICA Handbook*, vol. 1, s. 1000.16.

In the case at bar, the appellant decided not to show the specific revenue, the matched expenses, and the net income related to the specific equipment property in its financial statements:

Q. Well, if the business of Hickman Equipment Limited was wound up into Hickman Motors Limited effective December 28, 1984, why did you not show the revenues and expenses of Hickman Equipment Limited as part of the revenues and expenses of Hickman Motors Limited as at December 31, 1984?

A. Well, in our judgment at that time, the revenue — the income and/or loss that may have been generated would not have adjusted the auditing expense and the accounting expense to reconstruct the records for the three-, four-day period. We would have had to have had our external auditors involved for a period of time and we would have had to have had our own staff involved.

A. Well, if we take invoice 59762 and we look down, and it states that the rental period is from December the 5th, 1984, to January the 4th, 1985. And one thing that it does, it illustrates some of the cost that would have been involved in prorating the revenue from the period December 29th, 1984, up to January the 2nd, 1985. [Emphasis added.]

The equipment-related revenue attributable to the appellant is approximately \$20,550. The total

À mon avis, en vertu de l'al. 1102(1)c) du Règlement, lorsque le revenu produit par un bien est peu important par rapport à l'ensemble du revenu de l'entreprise, le contribuable n'est pas obligé de faire mention séparément de ce bien particulier dans les états financiers. Les raisons de principe qui sous-tendent cette règle au plan des coûts-avantages sont clairement exprimées dans les principes comptables généralement reconnus (PCGR): «[l]es avantages que sont censées procurer les informations contenues dans les états financiers doivent être supérieurs au coût [. . .] et [. . .] l'évaluation de la nature et de la valeur des avantages et des coûts [est], dans une large mesure, affaire de jugement»: *Manuel de l'ICCA*, vol.1, à l'art. 1000.16.

En l'espèce, l'appelante a décidé de ne pas faire mention dans ses états financiers du revenu spécifique, des dépenses correspondantes et du revenu net reliés aux pièces de machinerie en question:

[TRADUCTION]

Q. Bien, si l'entreprise d'Hickman Equipment Limited a été fusionnée avec Hickman Motors Limited avec effet le 28 décembre 1984, pourquoi n'avez-vous pas montré les revenus et dépenses d'Hickman Equipment Limited comme faisant partie des revenus et dépenses d'Hickman Motors Limited au 31 décembre 1984?

R. Bien, à notre avis à l'époque, le revenu — le revenu et les pertes qui ont pu être générés n'auraient pas compensé les frais de vérification et les frais comptables qu'il aurait fallu engager pour reconstituer les dossiers pour la période de trois, quatre jours. Il nous aurait fallu faire intervenir nos vérificateurs externes pendant un certain temps et notre propre personnel aurait dû être mis à contribution.

R. Bien, si nous prenons la facture 59762 et l'examinons, on y dit que la période de location va du 5 décembre 1984 au 4 janvier 1985. Et, entre autres, elle donne une idée de ce qu'il en aurait coûté pour calculer le revenu au prorata du 29 décembre 1984 au 2 janvier 1985. [Je souligne.]

Le revenu tiré de la machinerie attribuable à l'appelante est d'environ 20 550 \$. Le revenu total

revenue of the appellant is \$75,275,000. Bearing in mind the GAAP, *supra*, I cannot find that the appellant's cost/benefit decision with respect to materiality is unreasonable. Showing a specific property item's revenue in the financial statements is not the only way to prove that it produced revenue. There may be other admissible evidence, such as the uncontradicted testimonial and documentary evidence in the case at bar. Holding otherwise would be unreasonable and could lead to absurd and unmanageable results where a large number of items of property produce revenue.

de l'appelante est de 75 275 000 \$. Gardant à l'esprit les PCGR dont il a déjà été question, je suis incapable de conclure que la décision de l'appelante relativement à l'importance relative pour ce qui est du rapport coûts-avantages est déraisonnable. Faire mention du revenu d'un bien spécifique dans les états financiers n'est pas la seule façon de prouver qu'il a produit un revenu. Il peut exister d'autres éléments de preuve admissibles, telle la preuve testimoniale et documentaire non contredite en l'espèce. Toute autre conclusion serait déraisonnable et pourrait donner lieu à des résultats absurdes et impossibles à administrer dans les cas où un grand nombre de biens produisent un revenu.

87 My colleague Iacobucci J., at para. 143 of his reasons, repeats the Court of Appeal's opinion that because the revenue was not shown in the financial statements, there is no evidence of revenue. I cannot agree with that statement. For example, see *Docherty v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 537 (T.C.C.), at p. 539, where, in the absence of entries in the appellant's financial statements reflecting a transaction, the court accepted the working papers and the testimony of the corporation's accountant as evidence that the transaction had occurred. The law is well established that accounting documents or accounting entries serve only to reflect transactions and that it is the reality of the facts that determines the true nature and substance of transactions: *Vander Nurseries Inc. v. The Queen*, 95 D.T.C. 91 (T.C.C.); *Mountwest Steel Ltd. v. The Queen* (1994), 2 G.T.C. 1087 (T.C.C.); *Uphill Holdings Ltd. v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 148 (T.C.C.); *M.N.R. v. Wardean Drilling Ltd.*, 69 D.T.C. 5194 (Ex. Ct.); *M.N.R. v. Société Coopérative Agricole de la Vallée d'Yamaska*, 57 D.T.C. 1078 (Ex. Ct.). Furthermore, where the *ITA* does not require supporting documentation, credible oral evidence from a taxpayer is sufficient notwithstanding the absence of records: *Weinberger v. M.N.R.*, 64 D.T.C. 5060 (Ex. Ct.); *Naka v. The Queen*, 95 D.T.C. 407 (T.C.C.); *Page v. The Queen*, 95 D.T.C. 373 (T.C.C.).

Au paragraphe 143 de ses motifs, mon collègue le juge Iacobucci reprend l'opinion de la Cour d'appel que, parce que les états financiers n'affichaient aucun revenu, il n'y a pas preuve de revenu. Je ne saurais accepter cette affirmation. Par exemple, voir *Docherty c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 537 (C.C.I.), à la p. 539, où, en l'absence d'entrée dans les états financiers de l'appelant montrant une opération, la cour a accepté les documents de travail et le témoignage du comptable de la société comme preuve que l'opération avait été effectuée. Il est bien établi en droit que des documents comptables ou des entrées comptables servent uniquement à rapporter des opérations et que c'est la réalité des faits qui établit la nature et la substance véritables des opérations: *Vander Nurseries Inc. c. La Reine*, 95 D.T.C. 91 (C.C.I.); *Mountwest Steel Ltd. c. La Reine* (1994), 2 G.T.C. 1087 (C.C.I.); *Uphill Holdings Ltd. c. M.R.N.*, 93 D.T.C. 148 (C.C.I.); *M.N.R. c. Wardean Drilling Ltd.*, 69 D.T.C. 5194 (C. de l'É.); *M.N.R. c. Société coopérative agricole de la vallée d'Yamaska*, 57 D.T.C. 1078 (C. de l'É.). De plus, lorsque la *LIR* n'exige aucun document d'appui, le témoignage crédible d'un contribuable suffit, malgré l'absence de documents: *Weinberger c. M.N.R.*, 64 D.T.C. 5060 (C. de l'É.); *Naka c. La Reine*, 95 D.T.C. 407 (C.C.I.); *Page c. La Reine*, 95 D.T.C. 373 (C.C.I.).

88 In the case at bar, the *ITA* does not require that the revenue be shown in the financial statements

En l'espèce, la *LIR* n'exige pas que le revenu soit montré dans les états financiers et, par consé-

and, accordingly, since no issue of credibility was raised, the evidence adduced by the appellant is clearly sufficient.

*J. Proportionality of the Assets' Revenue in relation to Their Own Value*

The remaining issue is whether the revenue is unreasonably low in relation to the property's value, such as to make it tantamount to no revenue at all. For example, in *Clapham v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012 (T.A.B.), a motel valued at \$50,000 was rented to a controlled corporation for only \$600 per year. By virtue of renting the property for much less than its fair annual rental, the appellant in *Clapham* showed that it was not acquired for the purpose of producing income. CCA was disallowed, even though the item of property produced some revenue. In my opinion, if the revenue is unreasonably low in relation to the value of the revenue-generating property, then it is deemed not to produce income, and the second part of the test, dealing with the objective purpose, is to be applied.

In the case at bar, is the revenue unreasonably low in relation to the property's value? Cross-examination established that Hickman Motors' leasing revenue was \$1,900,000, the value of its leasing assets being \$5,220,000, and that Equipment's rental revenue was \$1,500,000, the value of its Class 22 assets being \$2,700,000. Thus, the fixed asset ratios (ratio = revenue ÷ asset) are respectively .36 for Hickman Motors and .55 for Equipment. These two ratios contrast sharply with the fixed asset ratio in *Clapham*, which is .01. Accordingly, I cannot infer from the evidence that the revenue produced by Equipment's property is unreasonably low in relation to that property's value — and the respondent adduced no evidence to that end. It is to be noted that I am using the above numbers for showing the clear distinction between the present case and *Clapham*. These ratios and values will not necessarily apply in the context of other cases.

quent, aucun doute quant à la crédibilité n'ayant été soulevé, la preuve produite par l'appelante est nettement suffisante.

*J. La proportionnalité entre le revenu tiré des biens et leur valeur*

Il reste à déterminer si le revenu est déraisonnablement bas par rapport à la valeur du bien, à telle enseigne qu'il équivaut à une absence de revenu. Par exemple, dans *Clapham c. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1012 (C.R.I.), un motel évalué à 50 000 \$ avait été loué à une société contrôlée pour seulement 600 \$ par année. En louant le bien pour beaucoup moins que sa juste valeur locative, l'appelante dans *Clapham* a démontré qu'il n'avait pas été acquis aux fins de gagner ou de produire un revenu. La DPA a été refusée, même si le bien produisait certains revenus. À mon avis, lorsque le revenu est déraisonnablement bas par rapport à la valeur du bien générateur de revenu, il est alors réputé ne pas produire un revenu, et la seconde partie du test, qui traite des fins objectives, s'appliquerait.

En l'espèce, le revenu est-il déraisonnablement bas par rapport à la valeur du bien? Le contre-interrogatoire a établi que le revenu de location d'Hickman Motors était de 1 900 000 \$, que la valeur des biens en location était de 5 220 000 \$ et que le revenu de location d'Equipment était de 1 500 000 \$, la valeur de ses biens de la catégorie 22 s'établissant à 2 700 000 \$. Ainsi, les ratios d'immobilisations (ratio = revenu ÷ actif) sont respectivement 0,36 pour Hickman Motors et 0,55 pour Equipment. Ces deux ratios diffèrent grandement du ratio d'immobilisations dans *Clapham*, qui s'établissait à 0,01. Par conséquent, je suis incapable de déduire de la preuve que le revenu produit par les biens d'Equipment était déraisonnablement bas par rapport à la valeur de ces biens — l'intimée n'a d'ailleurs présenté aucune preuve à cette fin. Il y a lieu de noter que j'utilise ces chiffres pour faire ressortir la nette différence entre la présente affaire et *Clapham*. Ces ratios et valeurs ne s'appliqueront pas nécessairement dans d'autres cas.

K. *Onus of Proof*

91 As I have noted, the appellant adduced clear, uncontradicted evidence, while the respondent did not adduce any evidence whatsoever. In my view, the law on that point is well settled, and the respondent failed to discharge its burden of proof for the following reasons.

92 It is trite law that in taxation the standard of proof is the civil balance of probabilities: *Dobieceo Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 95, and that within balance of probabilities, there can be varying degrees of proof required in order to discharge the onus, depending on the subject matter: *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164; *Pallan v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1102 (T.C.C.), at p. 1106. The Minister, in making assessments, proceeds on assumptions (*Bayridge Estates Ltd. v. M.N.R.*, 59 D.T.C. 1098 (Ex. Ct.), at p. 1101) and the initial onus is on the taxpayer to “demolish” the Minister’s assumptions in the assessment (*Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] S.C.R. 486; *Kennedy v. M.N.R.*, 73 D.T.C. 5359 (F.C.A.), at p. 5361). The initial burden is only to “demolish” the exact assumptions made by the Minister but no more: *First Fund Genesis Corp. v. The Queen*, 90 D.T.C. 6337 (F.C.T.D.), at p. 6340.

93 This initial onus of “demolishing” the Minister’s exact assumptions is met where the appellant makes out at least a *prima facie* case: *Kamin v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 62 (T.C.C.); *Goodwin v. M.N.R.*, 82 D.T.C. 1679 (T.R.B.). In the case at bar, the appellant adduced evidence which met not only a *prima facie* standard, but also, in my view, even a higher one. In my view, the appellant “demolished” the following assumptions as follows: (a) the assumption of “two businesses”, by adducing clear evidence of only one business; (b) the assumption of “no income”, by adducing clear evidence of income. The law is settled that unchallenged and uncontradicted evidence “demolishes” the Minister’s assumptions: see for example *MacIsaac v. M.N.R.*, 74 D.T.C. 6380 (F.C.A.), at p. 6381; *Zink v. M.N.R.*, 87 D.T.C. 652 (T.C.C.).

K. *Le fardeau de preuve*

Comme je l’ai signalé, l’appelante a produit une preuve claire et non contredite, alors que l’intimée n’a produit absolument aucune preuve. À mon avis, le droit sur ce point est bien établi et l’intimée ne s’est pas acquittée de son fardeau de preuve pour les raisons suivantes.

Il est bien établi en droit que, dans le domaine de la fiscalité, la norme de preuve est la prépondérance des probabilités: *Dobieceo Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 95, et que, à l’intérieur de cette norme, différents degrés de preuve peuvent être exigés, selon le sujet en cause, pour que soit acquittée la charge de la preuve: *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164; *Pallan c. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1102 (C.C.I.), à la p. 1106. En établissant des cotisations, le ministre se fonde sur des présomptions: (*Bayridge Estates Ltd. c. M.N.R.*, 59 D.T.C. 1098 (C. de l’É.), à la p. 1101), et la charge initiale de «démolir» les présomptions formulées par le ministre dans sa cotisation est imposée au contribuable (*Johnston c. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.S. 486; *Kennedy c. M.N.R.*, 73 D.T.C. 5359 (C.A.F.), à la p. 5361). Le fardeau initial consiste seulement à «démolir» les présomptions exactes qu’a utilisées le ministre, mais rien de plus: *First Fund Genesis Corp. c. La Reine*, 90 D.T.C. 6337 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 6340.

L’appellant s’acquitte de cette charge initiale de «démolir» l’exactitude des présomptions du ministre lorsqu’il présente au moins une preuve *prima facie*: *Kamin c. M.N.R.*, 93 D.T.C. 62 (C.C.I.); *Goodwin c. M.N.R.*, 82 D.T.C. 1679 (C.R.I.). En l’espèce, l’appelante a produit une preuve qui respecte non seulement la norme *prima facie*, mais, selon moi, une norme encore plus sévère. À mon avis, l’appelante a «démoli» les présomptions suivantes: a) la présomption de l’existence de «deux entreprises», en produisant une preuve claire de l’existence d’une seule entreprise; b) la présomption qu’il n’y a «aucun revenu», en produisant une preuve claire de l’existence d’un revenu. Il est établi en droit qu’une preuve non contestée ni contredite «démolit» les présomptions du ministre: voir par exemple *MacIsaac c. M.N.R.*, 74 D.T.C. 6380

As stated above, all of the appellant's evidence in the case at bar remained unchallenged and uncontradicted. Accordingly, in my view, the assumptions of "two businesses" and "no income" have been "demolished" by the appellant.

Where the Minister's assumptions have been "demolished" by the appellant, "the onus . . . shifts to the Minister to rebut the *prima facie* case" made out by the appellant and to prove the assumptions: *Magilb Development Corp. v. The Queen*, 87 D.T.C. 5012 (F.C.T.D.), at p. 5018. Hence, in the case at bar, the onus has shifted to the Minister to prove its assumptions that there are "two businesses" and "no income".

Where the burden has shifted to the Minister, and the Minister adduces no evidence whatsoever, the taxpayer is entitled to succeed: see for example *MacIsaac*, *supra*, where the Federal Court of Appeal set aside the judgment of the Trial Division, on the grounds that (at p. 6381) the "evidence was not challenged or contradicted and no objection of any kind was taken thereto". See also *Waxstein v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1348 (T.R.B.); *Roselawn Investments Ltd. v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1271 (T.R.B.). Refer also to *Zink*, *supra*, at p. 653, where, even if the evidence contained "gaps in logic, chronology, and substance", the taxpayer's appeal was allowed as the Minister failed to present any evidence as to the source of income. I note that, in the case at bar, the evidence contains no such "gaps". Therefore, in the case at bar, since the Minister adduced no evidence whatsoever, and no question of credibility was ever raised by anyone, the appellant is entitled to succeed.

In the present case, without any evidence, both the Trial Division and the Court of Appeal purported to transform the Minister's unsubstantiated and unproven assumptions into "factual findings", thus making errors of law on the onus of proof. My colleague Iacobucci J. defers to these so-called "concurrent findings" of the courts below, but,

(C.A.F.), à la p. 6381; *Zink c. M.R.N.*, 87 D.T.C. 652 (C.C.I.). Comme je l'ai déjà dit, aucune partie de la preuve produite par l'appelante en l'espèce n'a été contestée ni contredite. Par conséquent, à mon avis, l'appelante a «démoli» les présomptions sur l'existence de «deux entreprises» et sur le fait qu'il n'y a «aucun revenu».

Lorsque l'appelant a «démoli» les présomptions du ministre, le «fardeau de la preuve [ . . . ] passe [ . . . ] au ministre qui doit réfuter la preuve *prima facie*» faite par l'appelant et prouver les présomptions: *Magilb Development Corp. c. La Reine*, 87 D.T.C. 5012 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 5018. Ainsi, dans la présente affaire, la charge est passée au ministre, qui doit prouver ses présomptions suivant lesquelles il existe «deux entreprises» et il n'y a «aucun revenu».

Lorsque le fardeau est passé au ministre et que celui-ci ne produit absolument aucune preuve, le contribuable est fondé à obtenir gain de cause: voir par exemple *MacIsaac*, précité, où la Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Division de première instance (à la p. 6381) pour le motif que le «témoignage n'a été ni contesté ni contredit, et aucune objection ne lui a été opposée». Voir aussi *Waxstein c. M.R.N.*, 80 D.T.C. 1348 (C.R.I.); *Roselawn Investments Ltd. c. M.R.N.*, 80 D.T.C. 1271 (C.R.I.). Se reporter également à *Zink*, précité, à la p. 653, où, même si la preuve «échappait à la logique et présentait de graves lacunes de fond et de chronologie», l'appel du contribuable a été accueilli parce que le ministre n'a présenté aucune preuve quant à la source de revenu. Dans la présente affaire, je remarque que la preuve ne contient aucune «lacune» de ce genre. Par conséquent, puisque le ministre n'a produit absolument aucune preuve et que personne n'a soulevé le moindre doute quant à la crédibilité, l'appelante est fondée à obtenir gain de cause.

Dans la présente affaire, sans qu'aucune preuve ne leur ait été présentée, le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux voulu transformer les présomptions non fondées et non vérifiées en «conclusions de fait», commettant ainsi des erreurs de droit sur la charge de la preuve. Mon collègue le juge Iacobucci exerce de la rete-

94

95

96

while I fully agree in general with the principle of deference, in this case two wrongs cannot make a right. Even with “concurrent findings”, unchallenged and uncontradicted evidence positively rebuts the Minister’s assumptions: *MacIsaac*, *supra*. As Rip T.C.J., stated in *Gelber v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1030, at p. 1033, “the [Minister] is not the arbiter of what is right or wrong in tax law”. As Brulé T.C.C.J., stated in *Kamin*, *supra*, at p. 64:

... the Minister should be able to rebut such [*prima facie*] evidence and bring forth some foundation for his assumptions.

. . .

The Minister does not have a *carte blanche* in terms of setting out any assumption which suits his convenience. On being challenged by evidence in chief he must be expected to present something more concrete than a simple assumption. [Emphasis added.]

97

In my view, the above statement is apposite in the present case: the respondent, on being challenged by evidence in chief, failed to present anything more concrete than simple assumptions and failed to bring forth any foundation. The respondent chose not to rebut any of the appellant’s evidence. Accordingly, the respondent failed to discharge her onus of proof.

98

I note that, in upholding the Minister’s unproven assumptions, my colleague Iacobucci J. may be seen as reversing the above-stated line of case law, without explicitly providing the rationale for doing so. With respect for the contrary opinion, in my view, changes in the jurisprudence regarding the onus of proof in tax law should be left for another day. Furthermore, on the facts of the case at bar, sanctioning the respondent’s total lack of evidence could seem unreasonable and perhaps even unjust, given that the appellant complied with

nue à l’égard de ces soi-disant «conclusions concordantes» des cours d’instance inférieure, mais, bien que je sois tout à fait d’accord de façon générale avec le principe de retenue judiciaire, dans la présente affaire, deux décisions incorrectes ne sauraient en faire une bonne. Même si nous sommes en présence de «conclusions concordantes», la preuve non contestée et non contredite réfute positivement les présomptions du ministre: *MacIsaac*, précité. Comme le juge Rip de la Cour canadienne de l’impôt l’a noté dans *Gelber c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1030, à la p. 1033, «[le ministre] n’est pas l’arbitre de ce qui est fondé ou non en matière de droit fiscal». Le juge Brulé de la Cour canadienne de l’impôt dans *Kamin*, précité, a observé à la p. 64:

... le ministre devrait pouvoir réfuter cette preuve [*prima facie*] et présenter des arguments à l’appui de ses présomptions.

. . .

Le ministre n’a pas carte blanche pour établir les présomptions qui lui conviennent. À l’interrogatoire principal, on s’attend qu’il puisse produire des preuves plus concrètes que de simples présomptions pour réfuter les arguments de l’appelant. [Je souligne.]

À mon avis, ces affirmations sont applicables à la présente affaire: l’intimée, dont les opinions ont été contestées par la preuve principale, n’a rien présenté de plus concret que de simples présomptions et n’a avancé aucun fondement. Elle a choisi de ne réfuter aucun des éléments de preuve de l’appelante. Par conséquent, elle ne s’est pas acquittée de son fardeau de preuve.

Je remarque que, en confirmant les présomptions non prouvées du ministre, mon collègue le juge Iacobucci peut paraître renverser le courant jurisprudentiel ci-dessus mentionné sans fournir explicitement de justification à cette fin. En toute déférence pour l’opinion contraire, je suis d’avis que les modifications dans la jurisprudence relative à la charge de la preuve en droit fiscal devraient être remises à plus tard. De plus, vu les faits de la présente affaire, sanctionner l’absence totale de preuve de l’intimée pourrait sembler déraisonnable

a well-established line of jurisprudence as regards its onus of proof.

## V. Summary

Section 88(1)(c) does not create any right for the parent company to claim a CCA deduction as a result of the winding-up of a subsidiary. This right is to be found in s. 20(1)(a), read concurrently with the applicable Regulations. The appellant has discharged its burden of proving that the property was held for the purpose of producing income from its business. The appellant proved that between December 28, 1984, and January 2, 1985, it did in fact carry on an integrated car, truck and equipment business. The appellant proved that the equipment-related property produced revenue from that business during that period. Accordingly, the requirements of Regulation 1102(1)(c) and s. 20(1)(a) are met. Therefore, the CCA deduction is allowable.

Both the Trial Division and the Court of Appeal failed to take the revenue into consideration and, in determining whether the equipment-related assets met the requirements of Regulation 1102, made incorrect inferences, asked the wrong questions of law and applied the wrong test, which constitute reviewable errors of law. In as technical a piece of legislation as the *ITA*, had Parliament or the executive wanted to specify any minimum period of time, materiality requirement, or financial statement content requirement, they would have used clear language to that effect.

## VI. Disposition

Since the appellant is entitled to a capital cost allowance deduction as claimed, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgments of the Federal Court of Appeal and the Trial Division, and remit the matter back to the Minister of National Revenue for reassessment in conformity with these reasons.

et peut-être même injuste étant donné que l'appelante s'est conformée à une jurisprudence bien établie pour ce qui est de son fardeau de preuve.

## V. Sommaire

L'alinéa 88(1)(c) ne crée aucun droit pour la société mère de demander une DPA à l'issue de la liquidation d'une filiale. Ce droit trouve son fondement à l'al. 20(1)(a), lu conjointement avec le Règlement applicable. L'appelante s'est acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que le bien a été détenu aux fins de produire un revenu tiré de son entreprise. L'appelante a prouvé que, entre le 28 décembre 1984 et le 2 janvier 1985, elle a effectivement exploité une entreprise intégrée de voitures, de camions et de machinerie. L'appelante a prouvé que les biens reliés à la machinerie ont produit un revenu tiré de cette entreprise au cours de cette période. Par conséquent, on a satisfait aux exigences de l'al. 1102(1)(c) du Règlement et de l'al. 20(1)(a). La DPA peut donc être autorisée.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux omis de tenir compte des revenus et, pour déterminer si les biens reliés à la machinerie respectaient les exigences de l'art. 1102 du Règlement, ils ont fait des déductions incorrectes, posé les mauvaises questions de droit et appliqué le mauvais test, ce qui constitue des erreurs de droit donnant lieu à révision. Dans une loi aussi technique que la *LIR*, si le législateur ou le pouvoir exécutif avaient voulu préciser une période minimale, ou des exigences en matière d'importance relative, ou de contenu particulier des états financiers, ils l'auraient dit clairement.

## VI. Dispositif

Puisque l'appelante a droit à la déduction réclamée pour amortissement, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmes les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Section de première instance et de renvoyer l'affaire au ministre du Revenu national pour l'établissement d'une nouvelle cotisation, le tout en conformité avec les présents motifs.

The reasons of Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Iacobucci rendus par

102 IACOBUCCI J. (dissenting) — I have read the reasons written by my colleagues, Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin, and, with respect, find myself unable to concur with most of their reasoning or with their conclusion. In my opinion, the appellant's attempt to deduct capital cost allowance from its income from a business fails for the primary reason that the capital cost allowance is not, as required by s. 20(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, applicable to a business source of income. Because of my disagreement with my colleagues' respective approaches to this case, I will set forth the relevant factual and judicial background.

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et, en toute déférence, je ne puis souscrire ni à la majeure partie de leur raisonnement ni à leur conclusion. À mon avis, la tentative de l'appelante de faire une déduction pour amortissement contre le revenu tiré de son entreprise échoue, principalement parce que l'amortissement ne se rapporte pas, comme l'exige le par. 20(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, à une source de revenu tiré d'une entreprise. À cause de mon désaccord d'avec les façons respectives dont mes collègues abordent la présente affaire, j'exposerai l'historique factuel et judiciaire pertinent.

#### 1. Facts

#### 1. Les faits

103 The appellant, Hickman Motors Ltd., is a General Motors distributor in St. John's, Newfoundland. It sells, services, rents and leases cars and trucks.

L'appelante, Hickman Motors Ltd., est concessionnaire de produits General Motors à St. John's (Terre-Neuve). Elle vend et loue des automobiles et des camions et en assure le service après-vente.

104 On December 14, 1984, Hickman Motors acquired all of the outstanding shares of an associated corporation, Hickman Equipment Ltd. (hereinafter "Equipment"). Equipment's business consisted of leasing heavy equipment, such as backhoes, bulldozers, rock drilling equipment and cranes.

Le 14 décembre 1984, Hickman Motors a acquis toutes les actions en circulation d'une société associée, Hickman Equipment Ltd. (ci-après «Equipment»), qui exploitait une entreprise de location de machinerie lourde: chargeuses-pelleteuses, bulldozers, matériel de forage et grues.

105 On Friday, December 28, 1984, Equipment was voluntarily wound up into Hickman Motors. Upon the winding-up, all of Equipment's assets passed to Hickman Motors. Among these assets were certain items of depreciable property (in this case, backhoes, bulldozers, etc.) with an undepreciated capital cost of \$5,196,422. Hickman Motors retained Equipment's assets for five days and then, on January 2, 1985 (the following Wednesday, after the New Year's holiday), sold everything to a newly incorporated, related company called Hickman Equipment (1985) Ltd. (hereinafter "Equipment 85"). From January 2, 1985, Equipment 85 carried on the same heavy equipment leasing busi-

Le vendredi 28 décembre 1984, Equipment a été volontairement liquidée et fusionnée à Hickman Motors. Au moment de la liquidation, tout l'actif d'Equipment a été transféré à Hickman Motors. L'actif comportait certains biens amortissables (en l'espèce des chargeuses-pelleteuses, des bulldozers et autres), dont la fraction non amortie du coût en capital s'établissait à 5 196 422 \$. Hickman Motors a conservé l'actif d'Equipment pendant cinq jours et, le 2 janvier 1985 (le mercredi suivant, après le congé du Nouvel An), a vendu le tout à une société liée nouvellement constituée, Hickman Equipment (1985) Ltd. (ci-après «Equipment 85»). À partir du 2 janvier 1985, Equipment

ness which had formerly been carried on by Equipment.

In the 1984 taxation year, the appellant, Hickman Motors, claimed \$2,092,942 for capital cost allowance in respect of the Equipment assets. The Minister of National Revenue disallowed this claim, and held that Hickman Motors was not entitled to claim capital cost allowance on any of the Equipment property on the ground that Hickman Motors had not acquired the property for the purpose of gaining or producing income.

Hickman Motors appealed the Minister's decision to the Federal Court (Trial Division), arguing that, since it had acquired the assets as part of a business reorganization pursuant to ss. 88(1) and (1.1) of the Act, it did not need to show that it had carried out this acquisition with the purpose of gaining or producing income therefrom. In the alternative, the company alleged that it had, in fact, acquired and used the assets in order to gain or produce income. Joyal J. ([1993] 1 F.C. 622) dismissed the taxpayer's appeal. A subsequent appeal to the Federal Court of Appeal (95 D.T.C. 5575) was similarly dismissed.

## 2. Relevant Statutory Provisions

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year determined by the following rules:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property;

4. (1) For the purposes of this Act,

(a) a taxpayer's income or loss for a taxation year from an office, employment, business, property or other source, or from sources in a particular place, is the taxpayer's income or loss, as the case may be,

85 a exploité l'entreprise de location de machinerie lourde auparavant exploitée par Equipment.

Au cours de l'année d'imposition 1984, l'appellante, Hickman Motors, a demandé une déduction pour amortissement de 2 092 942 \$ relativement aux éléments d'actif d'Equipment. Le ministre du Revenu national a refusé cette déduction et affirmé qu'Hickman Motors n'avait pas le droit de demander la déduction pour amortissement sur les biens d'Equipment pour le motif qu'elle ne les avait pas achetés aux fins de gagner ou de produire un revenu.

Hickman Motors a interjeté appel de la décision du ministre auprès de la Cour fédérale (Section de première instance), soutenant que, puisqu'elle avait acquis l'actif dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise conformément aux par. 88(1) et (1.1) de la Loi, elle n'avait pas à démontrer qu'elle avait procédé à cette acquisition aux fins de gagner ou de produire un revenu. Subsidiairement, la société a fait valoir qu'elle avait, en fait, acquis et utilisé l'actif aux fins de gagner ou de produire un revenu. Le juge Joyal ([1993] 1 C.F. 622) a rejeté l'appel du contribuable. La Cour d'appel fédérale (95 D.T.C. 5575) a aussi rejeté un appel subséquent.

## 2. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes:

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien), dont la source se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

4. (1) Aux fins de la présente loi,

a) le revenu ou la perte d'un contribuable pour une année d'imposition, provenant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise, de biens ou d'une autre source, ou de sources situées dans un endroit déter-

106

107

108

computed in accordance with this Act on the assumption that he had during the taxation year no income or loss except from that source or no income or loss except from those sources, as the case may be, and was allowed no deductions in computing his income for the taxation year except such deductions as may reasonably be regarded as wholly applicable to that source or to those sources, as the case may be, and except such part of any other deductions as may reasonably be regarded as applicable thereto; . . .

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

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;

85. . . .

(5.1) Where a person or a partnership (in this subsection referred to as the "taxpayer") has disposed of any depreciable property of a prescribed class of the taxpayer to a transferee that was

(a) a corporation that, immediately after the disposition, was controlled, directly or indirectly in any manner whatever, by the taxpayer, by the spouse of the taxpayer or by a person, group of persons or partnership by whom the taxpayer was controlled, directly or indirectly in any manner whatever,

. . .

and the fair market value of the property at the time of the disposition is less than both the cost to the taxpayer of the property and the amount (in this subsection referred to as the "proportionate amount") that is the

miné, signifie le revenu ou la perte, selon le cas, du contribuable, calculée conformément à la présente loi, en supposant que ce contribuable n'a eu, durant l'année d'imposition, aucun revenu ni perte, sauf ce qui provenait de cette source, ni aucun revenu ou perte, sauf ce qui provenait de ces sources, selon le cas, et qu'il n'avait droit à aucune déduction lors du calcul de son revenu pour l'année d'imposition à l'exception des déductions qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables à cette source ou à ces sources, selon le cas, et à l'exception de la partie de toutes autres déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable à cette source ou à ces sources; . . .

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

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;

85. . . .

(5.1) Lorsqu'une personne ou une société (appelée dans le présent paragraphe le «contribuable») a disposé d'un bien amortissable quelconque d'une catégorie prescrite qui lui appartenait en faveur d'un bénéficiaire d'un transfert qui était

a) une corporation qui, immédiatement après la disposition, était contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par le contribuable, le conjoint du contribuable ou une personne, un groupe de personnes ou une société qui contrôlait le contribuable directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit,

. . .

et que la juste valeur marchande du bien, à la date de la disposition, est inférieure à la fois au coût du bien pour le contribuable et au montant (appelé dans le présent paragraphe le «montant proportionnel») qui représente

proportion of the undepreciated capital cost to the taxpayer of all property of that class immediately before the disposition that the fair market value of the property at the time of the disposition is of the fair market value of all property of that class at the time of disposition, the following rules apply:

(e) the lesser of the cost to the taxpayer of the property and the proportionate amount in respect of the property shall be deemed to be the taxpayer's proceeds of disposition and the transferee's cost of the property;

### 3. Judgments Below

A. *Federal Court (Trial Division)*, [1993] 1 F.C. 622

At trial, Hickman Motors called only one witness, Mr. Brian Grant, who manages the financial affairs of all the Hickman companies. The Crown called no witnesses.

Having reviewed the evidence relating to the relevant transactions, Joyal J. found that Hickman Motors had never intended to expand its business to include a heavy equipment dealership. It had always planned to hold onto Equipment's assets for only a few days prior to a subsequent transfer to Equipment 85 (at p. 632):

According to the evidence, the plaintiff, a General Motors dealer in cars and trucks, had no intention of carrying on the business of a heavy equipment dealer, which had been Equipment's mainstay and which Equipment 85 was to inherit.

Given that Hickman Motors had never intended to run a heavy equipment dealership, the trial judge considered whether the Act would, nonetheless, permit capital cost allowance deductions for the heavy equipment in question. Joyal J. looked first at s. 20(1), which is headed "Deductions permitted in computing income from business or property". In particular, Joyal J. noted that s. 20(1)

la partie de la fraction non amortie du coût en capital pour le contribuable, de tous les biens de cette catégorie, immédiatement avant la disposition, représentée par le rapport entre la juste valeur marchande du bien à la date de la disposition et la juste valeur marchande de tous les biens de cette catégorie à la date de la disposition, les règles suivantes s'appliquent:

e) le moins élevé du coût du bien pour le contribuable ou le montant proportionnel à l'égard du bien est réputé être le produit que le contribuable a tiré de la disposition du bien et le coût du bien pour le bénéficiaire du transfert;

### 3. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale*, [1993] 1 C.F. 622

En première instance, Hickman Motors n'a assigné qu'un témoin, M. Brian Grant, qui administre les finances de l'ensemble des sociétés Hickman. Le ministère public n'a assigné aucun témoin.

Après avoir examiné la preuve relative aux opérations pertinentes, le juge Joyal a conclu qu'Hickman Motors n'avait jamais eu l'intention d'élargir son entreprise pour devenir concessionnaire de machinerie lourde. En fait, Hickman avait toujours prévu détenir l'actif d'Equipment pendant seulement quelques jours avant d'en faire ensuite le transfert à Equipment 85 (à la p. 632):

D'après la preuve, la demanderesse, un concessionnaire d'automobiles et de camions General Motors, n'avait nullement l'intention d'agir comme concessionnaire de machinerie lourde, la principale entreprise qu'avait exploitée Equipment et celle qu'Equipment 85 devait acquérir.

Puisque Hickman Motors n'avait jamais eu l'intention d'agir comme concessionnaire de machinerie lourde, le juge de première instance a examiné si la Loi permettrait néanmoins une déduction pour amortissement pour la machinerie lourde en question. Le juge Joyal a tout d'abord examiné le par. 20(1), intitulé «Dédutions admises lors du calcul des revenus d'une entreprise ou d'un bien».

109

110

111

permits only those deductions which are wholly or partly applicable to the source in question.

Il a tout particulièrement fait remarquer que le par. 20(1) ne permet que les déductions qui se rapportent entièrement ou en partie à la source en question.

112 Then, Joyal J. turned to Regulation 1102(1)(c) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945. This regulation excludes from the definition of depreciable property all assets which the taxpayer did not acquire for the purpose of gaining or producing income. In the opinion of the trial judge at p. 632, this exclusion is “consonant with the sourcing provision of section 20” (emphasis in the original).

Le juge Joyal a ensuite analysé l'al. 1102(1)(c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945. Cette disposition exclut de la définition des biens amortissables les biens qui n'ont pas été acquis par le contribuable aux fins de gagner ou de produire un revenu. De l'avis du juge de première instance (à la p. 632), cette exclusion «s'accord[e] avec la disposition de l'article 20 relative à la source de revenu» (souligné dans l'original).

113 Considering s. 20(1) in light of Regulation 1102(1)(c), Joyal J. held that, in order to claim capital cost allowance in respect of the heavy equipment assets, Hickman Motors must establish that it acquired the property for the purpose of producing profit from a business which it was carrying on.

Examinant le par. 20(1) au regard de l'al. 1102(1)(c) du *Règlement*, le juge Joyal a statué que, pour pouvoir demander une déduction pour amortissement à l'égard de l'actif de machinerie lourde, Hickman Motors devait établir qu'elle a acquis ces biens pour réaliser un bénéfice tiré d'une entreprise qu'elle exploitait.

114 Based on the evidence before him, Joyal J. found that Hickman Motors had not acquired the property for the purpose of producing income from its business. He emphasized two factors: first, the fact that Hickman Motors derived only a small portion of its revenues from leasing; and, second, that it held on to the assets for only five days. Joyal J. said at p. 633, “there was neither an intention nor, for practical purposes, any more than a notional attempt to earn income from the assets acquired on the winding-up.” Therefore, he held that Regulation 1102(1)(c) and, in particular, its requirement that the taxpayer acquire the property in question for the purpose of gaining or producing income operate to bar Hickman Motors' claim for capital cost allowance.

À partir de la preuve, le juge Joyal a conclu qu'Hickman Motors n'avait pas acquis les biens aux fins de produire un revenu tiré de son entreprise. Il a fait ressortir deux facteurs: premièrement, le fait qu'Hickman Motors ne tirait qu'une petite partie de ses revenus de la location et, deuxièmement, qu'elle n'avait conservé l'actif que pendant cinq jours. Il a affirmé, à la p. 633, que la société «n'avait pas l'intention de gagner un revenu de l'actif acquis à la suite de la liquidation et qu'elle n'avait fait aucune démarche en ce sens». Il a donc déterminé que l'al. 1102(1)(c) du *Règlement* et, tout particulièrement, son exigence que le contribuable acquière le bien en question aux fins de gagner ou de produire un revenu, a pour effet de rendre irrecevable la demande de déduction pour amortissement d'Hickman Motors.

115 Before leaving his analysis of s. 20(1)(a) and Regulation 1102(1)(c), Joyal J. made one final comment. He said at p. 633, “[i]t is evident to me that the capital cost of the assets is not applicable to the income of the plaintiff's business of automotive sales and services which it carried on in its 1984 taxation year.”

Avant de clore son analyse des al. 20(1)(a) et 1102(1)(c) du *Règlement*, le juge Joyal a fait un dernier commentaire. Il a dit, à la p. 633: «Il me paraît évident que le coût en capital de l'actif ne se rapporte pas au revenu que la demanderesse a tiré de la vente d'automobiles et de services rendus aux automobilistes, c'est-à-dire l'entreprise qu'elle exploitait pendant son année d'imposition 1984.»

The balance of the trial judge's reasons deals with whether or not s. 88(1.1) of the Act allows Hickman Motors to claim capital cost allowance on the assets. The wording of s. 88(1.1)(e) and s. 88(1)(c) led Joyal J. to conclude that the rollover provisions of s. 88 apply only when the parent uses the subsidiary's assets in its business. Since he had already found that Hickman Motors had not used Equipment's depreciable property in its car sales and leasing business, the trial judge found that Hickman Motors could not use the s. 88 rollover provisions as a springboard to claiming capital cost allowance.

In the opinion of Joyal J., to allow Hickman Motors' claim would lead to inconsistency within the Act as a whole. He said at p. 637:

I conclude that the specific processes found in subsection 88(1.1) with respect to the roll-over of assets and liabilities can only be applied in light of the other provisions of the Act which I have cited. To do otherwise would simply result in artificiality and create an imbalance or non-conformity in the application of the more generic provisions of the statute which Parliament had no intention of creating.

In conclusion, Joyal J. said that Hickman Motors could not claim capital cost allowance in respect of Equipment's assets because it failed to satisfy the "business purpose test" contained within the sourcing provisions of s. 20(1) and within the definition of depreciable property in Regulation 1102(1)(c).

*B. Federal Court of Appeal, 95 D.T.C. 5575*

Writing for the Court of Appeal, Hugessen J.A. considered but ultimately rejected Hickman Motors' argument that s. 88(1) creates a right to claim capital cost allowance which operates independently of s. 20(1)(a). The appellant's claim failed for the basic reason that s. 88(1) contains no language which either charges or relieves the tax-

Dans le reste de ses motifs, le juge de première instance examine si le par. 88(1.1) de la Loi permet à Hickman Motors de demander une déduction pour amortissement sur l'actif. Le texte des al. 88(1.1)e) et 88(1)c) a amené le juge Joyal à conclure que les dispositions en matière de transfert libre d'impôt s'appliquent seulement lorsque la société mère utilise l'actif de la filiale dans son entreprise. Puisqu'il avait déjà affirmé qu'Hickman Motors n'avait pas utilisé les biens amortissables d'Equipment dans son entreprise de vente et de location de voitures, le juge de première instance a conclu qu'Hickman Motors ne pouvait utiliser le transfert libre d'impôt prévu à l'art. 88 comme un moyen de réclamer une déduction pour amortissement.

De l'avis du juge Joyal, autoriser la réclamation d'Hickman Motors aboutirait à un manque de cohérence dans l'ensemble de la Loi. Il a précisé, à la p. 637:

Je conclus que les règles particulières énoncées au paragraphe 88(1.1), relativement au transfert, libre d'impôt, de l'actif et du passif, peuvent seulement être appliquées à la lumière des autres dispositions de la Loi que j'ai citées. Toute autre solution engendrerait simplement un résultat factice et créerait un déséquilibre ou un manque de cohérence dans l'application des dispositions plus générales de la Loi, ce qui serait contraire à l'intention du législateur.

En conclusion, le juge Joyal a affirmé qu'Hickman Motors ne pouvait demander de déduction pour amortissement relativement à l'actif d'Equipment parce qu'elle ne remplissait pas le «critère de l'objet commercial» que l'on retrouve au par. 20(1) dans les dispositions relatives aux sources de revenu et à l'al. 1102(1)c) du Règlement dans la définition des biens amortissables.

*B. La Cour d'appel fédérale, 95 D.T.C. 5575*

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Hugessen a examiné, pour finalement rejeter, l'argument d'Hickman Motors selon lequel le par. 88(1) crée un droit de demander une déduction pour amortissement qui soit indépendante de l'al. 20(1)a). Le juge a rejeté la demande de l'appelante fondamentalement parce que le par. 88(1) ne con-

116

117

118

119

payer from tax liability. Hugessen J.A. said at p. 5577, “[i]n and of itself, the subsection creates no rights to any deductions at all.”

120 In his view, all that s. 88(1) does is to effect a “flow-through” of the cost of property from a wound-up subsidiary to the parent corporation. Neither the fact that the subsidiary’s depreciable property has become depreciable property in the parent company’s hands, nor the fact that the parent has “inherited” the subsidiary’s undepreciated capital cost assists in determining whether the parent can claim capital cost allowance in respect of the property.

121 Hugessen J.A. pointed out that a taxpayer’s right to claim capital cost allowance arises only by virtue of s. 20(1)(a). This section incorporates the more detailed rules laid out in the Regulations, in particular, Regulation 1102(1)(c) which limits the classes of depreciable property to those assets which the taxpayer acquired for the purpose of gaining or producing income. In the opinion of the Court of Appeal at p. 5578, this regulation is “wholly consonant” with s. 18(1)(a), which limits deductions from income from a business or property to those outlays which were made for the purpose of gaining or producing income from the business or property.

122 Hugessen J.A. rejected Hickman Motors’ argument that Regulation 1102(14) operates so as to deem the subsidiary’s assets to be depreciable property of a prescribed class in the hands of the parent company. In his opinion, this regulation has only one purpose: to prevent the acquirer of depreciable property from switching the property from one class to another.

123 Accordingly, Hugessen J.A. concluded that s. 88 did not create an independent right for Hickman Motors to claim capital cost allowance on the assets acquired on the winding-up of Equipment. He held that Hickman Motors could only deduct capital cost allowance if it met the standard

tient aucune disposition qui impose au contribuable une obligation fiscale ou lui accorde un allègement. Le juge Hugessen a affirmé, à la p. 5577: «En lui-même, ce paragraphe ne crée aucun droit à une déduction quelconque.»

À son avis, le par. 88(1) ne fait qu’opérer un «transfert» du coût des biens de la filiale liquidée à la société mère. Ni le fait que les biens amortissables de la filiale soient devenus des biens que la société mère peut amortir ni le fait que la société mère ait «hérité» de la fraction non amortie du coût en capital de la filiale ne permettent de déterminer si la société mère peut demander une déduction pour amortissement sur les biens en question.

Le juge Hugessen a précisé que le droit du contribuable de demander une déduction pour amortissement ne découle que de l’al. 20(1)a). Cette disposition inclut les règles plus détaillées formulées dans le Règlement, tout particulièrement son al. 1102(1)c), qui restreint les catégories de biens amortissables à ceux que le contribuable a acquis aux fins de gagner ou de produire un revenu. De l’avis de la Cour d’appel, à la p. 5578, cette disposition du Règlement est «tout à fait compatible» avec l’al. 18(1)a), qui restreint les déductions sur les revenus tirés d’une entreprise ou de biens aux dépenses engagées aux fins de gagner ou de produire un revenu.

Le juge Hugessen a rejeté l’argument d’Hickman Motors selon lequel le par. 1102(14) du Règlement a pour effet que l’actif de la filiale est réputé un bien amortissable d’une catégorie prescrite lorsqu’il est en la possession de la société mère. À son avis, cette disposition du Règlement n’a qu’un seul objet: empêcher l’acquéreur de biens amortissables de transférer ces biens d’une catégorie à l’autre.

Par conséquent, le juge Hugessen a conclu que l’art. 88 ne créait pas au profit d’Hickman Motors un droit indépendant à la déduction pour amortissement relativement à l’actif qu’elle a acquis lors de la liquidation d’Equipment. Il a statué qu’Hickman Motors n’a droit à une déduction pour

requirements contained in the Act and the Regulations.

Hugessen J.A., therefore, turned to consider whether Hickman Motors had acquired the property in question for the purpose of gaining or producing income, as required by Regulation 1102(1)(c). He first looked at the reasons of the trial judge which describe as “notional” any attempt by Hickman Motors to earn income from the assets in question. Acknowledging the deference due to this finding of fact, Hugessen J.A. nonetheless carried out his own examination of Hickman Motors’ intention in acquiring Equipment’s depreciable property.

In order to determine the company’s intention, Hugessen J.A. applied a modified version of the test laid down by Dickson J., as he then was, in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480. This test takes into account a number of factors, including profit and loss experience in past years, the taxpayer’s training, and the taxpayer’s intended course of action. Hugessen J.A. at p. 5579 found that these criteria “argue strongly against” Hickman Motors’ claim and he could not see any evidence which might “point the other way”. Specifically, the Court of Appeal noted that Equipment had, for several years, lost substantial sums of money. Furthermore, Hickman Motors was not in and had no intention of getting into the business of leasing heavy equipment (Hugessen J.A. at p. 5579):

... the intended course of action of the appellant, at the time the assets of “Equipment” were acquired by it, was admittedly to turn such assets over to “Equipment (1985)” within five days time.

Adding to the evidence which suggested that Hickman Motors had never intended to earn income from the Equipment assets was the fact that the parent company never showed any such income in its books for either the 1984 or the 1985 taxation years. Accordingly, Hugessen J.A. found at p. 5579 that the trial judge’s conclusion with regard to the intention of Hickman Motors in

amortissement que si elle respecte les exigences habituelles énoncées dans la Loi et le Règlement.

Le juge Hugessen s’est donc demandé si Hickman Motors avait acquis les biens aux fins de gagner ou de produire un revenu, comme l’exige l’al. 1102(1)c) du Règlement. Il a d’abord examiné les motifs du juge de première instance qui avait conclu qu’Hickman Motors n’avait fait «aucune démarche» en vue de gagner un revenu tiré de l’actif en question. Reconnaisant qu’il devait faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion de fait, il a néanmoins procédé à son propre examen de l’intention d’Hickman Motors lorsqu’elle a acquis les biens amortissables d’Equipment.

Pour déterminer l’intention de la société, le juge Hugessen a appliqué une version modifiée du critère formulée par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l’arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480. Ce critère tient compte d’un certain nombre de facteurs, notamment, l’état des profits et pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable et la voie sur laquelle il entend s’engager. Le juge Hugessen a conclu, à la p. 5579, que ces critères «vont carrément à l’encontre» de la prétention d’Hickman Motors et, à son avis, il n’existait aucun élément de preuve susceptible d’«appuyer sa prétention». Tout particulièrement, la Cour d’appel a fait remarquer que, depuis plusieurs années, Equipment avait subi des pertes considérables. En outre, Hickman Motors n’exploitait pas et n’avait pas l’intention d’exploiter une entreprise de location de machinerie lourde (le juge Hugessen, à la p. 5579):

... au moment où les biens d’«Equipment» ont été acquis par l’appelante, celle-ci avait, de son propre aveu, l’intention de transférer ces biens à «Equipment (1985)» dans un délai de cinq jours.

Outre la preuve tendant à indiquer qu’Hickman Motors n’avait jamais eu l’intention de tirer un revenu de l’actif d’Equipment, il y avait aussi le fait qu’aucun revenu tiré de ces biens n’avait été mentionné dans les livres comptables de la société mère pour les années d’imposition 1984 ou 1985. Par conséquent, le juge Hugessen a affirmé, à la p. 5579, que la conclusion du juge de première ins-

124

125

126

acquiring the property in question was “concordant with the applicable principles of law and is solidly based in the evidence”.

127 Finally, Hugessen J.A. rejected Hickman Motors’ alternative argument that it was entitled to claim a terminal loss equal to the undepreciated capital cost of the property which it received from Equipment.

#### 4. Issue

128 In the hearing before this Court, the parties argued only one issue:

Was the capital cost of the property acquired in the winding-up of Hickman Equipment Ltd. applicable to the income from the appellant’s business, within the meaning of s. 20(1)(a), in its 1984 taxation year?

#### 5. Analysis

129 I should like to commence my reasons with a discussion of what is not in issue before this Court. During oral argument, Crown counsel conceded that, by virtue of s. 88(1), when Hickman Motors assumed ownership of its subsidiary’s heavy equipment assets, it acquired depreciable property of a prescribed class. Departing from the line of argument pursued in the courts below, the Crown has not based its opposition to the appellant’s claim on anything contained in the Regulations. Rather, the dispute revolves entirely around the opening words of s. 20(1) of the Act, more specifically, around whether the capital cost allowance in question is applicable to a business source of income.

130 Before proceeding to an examination of the issues which arise out of s. 20(1), I ought to express my agreement with L’Heureux-Dubé J. as to the effect of s. 88(1). I agree with her and with the Federal Court of Appeal and the Trial Division judge that s. 88(1) creates no right in a taxpayer to claim capital cost allowance. In the event of a transfer of property between related corporations, s. 88(1) permits a “flow-through” of both the

tance relativement à l’intention d’Hickman Motors au moment de l’acquisition des biens en question était «conforme aux principes de loi applicables et [était] solidement fondée sur la preuve».

Enfin, le juge Hugessen a rejeté le moyen subsidiaire soulevé par Hickman Motors, selon lequel elle avait le droit de déduire une perte finale égale au plein montant de la fraction non amortie du coût en capital des biens qu’elle a reçus d’Equipment.

#### 4. La question en litige

À l’audience devant notre Cour, les parties n’ont débattu qu’une seule question:

Le coût en capital des biens acquis à la suite de la liquidation d’Hickman Equipment Ltd. se rapportait-il au revenu tiré de l’entreprise de l’appelante, au sens de l’al. 20(1)a), dans son année d’imposition 1984?

#### 5. Analyse

Je commencerai par examiner ce qui n’est pas en litige devant notre Cour. Lors de sa plaidoirie, le substitut du procureur général a reconnu que, en application du par. 88(1), lorsque Hickman Motors est devenue propriétaire de l’actif de machinerie lourde de sa filiale, elle avait acquis des biens amortissables d’une catégorie prescrite. Contrairement à ce qu’il avait fait valoir devant les tribunaux d’instance inférieure, le ministère public ne s’est aucunement fondé sur le Règlement pour s’opposer à la demande de l’appelante. Le différend est plutôt entièrement axé sur les termes liminaires du par. 20(1) de la Loi, plus particulièrement sur la question de savoir si la déduction pour amortissement en question se rapporte à une source de revenu tiré d’une entreprise.

Avant d’examiner les questions découlant du par. 20(1), je tiens à préciser que je suis d’accord avec le juge L’Heureux-Dubé quant à l’effet du par. 88(1). Je suis d’accord avec elle, avec la Cour d’appel fédérale, de même qu’avec la Section de première instance pour affirmer que le par. 88(1) ne crée pas au profit d’un contribuable un droit à la déduction pour amortissement. Dans le cas d’un transfert de biens entre sociétés liées, le par. 88(1)

property's cost amount and its undepreciated capital cost. Thus, in this case, when Hickman Motors acquired the depreciable property from Equipment, s. 88(1) deemed Hickman Motors to have "inherited" Equipment's cost amount and undepreciated capital cost. However, while s. 88(1) does fix the undepreciated capital cost of the property at a certain level, nothing in the section gives the parent corporation the right to depreciate the property further. To repeat and adopt the comments of Hugessen J.A., s. 88(1) in and of itself creates no rights to a tax deduction. Any right to claim capital cost allowance must be based in s. 20(1) because, before this Court, the parties agreed to put aside other provisions of the Act and Regulations which might otherwise come into play, and confined their respective submissions to the effect of s. 20(1).

Section 20(1), which contains the specific authority for claiming capital cost allowance (at s. 20(1)(a)), provides:

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. . . .

In this case, the appellant will succeed in its claim only if the capital cost allowance in question was, as required by s. 20(1), "wholly applicable" to a business source of income. I say "wholly applicable" because this case raised no issue with regard to whether the capital cost allowance was partly applicable to a business source of income.

In order to show that the capital cost allowance in question was wholly applicable to a business source of income, the appellant must demonstrate two things: first, the appellant must identify the relevant business source; and second, the appellant

permet un «transfert» à la fois du coût indiqué des biens et de la fraction non amortie de leur coût en capital. Par conséquent, lorsque Hickman Motors a acquis les biens amortissables d'Equipment, elle était réputée, en vertu du par. 88(1), avoir «hérité» du coût indiqué et de la fraction non amortie du coût en capital. Cependant, bien que le par. 88(1) fixe la fraction non amortie du coût en capital du bien à un certain niveau, il n'accorde à la société mère aucun autre droit d'amortir le bien. Je reprends et approuve les commentaires du juge Hugessen qui a affirmé que le par. 88(1) en lui-même ne crée aucun droit à une déduction fiscale. Tout droit à une déduction pour amortissement doit prendre sa source dans le par. 20(1) parce que, devant notre Cour, les parties ont accepté de restreindre leurs observations respectives à l'effet du par. 20(1) et de ne pas tenir compte des autres dispositions de la Loi et du Règlement susceptibles d'entrer en jeu.

Le paragraphe 20(1), dans lequel est formulé le pouvoir explicite de demander une déduction pour amortissement (l'al. 20(1)a)), prévoit:

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. . . .

En l'espèce, l'appelante n'aura gain de cause que si la déduction pour amortissement en question «se rapport[e] entièrement» à une source de revenu tiré d'une entreprise comme l'exige le par. 20(1). Je précise «se rapport[e] entièrement» parce qu'il n'est pas question dans le présent pourvoi de savoir si la déduction pour amortissement se rapportait partiellement à une source de revenu tiré d'une entreprise.

Afin d'établir que la déduction pour amortissement en question se rapportait entièrement à une source de revenu tiré d'une entreprise, l'appelante doit démontrer deux choses: premièrement, elle doit identifier la source pertinente du revenu tiré de l'entreprise, et deuxièmement, elle doit établir que la déduction pour amortissement se rapporte entiè-

131

132

must show that the capital cost allowance is wholly applicable to that particular business source.

*A. Identifying the Relevant Source of Income*

133

It is trite to say that s. 3(a) defines a taxpayer's income as income from all sources. The section goes on to specify the most common sources of income, namely, business, property, and office or employment. Generally speaking, for tax purposes, when calculating income from business, a taxpayer may not lump together the revenues and expenses from all of that person's various business enterprises. Rather, the taxpayer must compute, separately, his or her income or loss from each individual business. This provides the appropriate figure which the taxpayer then "plugs in" to the s. 3 formula for computing income for the taxation year.

134

This requirement to treat each business as a separate source arises from the wording of the applicable statutory provisions. For example, s. 3(a) states that a taxpayer must "determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer's income for the year . . . from each office, employment, business and property" (emphasis added). Similarly, s. 4(1)(a) provides:

. . . a taxpayer's income or loss for a taxation year from an office, employment, business, property or other source, . . . is the taxpayer's income or loss . . . computed in accordance with this Act on the assumption that he had during the taxation year no income or loss except from that source . . . . [Emphasis added.]

Section 9(1) contains similar wording, as does s. 20(1), which lists a number of deductions permitted from a taxpayer's income "from a business or property" (emphasis added).

135

This need to segregate business income according to its various "sub-sources" has been discussed in both academic writings and the jurisprudence. In *Canadian Income Taxation* (4th ed. 1986), Edwin C. Harris says at p. 99:

rement à cette source particulière de revenu tiré d'une entreprise.

*A. Identifier la source pertinente du revenu*

C'est un truisme de dire que l'al. 3a) définit le revenu d'un contribuable comme son revenu provenant de toutes les sources. Cette disposition énonce ensuite les sources les plus fréquentes de revenu, à savoir entreprise, bien et charge ou emploi. En règle générale, pour des fins fiscales, lorsqu'il calcule son revenu tiré d'une entreprise, un contribuable ne peut regrouper les revenus et dépenses en provenance de toutes ses entreprises. Le contribuable doit plutôt calculer séparément son revenu ou sa perte provenant de chaque entreprise. Le contribuable obtient ainsi le chiffre qu'il doit ensuite insérer dans la formule du calcul du revenu pour l'année d'imposition, établie à l'art. 3.

Cette exigence de considérer chaque entreprise comme une source distincte découle du libellé des dispositions applicables. Par exemple, l'al. 3a) prévoit qu'un contribuable doit déterminer son revenu «en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année [. . .] tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien» (je souligne). De même, l'al. 4(1)a) prévoit:

. . . le revenu ou la perte d'un contribuable pour une année d'imposition provenant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise, de biens ou d'une autre source [. . .] signifie le revenu ou la perte [. . .] du contribuable, calculée conformément à la présente loi, en supposant que ce contribuable n'a eu, durant l'année d'imposition, aucun revenu ni perte, sauf ce qui provenait de cette source . . . [Je souligne.]

Le paragraphe 9(1) renferme un texte similaire, de même que le par. 20(1), qui énumère une liste des sommes qu'un contribuable peut déduire de son revenu tiré «d'une entreprise ou d'un bien» (je souligne).

Cette nécessité de séparer le revenu d'entreprise suivant ses diverses «sous-sources» a été examinée dans la doctrine et la jurisprudence. Dans son ouvrage intitulé *Canadian Income Taxation* (4<sup>e</sup> éd. 1986), Edwin C. Harris affirme (à la p. 99):

... the Act provides that a taxpayer's income for a taxation year is his income from all sources, including but not limited to his income from each office or employment, each business, and each property. His income from each source-type is to be computed separately. [Emphasis added.]

In *C.B.A. Engineering Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 504 (F.C.T.D.), at p. 511, Cattanach J. explained, "[w]hen there is more than one business, each business is a source of income." See also, *Poulin v. The Queen*, 94 D.T.C. 1674 (T.C.C.), at pp. 1677-78; *Vincent v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex. C.R. 117, at p. 125; and B. J. Arnold et. al., *Materials on Canadian Income Tax* (10th ed. 1993), at p. 189.

However, my colleague, L'Heureux-Dubé J., suggests that it is uncertain whether a taxpayer must calculate separately his or her income from each business source. I cannot agree. Indeed, I do not know how the Act could speak any more clearly on this point. As noted above, s. 3 requires a taxpayer to calculate income from "each . . . business". Similarly, s. 9(1) refers to a taxpayer's income from "a business".

Certainly, the tax courts have not shown any confusion in this regard. For example, Garon T.C.J. in *Poulin, supra*, said at p. 1677:

It is known that the *Income Tax Act* requires income to be computed based on each source of income. See in particular ss. 3 and 4 of the *Income Tax Act*. Accordingly, pursuant to that Act, the income from each business, for example, must be computed separately. [Emphasis added.]

The requirement to calculate income from each "sub-source" separately is fundamental to the entire taxing scheme set up by Parliament. To suggest otherwise, as my colleague does, is to ignore the plain words of the Act.

Therefore, it is not enough for the appellant to state that the capital cost allowance, claimed in regard of the Equipment assets, is applicable to

[TRADUCTION] . . . la Loi prévoit que le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition est son revenu provenant de toutes les sources, y compris, notamment, le revenu tiré de chaque charge ou emploi, chaque entreprise et chaque bien. Son revenu provenant de chaque type de source doit être calculé séparément. [Je souligne.]

Dans *C.B.A. Engineering Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 504 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 511, le juge Cattanach donne l'explication suivante: «Lorsqu'il existe plus d'une entreprise, chacune constitue une source de revenu.» Voir également, *Poulin c. La Reine*, 94 D.T.C. 1667 (C.C.I.), aux pp. 1677 et 1678; *Vincent c. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C. de l'É. 117, à la p. 125, et B. J. Arnold et autres, *Materials on Canadian Income Tax* (10<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 189.

Cependant, de l'avis de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé il n'est pas certain qu'un contribuable doive calculer séparément le revenu qu'il tire de chaque entreprise. Je ne puis être d'accord. En fait, je ne sais pas comment la Loi pourrait être plus claire sur ce point. Comme je l'ai déjà signalé, l'art. 3 exige qu'un contribuable calcule le revenu tiré de «chaque [. . .] entreprise». De même, le par. 9(1) renvoie au revenu tiré par un contribuable d'«une entreprise».

Les tribunaux de l'impôt n'ont certainement fait preuve d'aucune confusion à cet égard. Par exemple, le juge Garon de la Cour de l'impôt a dit dans *Poulin*, précité, à la p. 1670:

On sait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige le calcul du revenu en fonction de chacune des sources de ce revenu. Voir, notamment les articles 3 et 4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, conformément à cette dernière Loi, il faut, par exemple, procéder à un calcul distinct du revenu de chaque entreprise. [Je souligne.]

L'exigence de calculer séparément le revenu tiré de chaque «sous-source» est fondamentale pour la totalité du régime fiscal mis au point par le législateur. Proposer autre chose, comme le fait ma collègue, c'est ignorer les termes clairs de la Loi.

Il ne suffit donc pas pour l'appelante de dire que la déduction pour amortissement, demandée relativement à l'actif d'Équipement, se rapporte à un

136

137

138

139

income from “business”. Instead, the appellant must show that the allowance is applicable to income from a particular business. In this case, the facts suggest two potential business sources of income: first, the appellant unquestionably operated a car and truck sales and leasing business; second, the appellant claims to have briefly operated a heavy equipment leasing business, a business which was previously carried on by the appellant’s subsidiary, Equipment.

140 Because the Crown disputes the existence of this second business source, I will now turn to consider whether the appellant has a second source of business income, in the form of a heavy equipment leasing enterprise, separate and distinct from the long-standing General Motors dealership. In my opinion, the appellant’s argument with regard to this alleged second business fails for two reasons. First, the trial judge made a finding of fact, and properly so, in my view, that Hickman Motors did not continue to operate the business previously run by Equipment. This finding of fact deserves the deference of appellate courts. Second, having examined the facts of the case myself, I fully agree with the trial judge’s conclusion. Although the appellant owned all of Equipment’s assets, it did not use those assets in a business. I shall discuss each of these reasons in turn.

141 As mentioned above, the trial judge held that Hickman Motors never intended to carry on Equipment’s leasing business. He said at p. 632:

According to the evidence, the plaintiff, a General Motors dealer in cars and trucks, had no intention of carrying on the business of a heavy equipment dealer, which had been Equipment’s mainstay and which Equipment 85 was to inherit.

The Federal Court of Appeal, although giving deference to the trial judge, reinforced this finding of fact. Thus, the courts below made concurrent findings of fact on this issue. Only just recently, this

revenu provenant d’une «entreprise». Elle doit plutôt établir que la déduction se rapporte à une entreprise particulière. En l’espèce, les faits révèlent deux sources possibles de revenus tirés d’une entreprise: premièrement, l’appelante exploitait indiscutablement une entreprise de vente et de location d’automobiles et de camions; deuxièmement, l’appelante estime avoir exploité pendant une courte période une entreprise de location de machinerie lourde, exploitée auparavant par Equipment, sa filiale.

Parce que le ministère public conteste l’existence de cette seconde source de revenu tiré d’une entreprise, j’examinerai maintenant si l’appelante possède une seconde source de revenu tiré d’une entreprise — soit un commerce de location de machinerie lourde —, distincte du concessionnaire General Motors établi depuis longtemps. À mon avis, la thèse de l’appelante relativement à l’existence d’une deuxième entreprise échoue pour deux motifs. Premièrement, le juge de première instance a tiré, à juste titre à mon avis, une conclusion de fait selon laquelle Hickman Motors n’a pas continué à exploiter l’entreprise dirigée auparavant par Equipment. Cette conclusion de fait mérite la retenue des tribunaux d’appel. Deuxièmement, à la lumière de mon examen des faits en l’espèce, je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance. Même si l’appelante était propriétaire de tout l’actif d’Equipment, elle n’a pas utilisé cet actif dans une entreprise. J’examinerai maintenant chacun de ces motifs.

Comme je l’ai déjà mentionné, le juge de première instance a statué qu’Hickman Motors n’avait jamais eu l’intention d’exploiter l’entreprise de location d’Equipment. Il a affirmé, à la p. 632:

D’après la preuve, la demanderesse, un concessionnaire d’automobiles et de camions General Motors, n’avait nullement l’intention d’agir comme concessionnaire de machinerie lourde, la principale entreprise qu’avait exploitée Equipment et celle qu’Equipment 85 devait acquérir.

Même si elle a fait preuve de retenue envers les conclusions du juge de première instance, la Cour d’appel fédérale a confirmé cette conclusion de fait. Ainsi, les cours d’instance inférieure ont tiré

Court restated its reluctance to interfere with such concurrent findings of fact, absent palpable error or fundamental error of law: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, at para. 60.

In this case, the trial judge committed no such error. Indeed, I fully agree with Joyal J. that Hickman Motors never carried on a heavy equipment leasing business. In reaching his conclusion, the trial judge relied on a number of factors. For example, he stressed the fact that Hickman Motors only owned the Equipment assets for a very short period of time. Joyal J. also noted that, for 1984, the appellant corporation generated \$75 million in sales and that only a very small proportion of these sales was attributable to leasing. Finally, he observed that the appellant was a General Motors dealer in cars and trucks and that it had no intention of expanding its business to include heavy equipment leasing.

In an attempt to cast doubt on the trial judge's finding, counsel for the appellant emphasized the fact that, over the five days when Hickman Motors owned the property in question, leases entered into by Equipment were still in existence and were still providing income. Counsel for the appellant argued that this income flow gave a good indication of the presence of an on-going business. However, there was, in fact, no evidence that Hickman Motors actually received any of this income. The company's 1984 financial statements did not show any revenues or expenses from the Equipment assets. In my view, if there is no evidence that the taxpayer received any income, then the taxpayer cannot rely on such alleged receipt as evidence that it carried on a business.

Furthermore, even assuming that Hickman Motors did receive income from these assets, this does not, for tax purposes, lead necessarily to the

des conclusions de fait concordantes sur cette question. Tout récemment encore, notre Cour a répété sa répugnance à modifier ces conclusions de fait concordantes en l'absence d'erreur manifeste ou d'erreur de droit fondamentale: *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, au par. 60.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de ce genre. En fait, je suis pleinement d'accord avec le juge Joyal pour dire qu'Hickman Motors n'a jamais exploité une entreprise de location de machinerie lourde. Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est fondé sur certains facteurs. Par exemple, il a souligné le fait qu'Hickman Motors n'a été propriétaire de l'actif d'Equipment que pendant une très courte période. Le juge Joyal a aussi fait remarquer que, pour 1984, la société appelante avait eu un chiffre d'affaires de 75 millions de dollars et que seulement une très infime fraction était attribuable à la location. Enfin, il a fait remarquer que l'appelante était concessionnaire d'automobiles et de camions General Motors et qu'elle n'avait pas l'intention d'élargir son entreprise pour faire la location de machinerie lourde.

Dans une tentative de jeter le doute sur la conclusion du juge de première instance, l'avocat de l'appelante a mis l'accent sur le fait que, pendant les cinq jours où Hickman Motors a été propriétaire des biens en question, les contrats de location conclus par Equipment étaient toujours en vigueur et continuaient de produire un revenu. Il a soutenu que ces rentrées de fonds constituaient une bonne indication de l'existence d'une entreprise en exploitation. Cependant, il n'existait en fait aucune preuve qu'Hickman Motors ait réellement reçu la moindre partie de ce revenu. Les états financiers de la société pour 1984 n'affichaient ni revenus ni dépenses à l'égard de l'actif d'Equipment. À mon avis, s'il n'existe aucune preuve qu'il ait reçu quelque revenu, le contribuable ne peut invoquer ce présumé revenu comme preuve qu'il a exploité une entreprise.

Par ailleurs, même en supposant qu'Hickman Motors ait tiré un revenu de cet actif, il ne s'ensuit pas nécessairement, à des fins fiscales,

142

143

144

conclusion that Hickman Motors earned income from a business. As Professor Vern Krishna notes in *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (5th ed. 1995), income such as rents may be either property income or business income. He distinguishes between the two on the basis that “business” connotes some kind of activity, at p. 260:

... “business” refers to economic, industrial, commercial, or financial *activity* and involves more than mere passive ownership of property. [Emphasis in original.]

In a similar vein, Harris, *supra*, says at p. 143:

Passive income from the mere holding of property is classified as income from property rather than income from business.

And Peter W. Hogg and Joanne E. Magee say in *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), at p. 195:

A gain acquired without systematic effort is not income from a business. It may be income from property, such as rent, interest or dividends.

Unless the taxpayer actually uses the asset “as part of a process that combines labour and capital” (Krishna, *supra*, at p. 276), any income earned therefrom does not qualify as income from a business, but rather falls into the category of income from property. As the point was not argued either before us or in the courts below, I need not go on to discuss whether the appellant could claim capital cost allowance on the basis that it was applicable to income from property.

145

In this case, Hickman Motors did nothing at all with the Equipment assets. It simply assumed ownership of the property and, allegedly, passively received income from the outstanding leases. This complete lack of activity contrasts with Equipment 85’s course of action, following the January 2, 1985 transfer date. As soon as Equipment 85 obtained ownership of the property, it executed a

qu’Hickman Motors a gagné un revenu tiré d’une entreprise. Comme le fait remarquer le professeur Vern Krishna dans *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (5<sup>e</sup> éd. 1995), un revenu, par exemple un loyer, peut être un revenu tiré d’un bien ou un revenu tiré d’une entreprise. Il établit une distinction entre les deux types de revenu sur le fondement que le terme «entreprise» comporte l’idée d’une certaine activité (à la p. 260):

[TRADUCTION] ... «entreprise» renvoie à une *activité* économique, industrielle, commerciale ou financière et nécessite davantage que la simple propriété passive d’un bien. [En italique dans l’original.]

Dans la même veine, Harris, *op. cit.*, affirme, à la p. 143:

[TRADUCTION] Le revenu passif tiré du simple fait de détenir un bien est considéré comme un revenu tiré d’un bien et non comme un revenu tiré d’une entreprise.

En outre, Peter W. Hogg et Joanne E. Magee disent dans *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), à la p. 195:

[TRADUCTION] Un profit acquis sans effort systématique ne constitue pas un revenu tiré d’une entreprise. Il peut constituer un revenu tiré d’un bien, comme le loyer, l’intérêt ou les dividendes.

Sauf si le contribuable utilise réellement l’actif [TRADUCTION] «comme une partie d’un ensemble qui regroupe travail et capital» (Krishna, *op. cit.*, à la p. 276), un revenu tiré de cet actif ne constitue pas un revenu tiré d’une entreprise, mais se classe plutôt dans la catégorie des revenus tirés d’un bien. Puisque ce point n’a été soulevé ni devant nous ni devant les tribunaux d’instance inférieure, je n’ai pas à examiner si l’appelante pourrait demander une déduction pour amortissement sur le fondement qu’elle se rapportait à un revenu tiré d’un bien.

En l’espèce, Hickman Motors n’a rien fait avec l’actif d’Equipment. Elle est tout simplement devenue propriétaire du bien et, allègue-t-on, elle a passivement reçu les revenus générés par les contrats de location encore en vigueur. Cette absence totale d’activité contraste avec les mesures prises par Equipment 85 à la suite du transfert du 2 janvier 1985. Dès qu’Equipment 85 a acquis la propriété

new dealership agreement with its most important supplier, John Deere Ltd. This business activity, which followed immediately upon Equipment 85's acquisition of the leasing assets, makes all the more apparent the complete absence of any action taken by Hickman Motors during its tenure as owner.

In her reasons, my colleague, L'Heureux-Dubé J., disagrees with my conclusion that Hickman Motors did nothing more than passively hold the Equipment assets. Relying on certain parts of the trial transcript, she maintains at para. 43 that there is "positive evidence that Hickman Motors did indeed carry on the equipment-related sales and rental activities" over the crucial five-day period stretching between December 28, 1984 and January 2, 1985. Specifically, my colleague points to testimony given on cross-examination by the sole witness, Mr. Brian Grant, that Hickman Motors accepted some type of rental order on December 31, 1984.

The testimony in question revolved around a bundle of invoices all of which were sent out on Hickman Equipment letterhead. Most of these invoices related to heavy equipment which Hickman Equipment had rented to various customers in the weeks preceding its winding-up. The last invoice in the bundle was the subject of a number of questions, during both examination-in-chief and cross-examination. In his examination-in-chief, Mr. Grant said that the last invoice, for the sale of a backhoe loader, was dated December 21, 1984, seven days before the winding-up of Equipment. However, a discussion of this same invoice, during cross-examination muddied the factual waters somewhat. On cross-examination, counsel seems to indicate that this same invoice was dated not December 21, but rather December 31, 1984. Mr. Grant, apparently contradicting his earlier testimony, agreed with counsel.

Thus, with regard to the question of whether, on December 31, 1984, Hickman Motors sent out an invoice of any kind, relating to the Equipment assets, the record contains inconsistent, contradic-

des biens, elle a tout de suite conclu un nouveau contrat de concession avec son plus important fournisseur, John Deere Ltd. Cette activité commerciale qui a immédiatement suivi l'acquisition par Equipment 85 de l'actif de location d'Equipment rend encore plus évidente l'absence totale de mesure de la part d'Hickman Motors pendant qu'elle en a été propriétaire.

Dans ses motifs, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé est en désaccord avec ma conclusion selon laquelle Hickman Motors n'a rien fait d'autre que de détenir passivement l'actif d'Equipment. Se fondant sur certaines parties de la transcription du procès, elle soutient au par. 43 qu'il y a «une preuve positive qu'Hickman Motors a effectivement exercé des activités de vente et de location de machinerie» pendant la période cruciale de cinq jours s'étendant entre le 28 décembre 1984 et le 2 janvier 1985. Plus particulièrement, ma collègue souligne la déposition fournie en contre-interrogatoire par le seul témoin, M. Brian Grant, selon laquelle Hickman Motors a accepté une commande de location quelconque le 31 décembre 1984.

Le témoignage en question porte sur un lot de factures qui ont toutes été envoyées avec en-tête d'Hickman Equipment. La plupart de ces factures avaient trait à de la machinerie lourde qu'Hickman Equipment avait loué à divers clients dans les semaines précédant sa liquidation. La dernière facture du lot a fait l'objet de questions tant au cours de l'interrogatoire principal qu'en contre-interrogatoire. Au cours de l'interrogatoire principal, M. Grant a dit que la dernière facture, pour la vente d'une chargeuse-pelleteuse, était datée du 21 décembre 1984, sept jours avant la liquidation d'Equipment. Cependant, l'examen de cette même facture en contre-interrogatoire a quelque peu embrouillé les faits. En contre-interrogatoire, l'avocat a semblé indiquer que cette même facture était datée non du 21 décembre, mais plutôt du 31 décembre 1984. M. Grant, contredisant apparemment ce qu'il avait dit plus tôt, a acquiescé.

Par conséquent, pour ce qui est de savoir si, le 31 décembre 1984, Hickman Motors a fait parvenir quelque facture que ce soit relativement aux éléments d'actif d'Equipment, il existe au dossier

146

147

148

tory evidence. In my opinion, such contradictory testimony does not provide a satisfactory evidentiary foundation upon which to base a conclusion that the appellant engaged in the kind of economic activity which constitutes a business for the purposes of the *Income Tax Act*. Left, as I am, with no clear evidence that Hickman Motors did anything other than passively hold property, I agree with the trial judge's conclusion that the appellant did not carry on a separate, heavy equipment leasing business.

149 Having determined that the appellant had only one source of business income, i.e., its long-standing General Motors car and truck dealership, I now turn to consider whether the capital cost allowance claimed is "wholly applicable to that business source", as required by s. 20(1).

B. *Is the Capital Cost Allowance "Wholly Applicable" to the Appellant's General Motors Car Leasing and Sales Business?*

150 In his reasons, Joyal J. found that the appellant never used the Equipment assets in its business. He said at p. 633, "it is difficult to see how the assets of a John Deere franchise . . . were used in the business of the plaintiff to produce income." And at p. 638, "the assets involved could not have been realistically used in the plaintiff's business". I can see no reason to disturb this holding as it finds ample support in the evidence presented at trial.

151 According to the testimony of the appellant's witness, Equipment dealt in construction, forestry, rock-drilling and crane operation equipment, referred to by counsel as "non-automobile" assets. By contrast, Hickman Motors dealt in cars and trucks. Only \$30,000 of the company's \$5,220,000 worth of leasing assets fell into the "non-automobile" category. The appellant's witness testified that Hickman Motors dealt in automobiles while Equipment dealt in "non-automobiles". I agree

une preuve incompatible et contradictoire. À mon avis, ce témoignage contradictoire ne fournit pas une preuve satisfaisante sur laquelle on peut s'appuyer pour conclure que l'appelante a exercé le genre d'activité économique qui constitue une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme je n'ai aucune preuve claire qu'Hickman Motors a fait autre chose que détenir passivement les biens, je conviens avec le juge de première instance que l'appelante n'a pas exploité une entreprise distincte de location de machinerie lourde.

Puisque j'ai établi que l'appelante n'avait qu'une seule source de revenu tiré d'une entreprise, comme concessionnaire de longue date d'automobiles et de camions General Motors, j'examinerai maintenant si la déduction pour amortissement demandé «se rapport[e] entièrement à cette source» comme l'exige le par. 20(1).

B. *Est-ce que la déduction pour amortissement «se rapporte entièrement» à l'entreprise de location et de vente d'automobiles General Motors de l'appelante?*

Dans ses motifs, le juge Joyal a conclu que l'appelante n'avait jamais utilisé l'actif d'Equipment dans son entreprise. Il a dit, à la p. 633, qu'«il est difficile de voir comment l'actif d'une franchise John Deere [. . .] ait pu être utilisé dans l'entreprise de la demanderesse pour produire un revenu». Et il a ajouté, aux pp. 638 et 639, que «l'actif en cause ne pouvait vraisemblablement pas être utilisé dans l'exploitation de l'entreprise de la demanderesse». Je ne vois aucun motif de modifier cette conclusion puisqu'elle s'appuie amplement sur la preuve présentée au procès.

Selon le témoin de l'appelante, Equipment s'occupait d'engins de chantier, de matériel sylvicole, de matériel de forage et de grues, que l'avocat a qualifié d'actif [TRADUCTION] «autre qu'automobile». Par contre, Hickman Motors était concessionnaire d'automobiles et de camions. Seulement 30 000 \$ des 5 220 000 \$ de l'actif de location de la société se classait dans la catégorie «autre qu'automobile». Selon le témoin de l'appelante, Hickman Motors œuvrait dans le secteur des auto-

with the trial judge that it is difficult, if not impossible, to see how the appellant could possibly have used bulldozers, backhoes and other “non-automobile” equipment in its General Motors car and truck business.

If the appellant did not use the Equipment assets in its automobile business, then I fail to see how the capital cost allowance claimed in respect of those assets could be “wholly applicable” to that source of business income. Accordingly, in my opinion, the appellant may not deduct capital cost allowance, in respect of the Equipment assets, from its income from the General Motors dealership business.

I should point out that a rejection of Hickman Motors’ claim in this case does not mean that the \$2,092,942 deduction in question is, somehow, lost forever to the Hickman group of companies. On the contrary, provided that Equipment 85 meets the relevant statutory requirements (as laid out in s. 20(1) and elsewhere in the Act and Regulations), it can claim the capital cost allowance which was denied to its parent corporation.

To explain more fully, when Equipment’s assets passed to the appellant, in December of 1984, s. 88(1) effected a “rollover” of the property from subsidiary to parent. Accordingly, Hickman Motors is deemed to have acquired the property at the subsidiary’s undepreciated capital cost, in this case, \$5,196,422. Subsequently, when Hickman Motors sold the property to Equipment 85, in January of 1985, s. 85(5.1) effected a further rollover and deemed Equipment 85 to have acquired the assets at the parent’s undepreciated capital cost, i.e., \$5,196,422. Thus, in Equipment 85’s hands, the depreciable property has the same undepreciated capital cost which it had in Equipment’s hands, prior to the winding-up. Throughout the entire corporate reorganization, the undepreciated capital cost has remained the same and no amount of capital cost allowance entitle-

mobiles, alors qu’Equipment œuvrait dans le secteur «autre qu’automobile». Tout comme le juge de première instance j’estime qu’il est difficile, sinon impossible, de voir comment l’appelante aurait pu utiliser des bulldozers, des chargeuses-pelleteuses et autre équipement «autre qu’automobile» comme concessionnaire d’automobiles et de camions General Motors.

Si l’appelante n’a pas utilisé l’actif d’Equipment comme concessionnaire d’automobiles, je ne vois pas comment la déduction pour amortissement réclamée relativement à cet actif pourrait «se rapporter[er] entièrement» à cette source de revenu tiré d’une entreprise. Par conséquent, à mon avis, l’appelante ne peut faire de déduction pour amortissement relativement à l’actif d’Equipment contre son revenu de concessionnaire de produits General Motors.

Je tiens à signaler qu’un rejet de la demande d’Hickman Motors en l’espèce ne signifie pas que la déduction de 2 092 942 \$ en question se trouve en quelque sorte perdue à jamais pour les sociétés du groupe Hickman. Au contraire, si Equipment 85 satisfait aux exigences pertinentes de la Loi (qui sont énoncées au par. 20(1) et ailleurs dans la Loi et le Règlement), elle peut réclamer la déduction pour amortissement qui a été refusée à sa société mère.

De façon plus précise, lorsque l’actif d’Equipment a été transféré à l’appelante en décembre 1984, le par. 88(1) a eu pour effet de faire un «transfert libre d’impôt» de biens entre la filiale et la société mère. Par conséquent, Hickman Motors est réputée avoir acquis les biens pour une somme égale à la fraction non amortie du coût en capital de la filiale, en l’espèce 5 196 422 \$. Ultérieurement, lorsque Hickman Motors a vendu les biens à Equipment 85 en janvier 1985, le par. 85(5.1) a permis de procéder à un autre transfert libre d’impôt et Equipment 85 a été réputée acquérir l’actif pour la fraction non amortie du coût en capital de la société mère, soit 5 196 422 \$. En conséquence, pour Equipment 85, la fraction non amortie du coût en capital a la même valeur qu’elle avait pour Equipment avant la liquidation. Pendant toute la réorganisation de la société, la fraction non amor-

152

153

154

ment has been lost. This was conceded by counsel for the respondent Minister.

155 I would like to add one final comment. As my colleague, L'Heureux-Dubé J. states, s. 88(1) does not, in and of itself, create any right to claim capital cost allowance. All that this subsection does is to preserve certain CCA-related values. She writes at para. 35:

... s. 88(1) does not create any right for the parent company, in this case the appellant Hickman Motors, to claim a CCA deduction for property acquired from the subsidiary Hickman Equipment. If there is such a right, it is to be found in s. 20 *ITA*...

I agree with this statement of the law.

156 However, over the course of her reasons, my colleague appears to retreat somewhat from this position. Indeed, the back-tracking is such that the net effect of her reasons is to turn s. 88(1) into a provision which does, in fact, give the taxpayer a substantive right to a deduction.

157 As my colleague notes, prior to the December 28 wind-up, Equipment was carrying on a business. It is further agreed that Equipment was entitled to take capital cost allowance on the property in question. On December 28, Equipment was wound up. All of its assets reverted to the parent corporation, Hickman Motors. Hickman Motors held the assets for five days and then effected a further transfer to a newly incorporated subsidiary. The evidence does not establish that Hickman Motors did anything at all with these assets over that five-day period. Moreover, and equally important for this Court to acknowledge, both the Trial Court and the Federal Court of Appeal made concurrent findings to this effect. As previously stated, there is much jurisprudence in our Court that generally prevents interfering with concurrent findings of fact in the courts below.

158 If the company received any income from the assets, it did so passively. It did not use the prop-

tie du coût en capital est demeurée la même et aucune déduction pour amortissement n'a été perdue. Ce point a été accepté par l'avocat du ministre intimé.

J'aimerais ajouter un dernier commentaire. Comme le dit ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, en lui-même le par. 88(1) ne crée aucun droit de réclamer une déduction pour amortissement. Ce paragraphe conserve certaines valeurs reliées à la DPA, rien de plus. Elle écrit au par. 35:

... le par. 88(1) ne crée aucun droit pour la société mère, en l'espèce l'appelante Hickman Motors, de demander une DPA pour les biens acquis de la filiale Hickman Equipment. Si ce droit existe, il trouve son fondement dans l'art. 20 *LIR*...

Je suis d'accord avec cette formulation du droit.

Cependant, ma collègue paraît s'éloigner quelque peu de cette position dans la suite de ses motifs. En fait, elle s'en éloigne au point que ses motifs ont finalement pour effet de transformer le par. 88(1) en une disposition qui accorde effectivement au contribuable un droit substantiel à une déduction.

Comme le signale ma collègue, avant la liquidation du 28 décembre, Equipment exploitait une entreprise. Il est également reconnu qu'Equipment avait droit à une déduction pour amortissement sur les biens en question. Le 28 décembre, Equipment a été liquidée. Tout son actif est revenu à la société mère, Hickman Motors, qui a détenu l'actif pendant cinq jours, puis a effectué un autre transfert à une filiale nouvellement constituée. La preuve n'établit pas qu'Hickman Motors ait fait quoi que ce soit avec cet actif pendant cette période de cinq jours. De plus, et il est tout aussi important que notre Cour le reconnaisse, la Section de première instance et la Section d'appel de la Cour fédérale ont toutes deux tiré des conclusions concordantes à cet effet. Comme je l'ai déjà dit, une jurisprudence abondante de notre Cour interdit de façon générale que soient modifiées les conclusions de fait concordantes des cours d'instance inférieure.

Si la société a tiré quelque revenu de l'actif, c'est de façon passive. Elle n'a pas utilisé les biens

erty in the kind of “economic, industrial, commercial or financial activity” which would imprint the resultant income with the character of income from business. Nevertheless, my colleague would allow Hickman Motors to claim capital cost allowance as applicable to income from business. The chain of reasoning appears to be as follows: since the assets produced income from business in the hands of the subsidiary, and since the parent company carried on a business, the assets must have continued to produce income from business in the hands of the parent.

I cannot agree. All that s. 88(1) does is to displace the normal rules applying to the disposition of property: it turns the transfer from subsidiary to parent into a tax-free transaction. What s. 88(1) does not do is to fix the character of the transferred property immutably, nor does it fix the nature of the income produced by that property. Thus, it is possible that while the transferred property produced income from business in the hands of the subsidiary, Equipment 85, it may have produced income from property in the hands of the parent. It is quite possible that a taxpayer who carries on business may receive both income from business and income from property. As Harris *supra*, explains (at p. 159):

Where, however, a taxpayer who carries on a business also owns property that is not used as an integral part of the business (e.g., long-term investments held by a manufacturing corporation), the income yielded by this property will be considered property income and not business income.

Thus, the nature of the income produced from the property may change following a s. 88(1) rollover. However, my colleague’s reasons do not seem to allow for this possibility.

What my colleague has put forward is, in effect, a system whereby, once a s. 88(1) rollover occurs, the nature of the property and, more to the point, the nature of the income produced by that prop-

dans le genre d’«activité économique, industrielle, commerciale ou financière» qui permettrait de qualifier le revenu en résultant de revenu tiré d’une entreprise. Ma collègue permettrait néanmoins à Hickman Motors de réclamer une déduction pour amortissement applicable à un revenu tiré d’une entreprise. Le raisonnement semble être le suivant: puisque l’actif a produit un revenu tiré d’une entreprise lorsqu’il était en la possession de la filiale, et puisque la société mère a exploité une entreprise, l’actif doit avoir continué de produire un revenu tiré d’une entreprise lorsqu’il était en la possession de la société mère.

Je ne puis être d’accord. Le paragraphe 88(1) a pour seul effet de déplacer les règles normalement applicables à l’aliénation de biens: il transforme le transfert d’une filiale à une société mère en une opération libre d’impôt. Ce qu’il ne fait pas, c’est fixer de façon immuable le caractère des biens transférés, non plus qu’il ne fixe la nature du revenu produit par ces biens. Ainsi, il est possible que, bien qu’ils aient produit un revenu tiré d’une entreprise lorsqu’ils étaient en la possession de la filiale Equipment 85, les biens transférés aient produit un revenu tiré d’un bien lorsqu’ils étaient en la possession de la société mère. Il est tout à fait possible qu’un contribuable qui exploite une entreprise reçoive à la fois un revenu tiré d’une entreprise et un revenu tiré d’un bien. Comme l’explique Harris, *op. cit.* (à la p. 159):

[TRADUCTION] Toutefois, lorsqu’un contribuable qui exploite une entreprise est également propriétaire d’un bien non utilisé comme partie intégrante de l’entreprise (par ex., des placements à long terme détenus par une entreprise de fabrication), le revenu produit par ce bien sera considéré comme un revenu tiré d’un bien, et non comme un revenu tiré d’une entreprise.

La nature du revenu produit par les biens peut donc changer à la suite d’un transfert libre d’impôt effectué en vertu du par. 88(1). Les motifs de ma collègue ne semblent cependant pas admettre cette possibilité.

En fait, ce que ma collègue a proposé, c’est un système par lequel, dès qu’un transfert libre d’impôt est effectué en conformité avec le par. 88(1), la nature des biens et, plus précisément, la nature du

159

160

erty, is forever fixed. Under her scheme, once it is determined that the assets produced income from business in the hands of the subsidiary, it necessarily follows that those assets will also produce income from business in the hands of the parent. With respect, I do not agree with this reading of the Act. Nothing in either s. 88(1) or s. 20(1) or in any other provision supports such a conclusion.

<sup>161</sup> I have addressed my comments chiefly to the reasons of L'Heureux-Dubé J. because they are more specific and extensive. However, my colleague, McLachlin J. adopts in substance much of the reasoning of L'Heureux-Dubé J., and to that extent, I would also respectfully disagree with her reasons.

#### 6. Conclusion

<sup>162</sup> For all of the foregoing reasons, I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal allowed, SOPINKA, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

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

revenu produit par ces biens, est fixée à jamais. Dans le cadre de son régime, une fois établi que l'actif a produit un revenu tiré d'une entreprise lorsqu'il était en la possession de la filiale, il s'ensuit nécessairement que cet actif produira aussi un revenu tiré d'une entreprise lorsqu'il est en la possession de la société mère. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de la Loi. Rien dans le par. 88(1) ou dans le par. 20(1) ou dans quelque autre disposition n'appuie une telle conclusion.

J'ai surtout dirigé mes commentaires vers les motifs du juge L'Heureux-Dubé parce qu'ils sont plus spécifiques et plus détaillés. Cependant, ma collègue le juge McLachlin adopte en substance une bonne partie du raisonnement du juge L'Heureux-Dubé, et, dans cette mesure, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec ses motifs non plus.

#### 6. Conclusion

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA, CORY et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canadian Government Publishing  
PWGSC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Les Éditions du gouvernement du Canada  
TPSGC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1997 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1997 Vol. 2**

**Cited as [1997] 2 S.C.R. 403-579**

**Renvoi [1997] 2 R.C.S. 403-579**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

## CONTENTS

### **Arndt v. Smith ..... 539**

Negligence — Medical malpractice — Causation — Mother contracting chickenpox while pregnant — Child born with disabilities resulting from mother's chickenpox — Mother suing doctor for costs associated with raising child — Whether loss caused by doctor's failure to advise properly of risk — Appropriate test of causation.

### **Dagg v. Canada (Minister of Finance) ..... 403**

Access to information — Privacy — Personal information — Request made for sign-in logs of government department — Personal identifying features deleted from information — Whether information should be disclosed — Whether part of information can be withheld because "personal information" — Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4,

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

## SOMMAIRE

### **Arndt c. Smith ..... 539**

Négligence — Faute médicale — Causalité — Mère ayant contracté la varicelle pendant sa grossesse — Enfant né avec une incapacité résultant de la varicelle de la mère — La mère a intenté une action contre le médecin pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever l'enfant — La perte a-t-elle été causée par l'omission du médecin de bien l'informer du risque? — Critère approprié de la causalité.

### **Dagg c. Canada (Ministre des Finances) ..... 403**

Accès à l'information — Protection de la vie privée — Renseignements personnels — Demande de feuilles de présences d'un ministère gouvernemental — Éléments d'identification personnelle supprimés des renseignements remis — Les renseignements devraient-ils être communiqués? — Peut-on refuser

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3(i), (j), 8(2)(m).

**United States of America v. Dynar** ..... 462

Extradition — Offences — Money laundering — Attempt — Conspiracy — Fugitive charged in U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money — Whether fugitive's conduct would have amounted to offence under Canadian law if it had occurred in Canada — Whether conduct would have amounted to criminal attempt or criminal conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 462.31(1), 465(1)(c) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 19.2(1).

Criminal law — Attempt — Conspiracy — Whether impossibility constitutes defence to charge of attempt or conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 465(1)(c).

Extradition — Hearing — Right to a fair hearing — Disclosure — Applicable procedural safeguards at extradition hearing.

## SOMMAIRE (Fin)

de communiquer une partie des renseignements pour le motif qu'il s'agit de «renseignements personnels»? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4, 19(1), (2), 21(1b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3i), j), 8(2)m).

**États-Unis d'Amérique c. Dynar** ..... 462

Extradition — Infractions — Recyclage de produits de la criminalité — Tentative — Complot — Fugitif accusé aux É.-U. de tentative de recycler des produits de la criminalité et de complot pour recycler des produits de la criminalité — La conduite du fugitif aurait-elle constitué une infraction en vertu du droit canadien si elle avait eu lieu au Canada? — La conduite aurait-elle constitué une tentative criminelle ou un complot criminel en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 462.31(1), 465(1)c) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 19.2(1).

Droit criminel — Tentative — Complot — L'impossibilité constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation de tentative ou de complot en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 465(1)c).

Extradition — Audience — Droit à un procès équitable — Divulgateion — Garanties procédurales applicables à une audience d'extradition.

**Michael A. Dagg** *Appellant*

v.

**The Minister of Finance** *Respondent*

and

**The Privacy Commissioner of Canada and the Public Service Alliance of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: DAGG v. CANADA (MINISTER OF FINANCE)

File No.: 24786.

1997: January 22; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Access to information — Privacy — Personal information — Request made for sign-in logs of government department — Personal identifying features deleted from information — Whether information should be disclosed — Whether part of information can be withheld because “personal information” — Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3(i), (j), 8(2)(m).*

The appellant filed a request with the Department of Finance for copies of logs with the names, identification numbers and signatures of employees entering and leaving the workplace on weekends. These logs were kept by security personnel for safety and security reasons but not for the purpose of verifying overtime claims. The appellant intended to present this information to the union anticipating that the union would find it helpful in the collective bargaining process and that the union would as a consequence be disposed to retain his services. The respondent disclosed the relevant logs but deleted the employees' names, identification numbers and signatures on the ground that this information constituted personal information and was thus exempted from disclosure. The appellant unsuccessfully sought a review by the Minister of this decision and filed a com-

**Michael A. Dagg** *Appellant*

c.

**Le ministre des Finances** *Intimé*

et

**Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et l'Alliance de la fonction publique du Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DAGG c. CANADA (MINISTRE DES FINANCES)

N° du greffe: 24786.

1997: 22 janvier; 1997: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Accès à l'information — Protection de la vie privée — Renseignements personnels — Demande de feuilles de présences d'un ministère gouvernemental — Éléments d'identification personnelle supprimés des renseignements remis — Les renseignements devraient-ils être communiqués? — Peut-on refuser de communiquer une partie des renseignements pour le motif qu'il s'agit de «renseignements personnels»? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4, 19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3(i), (j), 8(2)(m).*

L'appelant a déposé auprès du ministère des Finances une requête visant à obtenir des copies des feuilles indiquant les nom et numéro d'identification que les employés qui étaient entrés au travail, pendant certaines fins de semaine, avaient signées à leur arrivée et à leur départ. Ces feuilles de présences étaient tenues à des fins de sécurité par le personnel de sécurité, et non pas dans le but de vérifier des demandes de rémunération d'heures supplémentaires. L'appelant comptait soumettre ces renseignements au syndicat dans l'espoir que celui-ci les jugerait utiles dans le processus de négociation collective et qu'il serait, par conséquent, disposé à retenir ses services. L'intimé a communiqué les feuilles pertinentes, après y avoir cependant supprimé les nom, numéro d'identification et signature des employés, pour le motif que ces renseignements étaient des renseigne-

plaint with the Information Commissioner, arguing that deleted information should be disclosed by virtue of exceptions related to personal information in the *Privacy Act*. The Federal Court, Trial Division, on a review of the Minister's decision, found the information not to be personal but this decision was reversed on appeal. At issue here is whether the information in the logs constitutes "personal information" within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act* and whether the Minister failed to exercise his discretion properly in refusing to disclose the requested information pursuant to s. 19(2)(c) of the *Access to Information Act* and s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

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

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: Agreement was expressed with La Forest J.'s approach to interpreting the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, particularly that they must be interpreted together. La Forest J.'s general approach to the interpretation of s. 3 "personal information" (j) of the *Privacy Act* (hereinafter s. 3(j)) was also agreed with.

The number of hours spent at the workplace is information that is "related to" the position or function of the individual in that it permits a general assessment to be made of the amount of work required for a particular employee's position or function. For the same reason, the requested information is related to the "responsibilities of the position held by the individual" and falls under the specific exception set out at s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act*. The information provides a general indication of the extent of the responsibilities inherent in the position. There is neither a subjective aspect nor an element of evaluation contained in a record of an individual's presence at the workplace beyond normal working hours. Rather, that record discloses information generic to the position itself.

ments personnels qui étaient ainsi exemptés de communication. L'appelant a demandé en vain au Ministre de réviser cette décision et a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information, en faisant valoir que les renseignements supprimés devraient être communiqués en vertu des exceptions relatives aux renseignements personnels, prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Lors de la révision de la décision du Ministre, la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu qu'il ne s'agissait pas de renseignements personnels, mais cette décision a été infirmée en appel. Il s'agit ici de savoir si les renseignements contenus dans les feuilles de présences sont des «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et si le Ministre a omis d'exercer régulièrement son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements demandés conformément à l'al. 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

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

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il y a accord avec la façon dont le juge La Forest aborde l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, en particulier avec son affirmation qu'elles doivent être interprétées ensemble. Il y a également accord avec la façon générale dont le juge La Forest aborde l'interprétation de l'al. 3 «renseignements personnels» j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (ci-après l'al. 3j)).

Le nombre d'heures passées au travail est un renseignement «portant sur» le poste ou les fonctions de l'intéressé, en ce qu'il permet de se faire une idée générale de la quantité de travail requise relativement au poste ou aux fonctions d'un employé donné. Pour la même raison, les renseignements demandés portent sur «les attributions [du] poste [du cadre ou de l'employé]» et relèvent de l'exception particulière prévue au sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ces renseignements donnent une indication générale de l'étendue des attributions du poste. Il n'y a aucun aspect subjectif ni aucun élément d'évaluation dans une feuille de présences d'une personne au lieu de travail en dehors des heures normales de travail. Cette feuille donne plutôt des renseignements génériques sur le poste lui-même.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. (dissenting):* The *Access to Information Act* and *Privacy Act* have equal status and must be given equal effect. The courts must have regard to the purposes of both in considering whether a government record constitutes "personal information". Both recognize that, in so far as it is encompassed by the definition of "personal information" in s. 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access.

The overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy by helping to ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process and that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry. While the *Access to Information Act* recognizes a broad right of access to any record under the control of the government, the overarching purposes of the Act must be considered in determining whether an exemption to that general right should be granted. The purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and to provide individuals with a right of access to that information.

The definition of "personal information" in s. 3 of the *Privacy Act* — "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing" — indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition. The language is deliberately broad and entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual liberty. Its intent is to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions.

In the present case, the information requested by the appellant revealed the times during which employees of the Department of Finance attended their workplace on weekends over a period of one month. It is patently apparent that this constitutes "information about an identifiable individual" within the meaning of s. 3. It thus *prima facie* constitutes "personal information" under s. 3 of the *Privacy Act*.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major (dissidents):* La *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont égales entre elles et doivent être mises à exécution également. Les tribunaux doivent tenir compte des objets des deux lois pour décider si les renseignements contenus dans un document de l'administration fédérale sont des «renseignements personnels». Les deux lois reconnaissent que, dans la mesure où il est visé par la définition de «renseignements personnels», contenue à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information.

La loi en matière d'accès à l'information a pour objet général de favoriser la démocratie en aidant à garantir que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population. Bien que la *Loi sur l'accès à l'information* reconnaisse un droit d'accès général aux documents des institutions fédérales, il faut tenir compte de l'objectif général de cette loi pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître une exception à ce droit général. L'objectif de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est de protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et d'assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

La définition de «renseignements personnels» donnée à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* — «[l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment» — indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d'interprétation. L'énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale. La formulation est délibérément large et illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus. Elle est destinée à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d'exceptions précises.

En l'espèce, les renseignements demandés par l'appellant révélaient les heures pendant lesquelles des employés du ministère des Finances se trouvaient à leur lieu de travail pendant la fin de semaine au cours d'une période d'un mois. Il appert manifestement que ce sont des «renseignements [...] concernant un individu identifiable» au sens de l'art. 3. Ce sont donc, à première vue, des «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Although it is not strictly necessary to so find, it is relevant that employees of the respondent would have a reasonable expectation that the information in the sign-in logs would not be revealed to the general public. A reasonable person would not expect strangers to have access to detailed, systematic knowledge of an individual's location during non-working hours, even if that location is his or her workplace.

Once it is determined that a record falls within the opening words of the definition of "personal information" in s. 3 of the *Privacy Act*, it is not necessary to consider whether it is also encompassed by one of the specific, non-exhaustive examples set out in paras. (a) to (i). It should be noted, nevertheless, that the records requested by the appellant in this case clearly fall within para. (i), which states that "personal information" includes "the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual". In this case, the appellant did not request only the names of the employees. He also wanted access to the times of their arrivals and departures. The time entries thus constitute "other personal information" within the meaning of the first part of para. (i).

It is also clear that disclosure of the names themselves, i.e., without the time entries or signatures, would disclose information about the individual within the meaning of the second part of para. (i). In his access request, the appellant asked for copies of the logs signed by employees on specific days. Even if the Minister disclosed only the names of the employees listed on those logs, the disclosure would reveal that certain identifiable persons attended their workplace on those days.

Section 48 of the *Access to Information Act* places the onus on the government to show that it is authorized to refuse to disclose a record. The Act makes no distinction between the determination as to whether a record is *prima facie* personal information and whether it is encompassed by one of the exceptions. Even where it has been shown that the record is *prima facie* personal information, the government retains the burden of establishing that a record does not fall within one of the exceptions set out in s. 3.

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le conclure, il est pertinent de mentionner que les employés de l'intimé s'attendaient raisonnablement à ce que l'information contenue dans les feuilles de présences ne soit pas communiquée au grand public. Une personne raisonnable ne s'attendrait pas à ce que des étrangers aient accès systématiquement à des renseignements détaillés concernant l'endroit où se trouve une personne en dehors des heures de travail, même si cet endroit est son lieu de travail.

Une fois qu'il a été jugé qu'un document relève de la disposition liminaire de la définition de l'expression «renseignements personnels», figurant à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il correspond aussi à l'un des exemples précis, mais non exhaustifs, donnés aux al. a) à i). Il y a lieu de noter, toutefois, que les renseignements demandés par l'appelant en l'espèce sont nettement visés par l'al. i) qui stipule que l'expression «renseignements personnels» concernant un particulier vise notamment «son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet». En l'espèce, l'appelant n'a pas seulement demandé le nom des employés en question. Il voulait aussi connaître leurs heures d'arrivée et de départ. Les heures d'arrivée et de départ constituent ainsi «d'autres renseignements personnels» au sens de la première partie de l'al. i).

Il est également clair que la divulgation des noms mêmes, c.-à-d. sans les heures d'arrivée et de départ ou les signatures, révélerait des renseignements au sujet des individus concernés, au sens de la deuxième partie de l'al. i). Dans sa demande d'accès à des renseignements, l'appelant a demandé une copie des feuilles signées par des employés à certaines dates. Même si le Ministre ne divulguait que le nom des employés inscrits sur ces feuilles, cette divulgation révélerait que certaines personnes identifiables se trouvaient à leur lieu de travail ces jours-là.

L'article 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose à l'administration fédérale l'obligation d'établir le bien-fondé de son refus de communiquer un dossier. Cette loi n'établit aucune distinction entre le point de savoir si un document contient des renseignements personnels à première vue, et celui de savoir s'il est visé par l'une des exceptions. Même dans le cas où on a démontré qu'un document contient des renseignements personnels à première vue, il incombe toujours à l'administration fédérale d'établir que ce document ne relève pas de l'une des exceptions prévues à l'art. 3.

The section 3 personal information provision exempts information attaching to positions but not information relating to specific individuals. Information relating to the position is thus not “personal information”, even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is “personal information”. Generally speaking, information relating to the position, function or responsibilities of an individual will consist of the kind of information disclosed in a job description.

The information requested in the present case is not information about the nature of a particular position. While it may give the appellant a rough, overall picture of weekend work patterns, it provides no specific, accurate information about any specific employee’s duties, functions or hours of work. Rather, it reveals information about the activities of a specific individual which may or may not be work-related. Even if the logs can be said to record an employee’s overtime hours accurately, such information is “personal information”. The specific hours worked by individual employees reveal nothing about either the nature or quantity of their work.

The names on the sign-in logs do not constitute a “document prepared by . . . individual[s] in the course of employment”. First, these logs are not prepared by the employees who sign them; they are the responsibility of security officers. Second, they are not made “in the course of employment” and have nothing to do with the responsibilities of their positions.

A *de novo* review of the decision of the head of the institution, under s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*, that the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy is not mandated by s. 2 of the *Access to Information Act* which provides that decisions on disclosure should be reviewed independently of government. The reviewing court, under s. 49 of that Act, is to determine whether the refusal to disclose by the head of a government institution was authorized. If the information does not fall within one of the exceptions to a general right of access, the head of the institution is not “authorized” to refuse disclosure, and the court may order that the record be released pursuant to s. 49. In making this determination, the reviewing court may substitute its opinion for that of the head of the govern-

La disposition relative aux renseignements personnels, contenue à l’art. 3, exclut les renseignements relatifs aux postes, mais non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des «renseignements personnels», bien qu’ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des «renseignements personnels». En général, les renseignements concernant le poste, les fonctions ou les attributions d’une personne sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail.

Les renseignements demandés en l’espèce ne concernent pas la nature d’un poste en particulier. Bien qu’ils puissent donner à l’appelant un vague aperçu des tendances de travail en fin de semaine, ils ne donnent aucune information exacte ou précise sur les attributions, fonctions ou heures de travail d’un employé en particulier. Ils révèlent plutôt les activités d’une personne donnée, qui peuvent être ou ne pas être liées à son travail. Même si on peut dire que les feuilles en question font état avec exactitude des heures supplémentaires effectuées par un employé, ces renseignements sont des «renseignements personnels». Les heures effectuées par des employés ne révèlent rien sur la nature ou le volume de leur travail.

Les noms figurant sur les feuilles de présences ne constituent pas un «document [que des individus ont] établi au cours de [leur] emploi». Premièrement, ces feuilles ne sont pas «établies» par les employés qui les signent; elles relèvent de la responsabilité d’agents de sécurité. Deuxièmement, elles ne sont pas établies «au cours de [l’]emploi» et n’ont rien à voir avec les attributions des postes des employés.

Une révision *de novo* de la décision du responsable de l’institution, prise en vertu du sous-al. 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et suivant laquelle les raisons d’intérêt public justifiant la communication l’emportaient clairement sur toute atteinte à la vie privée, n’est pas exigée par l’art. 2 de la *Loi sur l’accès à l’information*, qui prévoit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Aux termes de l’art. 49 de cette loi, la cour qui procède à la révision doit déterminer si le responsable de l’institution fédérale qui a refusé communication d’un document était autorisé à la refuser. Si les renseignements demandés ne relèvent pas de l’une des exceptions au droit général d’accès, le responsable de l’institution fédérale concer-

ment institution. The situation changes, however, once it is determined that the head of the institution is authorized to refuse disclosure. Section 49 of the *Access to Information Act*, then, only permits the court to overturn the decision of the head of the institution where that person is "not authorized" to withhold a record. Where the requested record constitutes personal information, the head of the institution is authorized to refuse and the *de novo* review power set out in s. 49 is exhausted.

The head of a government institution, under s. 19(2) of the *Access to Information Act*, has a discretion to disclose personal information in certain circumstances. A decision is not immune from judicial oversight merely because it is discretionary. Abuse of discretion may be alleged but where the discretion has been exercised in good faith, and, where required, in accordance with principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

The Minister properly examined the evidence and carefully weighed the competing policy interests. He was entitled to make the conclusion that the public interest did not outweigh the privacy interest. For this Court to overturn this decision would not only amount to a substitution of its view of the matter for his but also do considerable violence to the purpose of the legislation. The Minister's failure to give extensive, detailed reasons for his decision did not work any unfairness upon the appellant.

The head of a government institution, pursuant to s. 48 of the *Access to Information Act*, has the burden of establishing that he or she is "authorized to refuse" to disclose a requested record. The Minister satisfied this burden when he showed that the information in the sign-in logs constituted "personal information". Once that fact is established, the Minister's decision to refuse to disclose pursuant to s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* may only be reviewed on the basis that it constituted an abuse of discretion. The Minister did not have a "burden" to show that his decision was correct because that decision is not reviewable by a court on the correctness standard. The Minister weighed the conflicting interests

née n'est pas autorisé à en refuser la communication, et la cour peut en ordonner la communication conformément à l'art. 49. Dans cette décision, la cour qui procède à la révision peut substituer son opinion à celle du responsable de l'institution fédérale concernée. La situation est cependant différente une fois qu'on a jugé que le responsable de l'institution fédérale est autorisé à refuser la communication. Il s'ensuit que l'art. 49 de la *Loi sur l'accès à l'information* n'autorise la cour à écarter la décision du responsable de l'institution fédérale que dans le cas où celui-ci n'est pas autorisé à refuser la communication d'un document. Dans les cas où le document demandé contient des renseignements personnels, le responsable de l'institution fédérale est autorisé à en refuser la communication, et le pouvoir de révision *de novo*, énoncé à l'art. 49, est épuisé.

Aux termes du par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, le responsable d'une institution fédérale a le pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements personnels dans certains cas. Une décision n'échappe pas à la surveillance des tribunaux simplement parce qu'elle est fondée sur un pouvoir discrétionnaire. On peut alléguer qu'il y a eu abus du pouvoir discrétionnaire, mais lorsque ce pouvoir a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

Le Ministre a bien examiné la preuve et soigneusement soupesé les intérêts de principe qui s'opposaient. Il était en droit de conclure que les raisons d'intérêt public ne l'emportaient pas sur le droit à la vie privée. Si notre Cour écartait cette décision, cela reviendrait non seulement à substituer sa perception de l'affaire à celle que le Ministre en avait, mais aussi à porter gravement atteinte à l'objet de la loi en cause. L'omission du Ministre d'exposer des motifs complets et détaillés à l'appui de sa décision n'a causé aucune iniquité à l'appellant.

Conformément à l'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information*, il incombe au responsable d'une institution fédérale d'établir «le bien-fondé du refus» de communiquer un document demandé. Le Ministre s'est acquitté de cette obligation en démontrant que les feuilles de présences constituaient des «renseignements personnels». Une fois cela établi, la décision du Ministre de refuser de communiquer en application du sous-al. 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne peut être susceptible de révision que pour le motif qu'elle constitue un abus de pouvoir discrétionnaire. Il n'«incombe» pas au Ministre de démontrer que sa décision était correcte, parce que sa décision ne peut pas

at stake. The fact that he stated that the appellant failed to demonstrate that the public interest should override the privacy rights of the employees named in the sign-in logs was therefore irrelevant.

### Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Rubin v. Clerk of Privy Council (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287.

By La Forest (dissenting)

*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs)*, [1990] 1 F.C. 395; *Information Commissioner v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 5 F.T.R. 287; *Bland v. National Capital Commission*, [1991] 3 F.C. 325; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Order M-35 (Re Corporation of the Township of Osprey, September 4, 1992)*, [1992] O.I.P.C. No. 119 (QL); *Order P-718 (Re Ontario Science Centre, July 6 1994)*, [1994] O.I.P.C. No. 211 (QL); *Order M-438 (Re Town of Amherstburg Police Services Board, December 30, 1994)*, [1994] O.I.P.C. No. 434 (QL); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1994] 3 F.C. 527; *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 86 F.T.R. 266; *MacKenzie v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 88 F.T.R. 52; *Thorne v. Newfoundland and Labrador Hydro Electric Corp.* (1993), 109 Nfld. & P.E.I.R. 233; *Rubin v. Clerk of the Privy Council (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287; *Orth v. Macdonald Dettwiler & Associates Ltd.* (1986), 16 C.C.E.L. 41; *Canada (Information Commissioner) v. Canadian Radio-television and Tele-*

faire l'objet d'un examen judiciaire selon la norme de la décision correcte. Le Ministre a soupesé les intérêts qui s'opposaient en l'espèce. Il est donc sans importance qu'il ait dit que l'appelant n'avait pas démontré que l'intérêt public devrait l'emporter sur les droits à la vie privée des employés inscrits sur les feuilles de présences.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts examinés:** *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287.

Citée par le juge La Forest (dissent)

*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures)*, [1990] 1 C.F. 395; *Commissaire à l'information c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 5 F.T.R. 287; *Bland c. Commission de la capitale nationale*, [1991] 3 C.F. 325; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Order M-35 (Re Corporation of the Township of Osprey, 4 septembre 1992)*, [1992] O.I.P.C. n° 119 (QL); *Order P-718 (Re Ontario Science Centre, 6 juillet 1994)*, [1994] O.I.P.C. n° 211 (QL); *Order M-438 (Re Town of Amherstburg Police Services Board, 30 décembre 1994)*, [1994] O.I.P.C. n° 434 (QL); *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1994] 3 C.F. 527; *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 86 F.T.R. 266; *MacKenzie c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 88 F.T.R. 52; *Thorne c. Newfoundland and Labrador Hydro Electric Corp.* (1993), 109 Nfld. & P.E.I.R. 233; *Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287; *Orth c. Macdonald Dettwiler & Associates Ltd.* (1986), 16 C.C.E.L. 41; *Canada (Commissaire à l'information) c. Conseil de la*

*communications Commission*, [1986] 3 F.C. 413; *McHugh v. Union Bank of Canada*, [1913] A.C. 299; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen, on the relation of Brice Andrews*, [1953] 2 S.C.R. 95; *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; *Vancouver (City of) v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71; *Isinger v. Buckland (Rural Municipality No. 491)* (1986), 48 Sask. R. 207; *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975), 13 N.S.R. 587; *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Canada (Minister of External Affairs and International Trade)*, [1996] F.C.J. No. 903 (Q.L.); *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Canadian Arsenals Ltd. v. Canadian Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684.

#### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 13, 19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 53(2), 54. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2). *Freedom of Information Act*, R.S.N. 1990, c. F-25, s. 10(2)(a). *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31. *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 11, 12. *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56. *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "personal information" (i), (j), 8(2)(m).

#### Authors Cited

Birkinshaw, Patrick. *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1988.

Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Canadian Bar Association. Special Committee on Freedom of Information. *Freedom of Information in Canada: A Model Bill*. Ottawa: The Association, 1979.

*radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1986] 3 C.F. 413; *McHugh c. Union Bank of Canada*, [1913] A.C. 299; *Smith & Rhuland Ltd. c. The Queen, on the relation of Brice Andrews*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; *Vancouver (Ville de) c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71; *Isinger c. Buckland (Rural Municipality No. 491)* (1986), 48 Sask. R. 207; *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975), 13 N.S.R. 587; *Grand Conseil des Cris (du Québec) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures et du Commerce international)*, [1996] A.C.F. n° 903 (QL); *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Les Arsenaux Canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2). *Freedom of Information Act*, R.S.N. 1990, ch. F-25, art. 10(2)a). *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11, 12. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4 [mod. L.C. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, art. 1)] 13, 19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 53(2), 54. *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31. *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56. *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 «renseignements personnels» i), j), 8(2)m).

#### Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Comité spécial sur la liberté d'information. *La liberté d'information au Canada: un projet de loi type*. Ottawa: L'Association, 1979.

Birkinshaw, Patrick. *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1988.

Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.

- Feinberg, Joel. "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?" (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L.J.* 475. *House of Commons Debates*, vol. XVI, 1st sess., 32nd Parl., at p. 18853.
- Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Leadbeater J. Alan. "How Much Privacy for Public Officials?". In *Hide and Seek — Current Issues in Freedom of Information and Privacy Law*. Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, Tab 2.
- Mullan, David J. "Access to Information and Rule-Making", in John D. McCamus, ed., *Freedom of Information: Canadian Perspectives*, at p. 54. Toronto: Butterworths, 1981.
- Onyshko, Tom. "The Federal Court and the *Access to Information Act*" (1993), 22 *Man. L.J.* 73.
- Plamenatz, John. *Democracy and Illusion*. London: Longman, 1973.
- Rowat, Donald C. "How Much Administrative Secrecy?" (1965), 31 *Can. J. of Econ. and Pol. Sci.* 479.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.
- Débats de la Chambre des communes*, vol. XVI, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., à la p. 18853.
- Feinberg, Joel. «Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?» (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.
- Fried, Charles. «Privacy» (1968), 77 *Yale L.J.* 475.
- Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Leadbeater, J. Alan. "How Much Privacy for Public Officials?" Dans *Hide and Seek — Current Issues in Freedom of Information and Privacy Law*. Institute of Continuing Legal Education, Association du Barreau canadien (Ontario), le 25 mars, 1994, Tab 2.
- Mullan, David J. «Access to Information and Rule-Making», in John D. McCamus, ed., *Freedom of Information: Canadian Perspectives*, at p. 54. Toronto: Butterworths, 1981.
- Onyshko, Tom. «The Federal Court and the *Access to Information Act*» (1993), 22 *R.D. Man.* 73.
- Plamenatz, John. *Democracy and Illusion*. London: Longman, 1973.
- Rowat, Donald C. «How Much Administrative Secrecy?» (1965), 31 *Can. J. of Econ. and Pol. Sci.* 479.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1995] 3 F.C. 199, 124 D.L.R. (4th) 553, 181 N.R. 139, allowing an appeal from a judgment of Cullen J. (1993), 70 F.T.R. 54, 22 Admin. L.R. (2d) 171. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting.

*Alan Riddell and Sean Gaudet*, for the appellant.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Anne M. Turley*, for the respondent.

*Denis J. Power, Q.C.*, and *Holly Harris*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

*Andrew Raven and David Yazbeck*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 3 C.F. 199, 124 D.L.R. (4th) 553, 181 N.R. 139, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Cullen (1993), 70 F.T.R. 54, 22 Admin. L.R. (2d) 171. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents.

*Alan Riddell et Sean Gaudet*, pour l'appelant.

*Graham Garton, c.r.*, et *Anne M. Turley*, pour l'intimé.

*Denis J. Power, c.r.*, et *Holly Harris*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

*Andrew Raven et David Yazbeck*, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

<sup>1</sup> CORY J. — I have read the careful and extensive reasons of Justice La Forest. I agree with his approach to the interpretation of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, and the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, particularly that they must be interpreted and read together. I also agree that the names on the sign-in logs are “personal information” for the purposes of s. 3 of the *Privacy Act*. However, I arrive at a different conclusion with respect to the application of s. 3 “personal information” (j) (hereinafter s. 3(j)) of that Act.

LE JUGE CORY — Ayant pris connaissance des motifs minutieux et approfondis du juge La Forest, je suis d'accord avec sa façon d'aborder l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, en particulier lorsqu'il affirme que ces deux lois doivent être interprétées ensemble. Je conviens aussi que les noms figurant sur les feuilles de présences constituent des «renseignements personnels» aux fins de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Je parviens cependant à une autre conclusion quant à l'application de l'al. 3 «renseignements personnels» j) (ci-après l'al. 3j)) de cette loi.

<sup>2</sup> Subsection 3(j) of the *Privacy Act* provides that:

L'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit que:

... for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, [“personal information”] does not include

... pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment. . . .

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi, . . .

<sup>3</sup> I agree with La Forest J. that the names on the sign-in logs do not fall under s. 3(j)(iv) of the *Privacy Act*. It would be difficult to conclude that the sign-in logs were “prepared by” the employees, as that expression is commonly understood.

Je conviens avec le juge La Forest que les noms figurant sur les feuilles de présences ne relèvent pas du sous-al. 3j)(iv) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, car il serait difficile de conclure que ces feuilles ont été «établies par» les employés, selon le sens courant de cette expression.

<sup>4</sup> However, I am of the view that both the opening words of s. 3(j) and the specific provisions of

J'estime cependant que la disposition liminaire de l'al. 3j) et les dispositions particulières du sous-

s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act* are sufficiently broad to encompass the information sought by the appellant.

La Forest J. holds, at para. 94, that the purpose of s. 3(j) and s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is:

... to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is thus not "personal information", even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information". [Emphasis in original.]

I agree. Moreover, I agree with La Forest J. that "[g]enerally speaking, information relating to the position . . . will consist of the kind of information disclosed in a job description", such as "the terms and conditions associated with a particular position, including . . . qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range" (para. 95).

However, in applying these considerations to the facts, La Forest J. concludes that the information requested by the appellant is not information about the nature of a particular position. It is on this point that I must differ.

The number of hours spent at the workplace is generally information "that relates to" the position or function of the individual, and thus falls under the opening words of s. 3(j). It is no doubt true that employees may sometimes be present at their workplace for reasons unrelated to their employment. Nevertheless, I am prepared to infer that, as a general rule, employees do not stay late into the evening or come to their place of employment on the weekend unless their work requires it. Ordinarily the workplace cannot be mistaken for either an entertainment centre or the setting for a party. The sign-in logs therefore provide information which would at the very least permit a general assessment to be made of the amount of work which is

al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont suffisamment générales pour viser les renseignements demandés par l'appelant.

Le juge La Forest conclut, au par. 94, que l'al. 3j) et le sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

... ont pour objet d'exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des «renseignements personnels», bien qu'ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des «renseignements personnels». [Souligné dans l'original.]

Je suis d'accord. En outre, je conviens avec le juge La Forest qu'«[e]n général, les renseignements concernant le poste [. . .] sont du genre de ceux qu'on trouve dans la description de travail», telles que «les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l'échelle de traitement» (par. 95).

Toutefois, en appliquant ces considérations aux faits, il conclut que les renseignements demandés par l'appelant ne sont pas des renseignements concernant la nature d'un poste donné. C'est sur ce point que je diverge d'avis.

Le nombre d'heures passées au travail est généralement un renseignement «portant sur» le poste ou les fonctions de l'intéressé, et relève donc de la disposition liminaire de l'al. 3j). Il est sûrement vrai que des employés peuvent parfois se trouver au travail pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leur emploi. Néanmoins, je suis prêt à déduire qu'en règle générale les employés ne restent au travail tard dans la soirée ou ni ne s'y rendent pendant la fin de semaine que si leur emploi l'exige. Normalement, on ne saurait considérer le lieu de travail comme un centre de divertissement ou comme un endroit où on fait la fête. Les feuilles de présences fournissent donc des renseignements qui permettraient, à tout le moins, de se faire une idée

5

6

7

8

required for an employee's particular position or function.

9 For the same reason, the information in the sign-in logs is related to "the . . . responsibilities of the position held by the individual" and falls under the specific exception set out at s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act*. Although this information may not disclose anything about the nature of the responsibilities of the position, it does provide a general indication of the extent of those responsibilities. Generally, the more work demanded of the employee, the longer will be the hours of work required to complete it in order to fulfil the "responsibilities of the position held by the individual". Nothing in s. 3(j)(iii) of the Act indicates that the information must refer to "responsibilities" in a qualitative, as opposed to quantitative, sense.

10 The reasons of the Federal Court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.) (hereinafter "*Information Commissioner*") and *Rubin v. Clerk of Privy Council (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287 (hereinafter "*Rubin*") are in my view distinguishable.

11 In *Information Commissioner*, Jerome A.C.J. held that certain opinions expressed about the training, personality, experience or competence of individual employees did not fall under any of the exemptions set out at s. 3(j) of the *Privacy Act*. In construing these specific exceptions, it was observed that, apart from s. 3(j)(v) (the individual's own views or opinions given in the course of employment), each of them are examples of "matters of objective fact" (pp. 557-58). According to Jerome A.C.J., at p. 558:

There is no indication that qualitative evaluations of an employee's performance were ever intended to be made public. Indeed, it would be most unjust if the details of an employee's job performance were considered public information simply because that person is in the employ of the government.

générale de la quantité de travail requise relativement au poste ou aux fonctions d'un employé donné.

Pour la même raison, les renseignements consignés sur les feuilles de présences portent sur «les attributions [du] poste [du cadre ou de l'employé]» et relèvent de l'exception particulière du sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Quoiqu'il se puisse que ces renseignements ne révèlent rien au sujet de la nature des attributions du poste, ils donnent une indication générale de leur étendue. En général, plus le volume de travail exigé de l'employé est grand, plus il doit passer d'heures au travail pour s'acquitter des «attributions de son poste». Rien au sous-al. 3j)(iii) de la *Loi* n'indique que les renseignements doivent concerner les «attributions» au sens qualitatif plutôt que quantitatif.

Selon moi, une distinction peut être faite d'avec les motifs de jugement de la Cour fédérale dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après «*Commissaire à l'information*»), et dans *Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287 (ci-après «*Rubin*»).

Dans *Commissaire à l'information*, le juge en chef adjoint Jerome a conclu que certaines opinions exprimées au sujet de la formation, de la personnalité, de l'expérience ou de la compétence de certains employés ne relevaient pas des exceptions prévues à l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En interprétant ces exceptions particulières, il fait observer que, outre le sous-al. 3j)(v) (les idées et opinions personnelles exprimées par une personne au cours de son emploi), chacune constitue un exemple qui «repose[s] sur des faits objectifs» (p. 558). Selon le juge en chef adjoint Jerome, à la p. 558:

Rien n'indique qu'on ait eu l'intention de rendre publiques les évaluations qualitatives du rendement d'un employé. En effet, il serait tout à fait injuste que les détails de la prestation de travail de l'employé soient considérés comme des renseignements publics pour la simple raison que la personne est une employée de l'État.

In my view, there is neither a subjective aspect nor an element of evaluation contained in a record of an individual's presence at the workplace beyond normal working hours. Rather, that record discloses information generic to the position itself.

In *Rubin*, it was held that, although the salary range attaching to a position fell under s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act*, the actual salary earned by the employee filling the position did not. However, unlike the information contained in the sign-in sheets, the actual salary which a person receives does not reveal anything inherent about the position. On the contrary, it is information that relates to the individual employee.

My conclusion that the names on the sign-in logs fall within the opening words of s. 3(j) of the *Privacy Act* and, alternatively, within s. 3(j)(iii) of the Act, is sufficient to dispose of this appeal. It follows that the information must be disclosed.

There remain two additional matters which I would like to mention. First, there might be another acceptable manner of resolving the dispute which would go further in protecting the privacy and security of the individuals. Perhaps this could be achieved by setting out the hours worked and indicating which of the employees appearing on the sign-in sheets were members of the bargaining unit, without revealing their names. That solution might satisfy all concerned. Yet, in the absence of submissions on such a proposed solution, it would be unfair and improper to consider it in this appeal.

Second, in light of the conclusion that the information must be disclosed, it is not necessary for me to consider whether the Minister erred in his exercise of the discretion conferred upon him pursuant to s. 19(2) of the *Access to Information Act* and s. 8 of the *Privacy Act*. In general, I agree with La Forest J.'s conclusion that a Minister's discretionary decision under s. 8(2)(m)(i) is not to be reviewed on a *de novo* standard of review. Perhaps

À mon avis, il n'y a aucun aspect subjectif ni aucun élément d'évaluation dans une feuille de présences d'une personne au lieu de travail en dehors des heures normales de travail. Cette feuille donne plutôt des renseignements génériques sur le poste lui-même.

Dans *Rubin*, il a été jugé que, bien que l'échelle de traitement d'un poste relève du sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ce n'est pas le cas du salaire réel touché par l'employé qui occupe le poste en question. Cependant, à l'opposé des renseignements consignés sur les feuilles de présences, le salaire réel d'une personne ne révèle rien qui soit propre à son poste. Au contraire, ces renseignements concernent l'employé lui-même.

Ma conclusion que les noms figurant sur les feuilles de présences relèvent de la disposition liminaire de l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ou, subsidiairement, du sous-al. 3j)(iii) de cette loi, suffit pour trancher le pourvoi. Il s'ensuit que les renseignements en question doivent être communiqués.

Il reste deux autres questions que j'aimerais mentionner. Premièrement, il pourrait y avoir une autre façon acceptable de résoudre le litige, qui protégerait davantage la vie privée et la sécurité des particuliers. Cela pourrait peut-être consister à énoncer les heures de travail effectuées et à indiquer quels employés inscrits sur les feuilles de présences faisaient partie de l'unité de négociation, sans pour autant révéler leurs noms. Cette solution pourrait satisfaire tous les intéressés. Mais faute d'observations sur un tel projet de solution, il serait injuste et inapproprié de l'examiner en l'espèce.

Deuxièmement, compte tenu de la conclusion que les renseignements doivent être communiqués, il n'est pas nécessaire que j'examine si le Ministre a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en vertu du par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En général, je souscris à la conclusion du juge La Forest qu'une décision discrétionnaire du

12

13

14

15

16

it will suffice to observe that the Minister is not obliged to consider whether it is in the public interest to disclose personal information. However in the face of a demand for disclosure, he is required to exercise that discretion by at least considering the matter. If he refuses or neglects to do so, the Minister is declining jurisdiction which is granted to him alone.

17 Furthermore, it could be determined that the Minister committed an error in principle resulting in a loss of jurisdiction when he stated:

I do not believe that you have demonstrated that if there were any public interest that it clearly overrides the individual's right to privacy. [Emphasis added.]

18 From this, it appears that the Minister of Finance placed upon the appellant the burden of demonstrating that the public interest in disclosure clearly outweighed any privacy interest. Yet, s. 8 of the *Privacy Act* does not mention any burden of proof. It simply provides that the Minister must be satisfied that the public interest in disclosure clearly outweighs privacy. The quoted words from the Minister's ruling could lead to the conclusion that he abused the discretion conferred upon him. If this had been the conclusion reached, I would have referred the matter back to the Minister for consideration without the imposition of the onus on the appellant.

19 In the result, I would allow the appeal, with costs.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. were delivered by

20 LA FOREST J. (dissenting) — This appeal involves a conflict between access to information and privacy rights under federal legislation. For the first time, this Court has the opportunity to consider an application pursuant to s. 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, to review

Ministre, fondée sur le sous-al. 8(2)m(i), ne doit pas être examinée selon une norme de révision *de novo*. Il suffit peut-être de faire remarquer que le Ministre n'est pas tenu d'examiner s'il est dans l'intérêt public de divulguer des renseignements personnels. Toutefois, lorsqu'une demande de divulgation lui est faite, il doit exercer ce pouvoir discrétionnaire au moins en examinant l'affaire. S'il refuse ou omet de le faire, le Ministre se trouve à refuser d'exercer la compétence dont lui seul est investi.

De plus, il serait possible de décider que le Ministre a commis une erreur de principe qui lui a fait perdre compétence, lorsqu'il a affirmé:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que vous ayez démontré que, s'il y avait un intérêt public en jeu, il l'emporte clairement sur le droit du particulier à la protection de sa vie privée. [Je souligne.]

Cela permet de constater que le ministre des Finances a imposé à l'appellant l'obligation de démontrer que l'intérêt public dans la communication de documents l'emporte clairement sur tout droit à la vie privée. Or, l'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne fait état d'aucune charge de preuve. Il prévoit simplement que le Ministre doit être convaincu que l'intérêt public dans la communication de documents l'emporte nettement sur la vie privée. L'extrait susmentionné de la décision du Ministre pourrait amener à conclure qu'il a abusé du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Si cette conclusion avait été tirée, j'aurais renvoyé l'affaire au Ministre pour qu'il l'examine sans imposer la charge de la preuve à l'appelant.

En définitive, j'accueillerais le pourvoi, avec dépens.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi résulte d'un conflit entre le droit d'accès à l'information et le droit à la protection des renseignements personnels, conférés par des lois fédérales. C'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur un recours, fondé sur

a decision as to whether certain information under the control of the Government of Canada should be disclosed. Specifically, the appellant challenges the decision of the respondent Minister of Finance to refuse to disclose portions of departmental sign-in logs on the basis that they constitute "personal information" within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

### Factual Background

On October 16, 1990, the appellant, Dagg, a professional access to information consultant, filed a request with the Department of Finance for copies of logs signed by employees entering and leaving the workplace on weekends during the month of September, 1990. On November 6, 1990, the respondent Minister disclosed the relevant logs to the appellant. The Minister had, however, deleted the employees' names, identification numbers and signatures. In his letter accompanying the disclosed logs, the Minister explained that this information constituted personal information and was thus exempted from disclosure in accordance with s. 19(1) of the *Access to Information Act*.

On November 29, 1990, the appellant filed a complaint with the Information Commissioner pursuant to s. 31 of the *Access to Information Act*. On March 18, 1991, he wrote to the Minister seeking a review of his earlier decision. He argued that the names of the employees which had been deleted from the record should be disclosed by virtue of s. 3 "personal information" (j) (hereinafter s. 3(j)) or s. 8(2)(m) of the *Privacy Act*. The Minister confirmed his decision by way of a letter dated July 3, 1991. In his report of September 4, 1991, the Information Commissioner concluded that the appellant had not been deprived of a right under the *Access to Information Act* and indicated that he was unable to support his complaint.

l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, en révision d'une décision quant à savoir s'il y a lieu de communiquer certains renseignements qui relèvent de l'administration fédérale. Plus précisément, l'appelant conteste la décision de l'intimé le ministre des Finances de refuser de lui communiquer des parties des feuilles de présences de son ministère, pour le motif qu'elles contiennent des «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

### Les faits

Le 16 octobre 1990, l'appelant Dagg, un consultant en accès à l'information, a déposé auprès du ministère des Finances une requête visant à obtenir des copies des feuilles de présences que les employés qui étaient entrés au travail, pendant les fins de semaine du mois de septembre 1990, avaient signées à leur arrivée et à leur départ. Le 6 novembre 1990, le ministre intimé a communiqué à l'appelant les feuilles demandées, après y avoir cependant supprimé les nom, numéro d'identification et signature des employés concernés. Dans sa lettre jointe aux feuilles communiquées, le Ministre a expliqué que ces renseignements étaient des renseignements personnels qui étaient ainsi exemptés de communication conformément au par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Le 29 novembre 1990, l'appelant a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information conformément à l'art. 31 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le 18 mars 1991, il a écrit au Ministre pour lui demander de réviser sa décision antérieure. Il prétendait que les noms des employés qui avaient été supprimés du dossier devraient être communiqués en vertu des al. 3 «renseignements personnels» j) (ci-après l'al. 3j)) ou 8(2)m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le Ministre a confirmé sa décision par lettre en date du 3 juillet 1991. Dans son compte rendu daté du 4 septembre 1991, le Commissaire à l'information a conclu que l'appelant n'avait pas été privé d'un droit en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, et il a indiqué qu'il était incapable d'appuyer sa plainte.

21

22

23 The appellant applied to the Federal Court, Trial Division, for a review of the Minister's decision pursuant to s. 41 of the *Access to Information Act*. The evidence of R. Langille, the Department's Director of Security Services, revealed that the sign-in logs recorded the names, identification numbers and signatures of the individuals entering the Department, as well as their location in the building and the times of their arrival and departure. According to Langille, the primary purpose of the sign-in logs was to locate personnel in case of fire. He also stated that they had been used to assist in investigations of theft and vandalism, though they were not kept for that purpose. On occasion, he testified, logs had been shown to managers in order to verify that an employee was present in the building at a particular time. As far as Langille was aware, however, the logs were not used to verify overtime claims.

24 In his own evidence, the appellant stated that he sought the information as part of a marketing initiative. He wanted to determine whether union members were working overtime on weekends without claiming compensation. He intended to present this information to the union anticipating that it would find it helpful in the collective bargaining process and thereby be disposed to retain his services. He also hoped to obtain a legal precedent on the release of names that would force government departments to adopt a consistent response to such requests.

25 On November 8, 1993, Cullen J. held that the names were not personal information and should be released. The respondent appealed to the Federal Court of Appeal. In a unanimous decision dated April 21, 1995, the court allowed the appeal.

#### Applicable Legislation

26 Before proceeding further, it will be useful to set out the relevant provisions of the *Access to Infor-*

L'appelant a demandé à la Cour fédérale, Section de première instance, de réviser la décision du Ministre, conformément à l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le directeur des services de sécurité du Ministère, R. Langille, a témoigné que les feuilles de présences indiquent les nom, numéro d'identification et signature des personnes qui entrent dans les locaux du Ministère, l'endroit où ils se trouvent dans l'immeuble, ainsi que l'heure de leur arrivée et celle de leur départ. Selon Langille, ces feuilles de présences visent principalement à permettre de savoir où se trouvent les membres du personnel en cas d'incendie. Il a également affirmé qu'on s'en était servi pour faciliter des enquêtes sur des vols et du vandalisme, même si elles n'étaient pas tenues à cette fin. Il a ajouté qu'il était arrivé que des feuilles de présences soient présentées à des gestionnaires pour vérifier si un employé se trouvait dans l'immeuble à un moment donné. À sa connaissance, toutefois, les feuilles de présences ne servaient pas à vérifier des demandes de rémunération d'heures supplémentaires.

Selon ses propres dires, l'appelant a demandé les renseignements en question dans le but de promouvoir ses services. Il cherchait à savoir si des syndiqués faisaient des heures supplémentaires durant les fins de semaine sans demander de rémunération pour ce travail supplémentaire. Il comptait soumettre ces renseignements au syndicat dans l'espoir que celui-ci les jugerait utiles dans le processus de négociation collective et qu'il serait de ce fait disposé à retenir ses services. Il espérait aussi obtenir un précédent jurisprudentiel en matière de divulgation de noms, qui forcerait les ministères gouvernementaux à répondre uniformément à de telles demandes.

Le 8 novembre 1993, le juge Cullen a conclu que les noms en question n'étaient pas des renseignements personnels et devraient être communiqués. Le 21 avril 1995, la Cour d'appel fédérale a accueilli, à l'unanimité, l'appel de l'intimé.

#### Les dispositions législatives applicables

Avant d'aller plus loin, il sera utile d'énoncer les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'accès à l'in-*

*mation Act* and the *Privacy Act*. Section 2 of each Act sets out the statute's purpose:

*Access to Information Act*

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

*Privacy Act*

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

Section 4 of the *Access to Information Act* sets out the basic right to government-held information:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

This right to government information is limited by a number of exemptions set out in the *Access to Information Act* beginning at s. 13. Of relevance here is s. 19(1), the personal information exemption, which states:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

*formation* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les objectifs respectifs de ces lois sont définis à leur deuxième article:

*Loi sur l'accès à l'information*

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

*Loi sur la protection des renseignements personnels*

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

L'article 4 de la *Loi sur l'accès à l'information* énonce le droit fondamental d'accès aux renseignements détenus par l'administration fédérale:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents des institutions fédérales et peuvent se les faire communiquer sur demande:

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

Ce droit aux renseignements qui relèvent de l'administration fédérale est limité par un certain nombre d'exemptions prévues aux art. 13 et suivants de la *Loi sur l'accès à l'information*. Est pertinent ici le par. 19(1) qui établit l'exemption des renseignements personnels:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

29 “Personal information” is defined by s. 3 of the *Privacy Act*. It reads:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment. . . .

30 Even if a record constitutes “personal information” under this definition, however, s. 19(2) of the *Access to Information Act* provides the head of a government institution with a residual discretion to release the information under the following circumstances:

19. . . .

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

L’expression «renseignements personnels» est définie à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui se lit ainsi:

3. . . .

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d’autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l’application des articles 7, 8 et 26, et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

(i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de son emploi; . . .

Cependant, même si un document renferme des «renseignements personnels» au sens de cette définition, le par. 19(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* investit le responsable d’une institution fédérale du pouvoir discrétionnaire résiduel de les communiquer dans les cas suivants:

19. . . .

(2) Le responsable d’une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

a) l’individu qu’ils concernent y consent;

(b) the information is publicly available; or

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

Section 8 of the *Privacy Act*, in relevant part, states:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. . . .

The Information Commissioner is appointed under s. 54 of the *Access to Information Act* by the Governor in Council after approval by resolution of the Senate and House of Commons. He has the responsibility of receiving and investigating complaints under the Act including from those who have been denied access to a record or part of a record.

Section 41 of the *Access to Information Act* provides for the review of a decision to refuse access to a record. It states:

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

Section 48 of the Act sets out the burden of proof to be employed by a reviewing court:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

La partie pertinente de l'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* se lit ainsi:

8. . . .

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée, . . .

Le Commissaire à l'information est nommé par le gouverneur en conseil conformément à l'art. 54 de la *Loi sur l'accès à l'information*, après approbation par résolution du Sénat et de la Chambre des communes. Il est chargé de recevoir et d'instruire les plaintes déposées en vertu de cette même loi, notamment celles émanant de personnes qui se sont vu refuser l'accès à un document ou à une partie d'un document.

L'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit la révision d'une décision de refuser la communication d'un document:

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

L'article 48 de la Loi énonce la charge de preuve que doit assumer la cour qui procède à la révision:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé

31

32

33

34

establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

35 Finally, s. 49 sets out the powers of the reviewing court to order disclosure of government information:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

#### Judicial History

*Federal Court, Trial Division (1993), 70 F.T.R. 54*

36 Cullen J. held that the question whether a record is “personal information” is to be determined according to whether its predominant characteristic is personal or professional. In his view, the information in the sign-in logs, even if potentially usable to ascertain personal information about the individuals thereon, is nonetheless predominantly of a professional and non-personal nature. Taken as a whole, he concluded, they indicate how many individuals are working overtime for the Department.

37 Cullen J. found that the broad definition of “personal information” proposed by the respondent would mean that virtually all government information would be exempt from disclosure. Such an interpretation, he held, deviates from Parliament’s intention that most information emanating from government should be disclosed.

du refus de communication totale ou partielle d’un document incombe à l’institution fédérale concernée.

Enfin, l’art. 49 énonce le pouvoir qu’a la cour qui procède à la révision d’ordonner la communication de renseignements qui relèvent de l’administration fédérale:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d’une décision de refus de communication totale ou partielle d’un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l’article 50, ordonne, aux conditions qu’elle juge indiquées, au responsable de l’institution fédérale dont relève le document en litige d’en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l’estime indiqué.

#### L’historique des procédures judiciaires

*Cour fédérale, Section de première instance (1993), 70 F.T.R. 54*

Le juge Cullen a conclu que, pour savoir si les renseignements contenus dans un document sont des «renseignements personnels», il faut se demander si leur caractéristique prédominante est de nature personnelle ou professionnelle. À son avis, les renseignements figurant sur les feuilles de présences sont surtout de nature professionnelle et non de nature personnelle, même s’il était possible de s’en servir pour vérifier des renseignements personnels au sujet des personnes qui y sont nommées. Dans l’ensemble, a-t-il conclu, ces feuilles indiquent combien de personnes font des heures supplémentaires pour le Ministère.

Le juge Cullen a statué que la définition large des «renseignements personnels» proposée par l’intimé signifierait que presque tous les renseignements qui relèvent de l’administration fédérale seraient exemptés de communication. Pareille interprétation, selon lui, dérogerait à l’intention du législateur que la plupart des renseignements émanant de l’État soient communiqués.

Cullen J. also held that the sign-in logs did not fall within s. 3(i) of the *Privacy Act*. Because the identification numbers and signatures had been excised from the logs, he determined, the names did not “appear” with other personal information. He concluded, moreover, at p. 58, that the names themselves did not disclose any “other personal information” as defined in s. 3(i).

Having determined that the names on the sign-in logs were not personal information, Cullen J. found it unnecessary to determine whether they fell within the exemption provided in s. 3(j) of the *Privacy Act* or whether the public interest override in s. 8(2)(m) militated in favour of disclosure.

*Federal Court of Appeal*, [1995] 3 F.C. 199

On appeal to the Federal Court of Appeal, Isaac C.J., for the court, held that Cullen J. erred by giving the *Access to Information Act* pre-eminence over the *Privacy Act*. In his view, the statutes are complementary and must be construed harmoniously with one another. He also found that Cullen J. erred in using the so-called “predominant characteristic test” to determine whether the names in the sign-in logs constituted personal information. The plain language of s. 3 of the *Privacy Act*, he held, states simply that “personal information” is information about an identifiable individual that is recorded in any form.

Isaac C.J. then determined that s. 3 “personal information” (i) (hereinafter s. 3(i)) of the *Privacy Act* also applied to the sign-in logs. He held so, first, because the names appeared in the logs together with identification numbers and signatures of the individuals concerned, and secondly, because the names, in and of themselves, would

Le juge Cullen a également décidé que les feuilles de présences ne relevaient pas de l’al. 3i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Parce que les numéros d’identification et les signatures avaient été supprimés de ces feuilles, a-t-il conclu, les noms y figurant n’étaient pas «mentionnés» avec d’autres renseignements personnels. Il a statué, en outre, à la p. 58, que les noms mêmes ne révélaient aucun «autr[e] renseignements[t] personne[l]» visé à l’al. 3i).

Ayant conclu que les noms figurant sur les feuilles de présences ne constituaient pas des renseignements personnels, le juge Cullen a estimé qu’il était inutile d’examiner s’ils relevaient de l’exemption prévue à l’al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ou si la primauté des raisons d’intérêt public visées à l’al. 8(2)m) militait en faveur de leur communication.

*Cour d’appel fédérale*, [1995] 3 C.F. 199

Lors de l’appel interjeté devant la Cour d’appel fédérale, le juge en chef Isaac a conclu, au nom de la cour, que le juge Cullen avait fait erreur en donnant à la *Loi sur l’accès à l’information* préséance sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon lui, ces lois sont complémentaires et doivent être interprétées de façon harmonieuse. Il a aussi décidé que le juge Cullen avait commis une erreur en recourant au soi-disant «critère de la caractéristique prédominante» pour juger si les noms figurant sur les feuilles de présences constituaient des renseignements personnels. Il a jugé que, selon le texte clair de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’expression «renseignements personnels» s’entend tout simplement des renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable.

Le juge en chef Isaac a ensuite statué que l’al. 3i) («renseignements personnels» (ci-après l’al. 3i)) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’appliquait également aux feuilles de présences, en premier lieu, parce que les noms y étaient mentionnés avec le numéro d’identification et la signature des personnes concernées

38

39

40

41

disclose the individuals' whereabouts at specified times.

42 Isaac C.J. next considered whether the sign-in logs fell within the exceptions set out in s. 3(j) of the *Privacy Act*. In his view, the information revealed in the logs was not related to the employees' positions or functions. There was no evidence, he held, that this information indicated the employees' working hours. He also dismissed the appellant's arguments that the logs disclosed information about the employees' overtime responsibilities and that the logs are documents prepared in the course of employment.

43 Finally, Isaac C.J. addressed the argument that the Minister exercised his discretion improperly in declining to disclose the information pursuant to s. 8(2)(m) of the *Privacy Act*. In rejecting the appellant's contention that there was a public interest in the disclosure of the information, he noted that the sign-in logs did not indicate whether the employees were working or whether they were working overtime and, if so, the number of hours they worked. He concluded, therefore, that the disclosure of the names would not produce the result desired by the appellant.

#### Issues

44 There are three issues to be decided in this appeal:

1. Do the names on the sign-in logs constitute "personal information" as defined in s. 3 of the *Privacy Act*?
2. Do the names on the logs fall within the exception set out in s. 3(j) of the *Privacy Act*?
3. Did the Minister exercise his discretion properly in refusing to disclose the names on the

et, en second lieu, parce que ces noms révélaient en soi où se trouvaient ces personnes à certains moments précis.

Le juge en chef Isaac a ensuite examiné si les feuilles de présences étaient visées par les exceptions prévues à l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. À son avis, les renseignements qui se dégageaient de ces feuilles ne portaient pas sur le poste ni sur les fonctions des employés en question. Rien ne prouvait, a-t-il conclu, qu'ils indiquaient les heures de travail de ces employés. Il a également rejeté l'argument de l'appelant voulant que les feuilles de présences renseignent sur les obligations des employés en matière d'heures supplémentaires, et que ce soient des documents établis au cours de leur emploi.

Enfin, le juge en chef Isaac a abordé l'argument voulant que le Ministre ait exercé son pouvoir discrétionnaire irrégulièrement en refusant de communiquer les renseignements conformément à l'al. 8(2)m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En rejetant l'argument de l'appelant selon lequel la communication des renseignements était justifiée par des raisons d'intérêt public, il a fait remarquer que les feuilles de présences n'indiquaient pas si les employés travaillaient ou s'ils faisaient des heures supplémentaires, ni, dans l'affirmative, le nombre d'heures pendant lesquelles ils avaient travaillé. Il a donc conclu que la communication des noms ne donnerait pas le résultat souhaité par l'appelant.

#### Les questions en litige

Trois questions litigieuses se posent en l'espèce:

1. Les noms figurant sur les feuilles de présences constituent-ils des «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?
2. Les noms figurant sur ces feuilles relèvent-ils de l'exception prévue à l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?
3. Le Ministre a-t-il exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en refusant de communi-

sign-in sheets pursuant to s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*?

### Analysis

#### *General Interpretive Principles: Access to Information v. Privacy*

This appeal involves a clash between two competing legislative policies — access to information and privacy. For obvious reasons, the appellant and respondent have opposing views as to which of these policies should prevail in this case. It should also come as no surprise that the litigants have markedly different conceptions of the statutes that embody those policies. Recognizing the conflicting nature of governmental disclosure and individual privacy, Parliament attempted to mediate this discord by weaving the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* into a seamless code. In my opinion, it has done so successfully and elegantly. While the two statutes do not efface the contradiction between the competing interests — no legislation possibly could — they do set out a coherent and principled mechanism for determining which value should be paramount in a given case.

The appellant contends that the personal information exemption in the *Access to Information Act* should be construed narrowly so as to favour full disclosure. The Act, he points out, provides that members of the public have a “right of access” to government information (ss. 2, 4) and that exceptions to this right should be “limited and specific” (s. 2). He argues, in effect, that where there is any ambiguity as to whether a record constitutes personal information, the right to disclosure should prevail over the right of privacy.

quer les noms figurant sur les feuilles de présences, conformément au sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?

### Analyse

#### *Principes généraux d'interprétation: accès à l'information versus protection des renseignements personnels*

Il est question, en l'espèce, d'un conflit entre deux principes opposés consacrés par la loi — l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Pour des raisons manifestes, l'appelant et l'intimé ont des opinions divergentes sur la question de savoir lequel de ces principes devrait l'emporter dans la présente affaire. On ne devrait pas non plus s'étonner que les parties aient des perceptions sensiblement différentes des lois qui renferment ces principes. Reconnaisant la nature contradictoire de la communication par l'État et du droit de l'individu à la vie privée, le législateur s'est efforcé de remédier à ce problème en fondant en un code homogène la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J'estime qu'il y est parvenu de façon élégante. Bien que les deux lois n'éliminent pas la contradiction entre les deux droits opposés — aucune loi ne pourrait y parvenir — elles établissent un moyen cohérent et rationnel de déterminer laquelle des deux valeurs devrait l'emporter dans un cas donné.

L'appelant soutient qu'il y a lieu d'interpréter de façon restrictive l'exemption des renseignements personnels prévue par la *Loi sur l'accès à l'information*, de façon à favoriser la communication intégrale. Cette loi, souligne-t-il, prévoit que le public a un «droit d'accès» aux renseignements qui relèvent de l'administration fédérale (art. 2 et 4) et que les exceptions à ce droit devraient être «précises et limitées» (art. 2). En fait, il soutient qu'en cas d'ambiguïté quant à savoir si un document renferme des renseignements personnels, le droit à la communication devrait l'emporter sur le droit à la vie privée.

45

46

47 This position is belied, however, by both the wording and history of the legislation. As already noted, the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* are parallel statutes, designed to work in concert to restrict the federal government's control over certain kinds of information. The *Access to Information Act* gives individuals a right of access to government information. The *Privacy Act* permits them to gain access to information about themselves held in government data banks, and limits the government's ability to collect, use and disclose personal information.

48 Both statutes regulate the disclosure of personal information to third parties. Section 4(1) of the *Access to Information Act* states that the right to government information is "[s]ubject to this Act". Section 19(1) of the Act prohibits the disclosure of a record that contains personal information "as defined in section 3 of the *Privacy Act*". Section 8 of the *Privacy Act* contains a parallel prohibition, forbidding the non-consensual release of personal information except in certain specified circumstances. Personal information is thus specifically exempted from the general rule of disclosure. Both statutes recognize that, in so far as it is encompassed by the definition of "personal information" in s. 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access.

49 This interpretation is buttressed by the legislative history of the Acts. As this Court has recently confirmed, evidence of a statute's history, including excerpts from *Hansard*, is admissible as relevant to the background and purpose of the legislation, provided, of course, that the court remains

Ce point de vue est contredit, cependant, par le texte et l'historique des lois en cause. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont deux lois parallèles, conçues pour restreindre conjointement le contrôle de l'administration fédérale sur certains types de renseignements. La *Loi sur l'accès à l'information* confère aux particuliers un droit d'accès aux renseignements qui relèvent de l'administration fédérale, alors que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* leur permet d'avoir accès aux renseignements qui les concernent et qui sont conservés dans des banques de données gouvernementales, et limite la capacité de l'administration fédérale à recueillir, à utiliser et à divulguer des renseignements personnels.

Les deux lois réglementent la divulgation de renseignements personnels à des tiers. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que le droit aux renseignements qui relèvent de l'administration fédérale s'exerce «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi». Le paragraphe 19(1) de la Loi interdit la communication de documents contenant les renseignements «visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*». L'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* établit une interdiction analogue de communiquer, sauf dans certains cas précis, des renseignements personnels sans le consentement de la personne concernée. Les renseignements personnels sont donc expressément exemptés de l'application de la règle générale de la communication. Les deux lois reconnaissent que, dans la mesure où il est visé par la définition de «renseignements personnels», contenue à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information.

Cette interprétation est étayée par l'historique des lois en question. Comme la Cour l'a récemment confirmé, la preuve de l'historique d'une loi, qui peut être composée notamment d'extraits du *Hansard*, est admissible comme étant pertinente quant au contexte et à l'objet du texte législatif,

mindful of its limited reliability and weight; see *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 483-85.

The *Access to Information Act* and the *Privacy Act* were originally considered together by Parliament as Bill C-43, and were enacted simultaneously as Schedules I and II to S.C. 1980-81-82-83, c. 111. In introducing the Bill for third reading, the Minister of Communications made the following comments (*House of Commons Debates*, vol. XVI, 1st sess., 32nd Parl., at p. 18853 (June 28, 1982)):

... I would like to take a few moments to discuss the relationship between access to information and privacy legislation. Combining access to information and privacy legislation in one bill has permitted the complete integration of these two complimentary [*sic*] types of legislation.

Parallel rights of access to information held by the government and parallel rights of review of decisions to refuse access have been created. At the same time, however, the principle that the right to privacy takes precedence over the general right of access has been clearly recognized. This is a principle with which I am sure all hon. members agree. Thus the term "personal information" has the same meaning in both the privacy and access to information legislation.

Also the disclosure of information under the access to information portion of the bill is determined by the principles regarding disclosure of personal information to third persons set out in the privacy portion. This approach will ensure complete consistency between the treatment of personal information under both statutes, thus avoiding the situation which has developed in some countries where competing rights to privacy and to access to government-held information have been created. [Emphasis added.]

It is clear, therefore, that Parliament did not intend access to be given preeminence over pri-

pourvu, bien entendu, que le tribunal n'oublie pas que la fiabilité et le poids de cette preuve sont limités; voir *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 483 à 485.

Au départ, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* faisaient partie du projet de loi C-43 lorsqu'elles ont été examinées par le Parlement, et elles ont été adoptées simultanément à titre d'annexes I et II de S.C. 1980-81-82-83, ch. 111. Lors de la présentation du projet de loi en troisième lecture, le ministre des Communications a fait remarquer ce qui suit (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XVI, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., à la p. 18853 (28 juin 1982)):

... je voudrais prendre quelques instants pour parler du rapport qui existe entre la mesure sur l'accès à l'information et les dispositions concernant la protection des renseignements personnels. En combinant les dispositions relatives à l'accès à l'information et la mesure sur la protection des renseignements personnels dans un seul bill, nous avons pu intégrer entièrement ces deux mesures complémentaires.

On a créé des droits parallèles pour l'accès aux renseignements détenus par le gouvernement et l'examen des décisions visant à refuser l'accès à l'information. Par ailleurs, le principe voulant que le droit à la protection des renseignements personnels l'emporte sur le droit général à l'accès à l'information est clairement reconnu dans le bill. C'est un principe avec lequel tous les députés sont certainement d'accord. Par conséquent, l'expression «renseignements personnels» signifie la même chose dans la loi sur la protection des renseignements personnels et dans la loi sur l'accès à l'information.

D'autre part, la partie du projet de loi concernant l'accès à l'information prévoit la divulgation de certains renseignements suivant les principes établis dans la partie concernant la protection des renseignements personnels. Cela permettra d'adopter une politique uniforme à l'égard des renseignements personnels, ce qui nous évitera de faire comme dans certains pays où il y a contradiction entre le droit à la protection des renseignements personnels et le droit d'accès à l'information gouvernementale. [Je souligne.]

Il est donc clair que le Parlement n'entendait pas conférer à l'accès à l'information primauté sur la

vacy. The appellant correctly points out that under the *Access to Information Act*, access is the general rule. It is also true that exceptions to that rule must be confined to those specifically set out in the statute and that the government has the burden of showing that information falls into one of these exceptions. It does not follow, however, that the "personal information" exemption should receive a cramped interpretation. To do so would effectively read the *Privacy Act* as subordinate to the *Access to Information Act*. As stated in s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, every enactment is to be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". A court may not disregard, "in an effort to give effect to what is taken to be the purpose of the statute . . . certain provisions of the Act"; see *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 626. The *Access to Information Act* expressly incorporates the definition of "personal information" from the *Privacy Act*. Consequently, the underlying purposes of both statutes must be given equal effect. As Isaac C.J. stated in the Court of Appeal below, at p. 217:

It is obvious that both statutes are to be read together, since section 19 of the Access Act does incorporate by reference certain provisions of the *Privacy Act*. Nevertheless, there is nothing in the language of either statute which suggests, let alone compels, the conclusion that the one is subordinate to the other. They are each on the same footing. Neither is pre-eminent. There is no doubt that they are complementary and must be construed harmoniously with each other according to well-known principles of statutory interpretation in order to give effect to the stated parliamentary intention and in order to ensure the attainment of the stated parliamentary objectives.

52

This position has been confirmed in a number of decisions of the Federal Court. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), Jerome A.C.J. stated the following, at pp. 556-57:

protection des renseignements personnels. L'appellant souligne à juste titre que, sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'accès est la règle. Il est également vrai que les exceptions à cette règle doivent être limitées à celles que la Loi prévoit expressément, et qu'il incombe à l'administration fédérale de prouver que les renseignements en cause relèvent de l'une de ces exceptions. Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'exemption des «renseignements personnels» devrait recevoir une interprétation étroite qui reviendrait à subordonner la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à la *Loi sur l'accès à l'information*. Ainsi que le prescrit l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, tout texte «s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Une cour ne peut pas, «lorsqu'elle tente de donner effet à ce qu'on dit être l'objet de la Loi, [. . .] faire abstraction de certaines de ses dispositions»; voir *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, à la p. 626. La *Loi sur l'accès à l'information* intègre expressément la définition de l'expression «renseignements personnels» de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En conséquence, il faut mettre à exécution également les objets qui sous-tendent ces deux lois. Comme l'affirme le juge en chef Isaac de la Cour d'appel, à la p. 217:

Il est évident que les deux lois doivent être lues ensemble, étant donné que l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* intègre par renvoi certaines dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Néanmoins, aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne donne à entendre que l'une est subordonnée à l'autre. Toutes deux ont la même importance et aucune ne doit l'emporter sur l'autre. Il est indéniable qu'elles sont complémentaires et doivent être interprétées de façon harmonieuse, conformément aux principes d'interprétation législative bien reconnus, de façon à donner effet à l'intention déclarée du Parlement et à assurer la réalisation des objectifs qu'il a énoncés.

Ce point de vue a été confirmé dans un certain nombre de décisions de la Cour fédérale. Dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1<sup>re</sup> inst.), le juge en chef adjoint Jerome dit ceci, aux pp. 556 et 557:

On the issue of which purpose is to govern interpretation in this case, I do not believe that either statute should be given pre-eminence. Clearly, what Parliament intended by the incorporation of a section of the *Privacy Act* in subsection 19(1) of the *Access to Information Act* was to ensure that the principles of both statutes would come into play in the decision whether to release personal information. In *Re Robertson and Minister of Employment and Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (F.C.T.D.), I considered the purposes of both statutes in determining whether the information sought required protection from disclosure, (at pages 557 D.L.R.; 124 F.T.R.):

The two main purposes of the *Access to Information Act* and *Privacy Act* are to provide access to information under the control of a government institution and to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves. These principles do not appear to me to require protection from disclosure for a submission made by a public body to another public body about a publicly funded programme. The issue is whether the Acts provide protection for an individual who adds to such a public submission his own personal opinion on the subject and his signature.

Similarly, in the present case, the report is the product of a publicly-funded study of a publicly-operated institution, and ought to be available to the public, unless it is protected by one of the specific exemptions in the *Access to Information Act*. The intent of subsection 19(1), and its incorporation of section 3 of the *Privacy Act*, is clearly to protect the privacy or identity of individuals who may be mentioned in otherwise releasable material. I note that the definition of personal information is deliberately broad. It is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity.

Similarly, Dubé J. noted in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs)*, [1990] 1 F.C. 395 (T.D.), that the objects of the two acts should be read together. He concluded, at p. 401, that the joint objective of the acts was "that information shall be provided to the public, except personal information relating to individuals".

Pour déterminer quel objet doit régir l'interprétation de cette affaire, je ne crois pas qu'il faille accorder pré-séance à l'une des deux lois. Il est clair qu'en insérant un article de la *Loi sur les renseignements personnels* dans le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, le Parlement avait l'intention que les principes des deux lois entrent en jeu dans la décision de divulguer des renseignements personnels. Dans la décision *Re Robertson et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 42 D.L.R. (4th) 552; 13 F.T.R. 120 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), j'ai tenu compte de l'objet des deux lois pour déterminer si les renseignements demandés devaient être protégés (aux pages 557 D.L.R.; 124 F.T.R.):

Les deux buts principaux de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale et de protéger la vie privée des individus eu égard aux renseignements personnels qui les concernent. Il ne m'apparaît pas que ces principes exigent que l'on refuse la communication d'une opinion présentée par un organisme public à un autre organisme public au sujet d'un programme de financement public. La question qui se pose est de savoir si les susdites lois s'appliquent à une personne qui ajoute à l'opinion de l'organisme public sa propre opinion sur le sujet et sa signature.

De même, en l'espèce le rapport provient d'une étude, subventionnée par l'État, menée dans une institution dirigée par l'État, et le public doit pouvoir en obtenir communication à moins que le rapport ne soit visé par l'une des exceptions précises prévues dans la *Loi sur l'accès à l'information*. L'objectif du paragraphe 19(1), dans lequel se retrouve l'article 3 de la *Loi sur les renseignements personnels*, est clairement de protéger la vie privée ou l'identité des individus dont le nom peut être mentionné dans des documents qui peuvent par ailleurs être communiqués. Je constate que la définition de l'expression renseignements personnels est délibérément large. Elle illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus.

De même, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures)*, [1990] 1 C.F. 395 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Dubé note que les objets des deux lois devraient être interprétés ensemble. Il conclut, à la p. 401, que les deux lois, interprétées de façon conjointe, «prévoient la communication des renseignements au public à l'exception des renseignements personnels concernant les individus».

53

Admittedly, there are *dicta* in some decisions implying that access should, in some circumstances, be favoured over privacy. In *Information Commissioner v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 5 F.T.R. 287, Jerome A.C.J., in contradistinction to his later comments in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, relied solely on the *Access to Information Act's* purpose clause in concluding that doubt ought to be resolved in favour of disclosure. In that case, however, it was not contested that the information requested constituted "personal information" under s. 8 of the *Privacy Act*. Rather, the dispute was whether the head of a government institution may refuse to disclose personal information pursuant to s. 19(2) of the *Access to Information Act* if the individual to whom the information relates consents to the disclosure.

54

Similarly, in *Bland v. National Capital Commission*, [1991] 3 F.C. 325 (T.D.), at p. 335, Muldoon J. referred to Heald J.A.'s comments in *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265, at p. 274, where he stated that the exemptions to the general right of access must be interpreted "strictly". As in *Information Commissioner v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, however, Muldoon J.'s comments were made in the context of deciding whether the head of the National Capital Commission exercised her discretion properly in refusing to release the requested information pursuant to s. 19(2) of the *Access to Information Act*. The *Rubin* case, moreover, did not even involve the issue of personal information. In that decision, the dispute was whether the Canada Mortgage and Housing Corporation could refuse to disclose certain records containing accounts of consultations or deliberations

Certes, il y a, dans quelques décisions, des opinions incidentes qui portent à croire que l'accès à l'information devrait, dans certains cas, être préféré à la protection de la vie privée. Dans *Commissaire à l'information c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 5 F.T.R. 287, le juge en chef adjoint Jerome, à la différence des observations qu'il a formulées par la suite dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, s'est fondé exclusivement sur la disposition exposant l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* pour conclure qu'en cas de doute il fallait opter pour la communication. Dans cette affaire, cependant, on ne contestait pas que les renseignements demandés étaient des «renseignements personnels» au sens de l'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il s'agissait plutôt de savoir si le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer des renseignements personnels conformément au par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, si la personne visée par ces renseignements consent à leur communication.

De même, dans *Bland c. Commission de la capitale nationale*, [1991] 3 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 335, le juge Muldoon a cité les observations du juge Heald de la Cour d'appel dans *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265, à la p. 274, à savoir que les exceptions au droit général d'accès devaient faire l'objet d'une interprétation «stricte». Comme dans l'affaire *Commissaire à l'information c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précitée, les observations du juge Muldoon portaient cependant sur la question de savoir si la responsable de la Commission de la capitale nationale avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements demandés conformément au par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. De plus, il n'était même pas question de renseignements personnels dans l'affaire *Rubin*; il s'agissait de savoir si la Société canadienne d'hypothèques et de logement pouvait, conformément à l'al. 21(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, refuser de communiquer certains documents renfermant des comptes rendus

involving Crown employees pursuant to s. 21(1)(b) of the *Access to Information Act*.

In summary, it is clear that the *Access to Information Act* and *Privacy Act* have equal status, and that courts must have regard to the purposes of both statutes in considering whether a government record constitutes "personal information". Some commentators have suggested that this "parallel" interpretive model permits judges too much discretion and has led to inconsistency and contradiction in the jurisprudence. See, for example, Tom Onyshko, "The Federal Court and the *Access to Information Act*" (1993), 22 *Man. L.J.* 73, at p. 106. It is suggested that the two statutes should be considered conceptually distinct and that the right to access should be the paramount consideration under the access legislation.

As I have indicated, however, this interpretation flies in the face of the language, structure and history of the legislation. I do not believe, moreover, that the parallel interpretation model is inherently contradictory or necessarily leads to inconsistent results. The *Access to Information Act* clearly provides that "personal information" is not to be disclosed except in certain specified circumstances. Of course, the determination of what constitutes "personal information" will involve a balancing of competing values. Such a balancing process, where mandated by legislation, cannot be avoided simply because it might be easier to apply a clear, bright-line rule that favours one interest over another. By employing the considerations set out in the *Privacy Act*, courts are perfectly capable of developing a jurisprudence that achieves consistency in principle.

That being said, I cannot agree with the respondent that, the words of the "personal information" exemption being clear and unambiguous, the task of statutory interpretation does not arise in this case. The determination of what constitutes "personal information" is an interpretive exercise; an exercise that will inevitably require a consideration

de consultations ou délibérations où sont concernés des employés de l'État.

Somme toute, il est clair que la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont égales entre elles et que les tribunaux doivent tenir compte des objets des deux lois pour décider si les renseignements contenus dans un document de l'administration fédérale sont des «renseignements personnels». Certains auteurs ont affirmé que ce modèle d'interprétation «parallèle» accorde trop de latitude aux juges et a mené à l'incohérence et à la contradiction dans la jurisprudence. Voir, par exemple, Tom Onyshko, «The Federal Court and the *Access to Information Act*» (1993), 22 *R.D. Man.* 73, à la p. 106. Il y est dit qu'il y a lieu de considérer que les deux lois sont distinctes sur le plan conceptuel et que le droit d'accès doit être la préoccupation première sous le régime de la loi en matière d'accès à l'information.

Comme je l'ai indiqué, cependant, cette interprétation est contraire au texte, à la structure et à l'historique de ces lois. De plus, je ne crois pas que le modèle d'interprétation parallèle soit fondamentalement contradictoire ou qu'il entraîne nécessairement des résultats incohérents. La *Loi sur l'accès à l'information* prévoit clairement que les «renseignements personnels» ne doivent être communiqués que dans certains cas précis. Bien entendu, pour déterminer ce qui constitue des «renseignements personnels», il faut pondérer des valeurs opposées. Lorsqu'un tel processus de pondération est prescrit par la loi, on ne saurait s'y dérober pour la simple raison qu'il pourrait être plus facile d'appliquer une règle claire et nette qui favorise un droit aux dépens de l'autre. En recourant aux considérations énoncées dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les tribunaux sont parfaitement en mesure d'établir une jurisprudence cohérente en principe.

Cela dit, je ne puis convenir avec l'intimé que, puisque la formulation de l'exemption des «renseignements personnels» est claire et dénuée d'ambiguïté, la question de l'interprétation du texte ne se pose pas en l'espèce. La détermination de ce qui constitue des «renseignements personnels» est un exercice d'interprétation qui requiert inéluctable-

55

56

57

of the competing values of access and privacy. I will next consider the meaning of “personal information” with these values in mind.

*Do the Names on the Sign-in Logs Constitute “Personal Information”?*

58 Before attempting to determine whether the sign-in logs requested by the appellant in this case constitute “personal information” within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*, it will be helpful to consider the purposes of the Acts in somewhat greater detail.

59 As earlier set out, s. 2(1) of the *Access to Information Act* describes its purpose, *inter alia*, as providing “a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public”. The idea that members of the public should have an enforceable right to gain access to government-held information, however, is relatively novel. The practice of government secrecy has deep historical roots in the British parliamentary tradition; see Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal* (1988), at pp. 61-84.

60 As society has become more complex, governments have developed increasingly elaborate bureaucratic structures to deal with social problems. The more governmental power becomes diffused through administrative agencies, however, the less traditional forms of political accountability, such as elections and the principle of ministerial responsibility, are able to ensure that citizens retain effective control over those that govern them; see David J. Mullan, “Access to Information and Rule-Making”, in John D. McCamus, ed., *Freedom of Information: Canadian Perspectives* (1981), at p. 54.

61 The overarching purpose of access to information legislation, then, is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first,

ment la prise en considération des valeurs opposées de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée. Je vais examiner le sens de l'expression «renseignements personnels» compte tenu de ces valeurs.

*Les noms figurant sur les feuilles de présences sont-ils des «renseignements personnels»?*

Avant de tenter de déterminer si les feuilles de présences demandées par l'appelant, en l'espèce, sont des «renseignements personnels» au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il sera utile d'analyser plus en détail les objectifs des deux lois.

Comme nous l'avons vu, selon le par. 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, cette loi a notamment pour objet de donner «accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication». L'idée que le public devrait avoir un droit opposable d'accès aux renseignements détenus par l'administration fédérale est, cependant, relativement nouvelle. La pratique du secret gouvernemental a de profondes racines dans la tradition parlementaire britannique; voir Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal* (1988), aux pp. 61 à 84.

À mesure que la société est devenue plus complexe, les gouvernements ont mis en place des structures bureaucratiques de plus en plus élaborées pour régler les problèmes sociaux. Cependant, plus le pouvoir gouvernemental est dispersé dans des organismes administratifs, moins les formes traditionnelles de responsabilité politique, tels les élections et le principe de la responsabilité ministérielle, sont aptes à garantir que les citoyens conservent un contrôle efficace sur ceux qui les gouvernent; voir David J. Mullan, «Access to Information and Rule-Making», dans John D. McCamus, dir., *Freedom of Information: Canadian Perspectives* (1981), à la p. 54.

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à

that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry. As Professor Donald C. Rowat explains in his classic article, "How Much Administrative Secrecy?" (1965), 31 *Can. J. of Econ. and Pol. Sci.* 479, at p. 480:

Parliament and the public cannot hope to call the Government to account without an adequate knowledge of what is going on; nor can they hope to participate in the decision-making process and contribute their talents to the formation of policy and legislation if that process is hidden from view.

See also: Canadian Bar Association, *Freedom of Information in Canada: A Model Bill* (1979), at p. 6.

Access laws operate on the premise that politically relevant information should be distributed as widely as reasonably possible. Political philosopher John Plamenatz explains in *Democracy and Illusion* (1973), at pp. 178-79:

There are not two stores of politically relevant information, a larger one *shared* by the professionals, the whole-time leaders and persuaders, and a much smaller one *shared* by ordinary citizens. No leader or persuader possesses more than a small part of the information that must be available in the community if government is to be effective and responsible; and the same is true of the ordinary citizen. What matters, if there is to be responsible government, is that this mass of information should be so distributed among professionals and ordinary citizens that competitors for power, influence and popular support are exposed to relevant and searching criticism. [Emphasis in original.]

Rights to state-held information are designed to improve the workings of government; to make it more effective, responsive and accountable. Consequently, while the *Access to Information Act* recognizes a broad right of access to "any record under the control of a government institution"

garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population. Comme l'explique le professeur Donald C. Rowat dans son article classique, intitulé «How Much Administrative Secrecy?» (1965), 31 *Can. J. of Econ. and Pol. Sci.* 479, à la p. 480:

[TRADUCTION] Ni le Parlement ni le public ne sauraient espérer demander au gouvernement de rendre compte s'ils n'ont pas une connaissance suffisante de ce qui se passe; ils ne peuvent pas non plus espérer prendre part au processus décisionnel ni contribuer à l'établissement des politiques générales et des lois si ce processus est tenu secret.

Voir aussi Association du Barreau canadien, *La liberté d'information au Canada: un projet de loi type* (1979), à la p. 6.

Les lois sur l'accès à l'information présupposent que les renseignements pertinents sur le plan politique devraient faire l'objet d'une diffusion aussi large que raisonnablement possible. Le politologue John Plamenatz explique dans *Democracy and Illusion* (1973), aux pp. 178 et 179:

[TRADUCTION] Il y a deux masses de renseignements pertinents sur le plan politique, la plus importante étant *partagée* par les professionnels, c'est-à-dire les leaders et les conseillers à plein temps, et l'autre, beaucoup plus modeste, *partagée* par les citoyens ordinaires. Aucun leader ou conseiller n'a en sa possession plus qu'une petite fraction des renseignements dont la collectivité doit disposer pour que le gouvernement soit efficace et responsable, et il en est de même du citoyen ordinaire. Ce qui compte, pour garantir la responsabilité gouvernementale, c'est que cette masse de renseignements soit distribuée entre les professionnels et les citoyens ordinaires de telle sorte que ceux qui se disputent le pouvoir, l'influence et le soutien populaire soient exposés à la critique pertinente et rigoureuse. [En italique dans l'original.]

Les droits aux renseignements détenus par l'État visent à améliorer les rouages du gouvernement, de manière à le rendre plus efficace, plus réceptif et plus responsable. En conséquence, bien que la *Loi sur l'accès à l'information* reconnaisse un droit d'accès général aux «documents des institu-

62

63

(s. 4(1)), it is important to have regard to the overarching purposes of the Act in determining whether an exemption to that general right should be granted.

64 The purpose of the *Privacy Act*, as set out in s. 2 of the Act, is twofold. First, it is to “protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution”; and second, to “provide individuals with a right of access to that information”. This appeal is, of course, concerned with the first of these purposes.

65 The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at pp. 349-50. An expression of an individual’s unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one’s own thoughts, actions and decisions; see *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per La Forest J.*; see also Joel Feinberg, “Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?” (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

66 Privacy is also recognized in Canada as worthy of constitutional protection, at least in so far as it is encompassed by the right to be free from unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Certain privacy interests may also inhere in the s. 7 right to life, liberty and security of the person; see *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

67 Privacy is a broad and somewhat evanescent concept, however. It is thus necessary to describe the particular privacy interests protected by the *Privacy Act* with greater precision. In *Dymont*, I referred to *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice (1972), especially at pp. 428-30. That “report classifies these claims to privacy as those involving

tions fédérales» (par. 4(1)), il importe de tenir compte de l’objectif général de cette loi pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître une exception à ce droit général.

L’objectif de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est double, comme l’indique son art. 2. Elle vise, en premier lieu, à «[protéger] [l]es renseignements personnels relevant des institutions fédérales» et, en second lieu, à assurer le «droit d’accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent». Le présent pourvoi a trait, bien entendu, au premier de ces objectifs.

La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Étant l’expression de la personnalité ou de l’identité unique d’une personne, la notion de vie privée repose sur l’autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d’agir et de décider pour lui-même; voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest; voir aussi Joel Feinberg, «Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?» (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.

La vie privée est également reconnue au Canada comme étant digne d’être protégée par la Constitution, du moins dans la mesure où elle est incluse dans le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, garanti par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Certains droits à la vie privée peuvent également être inclus dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l’art. 7; voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Cependant, la vie privée est une notion générale quelque peu évanescente. Il est donc nécessaire de décrire avec plus de précision les droits à la vie privée garantis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans l’arrêt *Dymont*, j’ai évoqué le document intitulé *L’ordinateur et la vie privée*, Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972), et, plus particulière-

territorial and spatial aspects, those related to the person, and those that arise in the information context". It is the latter type of privacy interest that is of concern in the present appeal. As I put it in *Dyment*, at pp. 429-30:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*. . . .

See also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46 ("privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself"); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 613-15 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting); Westin, *supra*, at p. 7 ("[p]rivacy is the claim of individuals . . . to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others"); Charles Fried, "Privacy" (1968), 77 *Yale L.J.* 475, at p. 483 ("[p]rivacy . . . is control over knowledge about oneself").

With these broad principles in mind, I will now consider whether the information requested by the appellant constitutes personal information under

ment, les pp. 428 à 430 de ce texte. Ce «rapport réparti ainsi les revendications en matière de vie privée: celles qui comportent des aspects territoriaux ou spatiaux, celles qui ont trait à la personne et celles qui sont faites dans le contexte informationnel». C'est ce dernier type de droit à la vie privée qui nous intéresse en l'espèce. Comme je l'affirme dans *Dyment*, aux pp. 429 et 430:

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* . . . .

Voir également *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 46 («la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant»); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 613 à 615 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); Westin, *op. cit.*, à la p. 7 ([TRADUCTION] «[l]a vie privée est le droit du particulier [. . .] de décider lui-même quand, comment et dans quelle mesure des renseignements le concernant seront communiqués à autrui»); Charles Fried, «Privacy» (1968), 77 *Yale L.J.* 475, à la p. 483 ([TRADUCTION] «[l]a vie privée de quelqu'un [. . .] est le contrôle de la connaissance que l'on peut avoir à son sujet»).

Gardant à l'esprit ces principes généraux, je vais maintenant examiner si les renseignements demandés par l'appellant sont des renseignements

s. 3 of the *Privacy Act*. In its opening paragraph, the provision states that “personal information” means “information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing”. On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

personnels au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La disposition liminaire de cet article définit l’expression «renseignements personnels» comme étant «[l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l’administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu’il ne relève d’aucun des exemples donnés.

69

As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, at p. 557, the language of this section is “deliberately broad” and “entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity”. Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions; see J. Alan Leadbeater, “How Much Privacy for Public Officials?”, speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture.

Comme l’a souligné le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, à la p. 557, la formulation de cet article est «délibérément large» et «illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l’identité des individus». Elle semble destinée à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d’exceptions précises; voir J. Alan Leadbeater, «How Much Privacy for Public Officials?», allocution prononcée devant l’Association du Barreau canadien (Ontario), le 25 mars 1994, à la p. 17. Une telle interprétation s’accorde avec le texte clair de la Loi, avec son historique législatif et avec le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique.

70

In the present case, the information requested by the appellant revealed the times during which employees of the Department of Finance attended their workplace on weekends over a period of one month. It is patently apparent that this constitutes “information about an identifiable individual” within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*. As a result, I believe that the information *prima facie*

En l’espèce, les renseignements demandés par l’appelant révélaient les heures pendant lesquelles des employés du ministère des Finances se trouvaient à leur lieu de travail pendant la fin de semaine au cours d’une période d’un mois. Il appert manifestement que ce sont des «renseignements [. . .] concernant un individu identifiable» au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des ren-*

constitutes “personal information” under s. 3. Notably, information relating to the number of hours worked by an employee during a particular period has been held to be personal information under the *Ontario Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, and the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56: *Order M-35 (Re Corporation of the Township of Osprey*, September 4, 1992), [1992] O.I.P.C. No. 119 (QL); *Order P-718 (Re Ontario Science Centre*, July 6, 1994), [1994] O.I.P.C. No. 211 (QL). Similarly, it has been held that information that would reveal the number of overtime hours worked by an identifiable individual is personal information: *Order M-438 (Re Town of Amherstburg Police Services Board*, December 30, 1994), [1994] O.I.P.C. No. 434 (QL). The general definition of “personal information” under s. 2(1) of the Ontario Acts is virtually identical to that contained in s. 3 of the federal *Privacy Act*.

Although it is not strictly necessary for my analysis, I believe that employees of the respondent would have a reasonable expectation that the information in the sign-in logs would not be revealed to the general public. The “reasonable expectation of privacy” principle is a tool used in search and seizure jurisprudence to determine whether or not a search is “reasonable” in constitutional terms; see *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). The principle ensures that, at a conceptual level, the dignity and autonomy interests at the heart of privacy rights are only compromised when there is a compelling state interest for doing so.

In my view, a reasonable person would not expect strangers to have access to detailed, systematic knowledge of an individual’s location during non-working hours, even if that location is his or

*seignements personnels*. Par conséquent, je crois que ce sont, à première vue, des «renseignements personnels» au sens de l’art. 3. En particulier, il a été jugé que les renseignements concernant le nombre d’heures effectuées par un employé pendant une période donnée étaient des renseignements personnels au sens de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, et de la *Loi sur l’accès à l’information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56, de l’Ontario: *Order M-35 (Re Corporation of the Township of Osprey*, 4 septembre 1992), [1992] O.I.P.C. n° 119 (QL); *Order P-718 (Re Ontario Science Centre*, 6 juillet 1994), [1994] O.I.P.C. n° 211 (QL). De même, il a été jugé que les renseignements qui révéleraient le nombre d’heures supplémentaires effectuées par un individu identifiable étaient des renseignements personnels: *Order M-438 (Re Town of Amherstburg Police Services Board*, 30 décembre 1994), [1994] O.I.P.C. n° 434 (QL). La définition générale de l’expression «renseignements personnels» au par. 2(1) des deux lois ontariennes est quasi identique à celle figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* du Canada.

Bien que ce ne soit pas strictement nécessaire pour effectuer mon analyse, je crois que les employés de l’intimé s’attendaient raisonnablement à ce que l’information contenue dans les feuilles de présences ne soit pas communiquée au grand public. Le principe de «l’attente raisonnable en matière de vie privée» est un outil utilisé, dans la jurisprudence en matière de fouilles, perquisitions et saisies, pour décider si une fouille ou perquisition est «raisonnable» au sens de la Constitution; voir *Hunter c. Southam Inc.*, précité; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Ce principe garantit que, sur le plan conceptuel, le droit à la dignité et à l’autonomie qui est au cœur du droit à la vie privée, ne puisse être compromis que si l’État a sérieusement intérêt à le faire.

À mon avis, une personne raisonnable ne s’attendrait pas à ce que des étrangers aient accès systématiquement à des renseignements détaillés concernant l’endroit où se trouve une personne en

her workplace. The motions judge, at p. 60, concluded that “revealing the masses of individuals entering and leaving a government premise [*sic*] for a certain time frame is hardly the stuff of revealing personal information”. There are numerous reasons, however, why individuals may not wish members of the general public to have access to records of their comings and goings from work during non-office hours. Consider the case of an employee, physically abused by her spouse, who is permitted by management to work after normal working hours in order to avoid detection and harassment. Would this individual consider the disclosure of her sign-in logs to be innocuous? See Leadbeater, *supra*, at p. 18. To take a less foreboding example, is it fair to expect that the sign-in logs of government employees who regularly work after hours could be made available to corporations with an interest in targeting such persons for marketing certain products or services?

dehors des heures de travail, même si cet endroit est son lieu de travail. Le juge des requêtes a conclu, à la p. 60, que «le fait de révéler le nombre de personnes qui entrent dans un immeuble public et qui en sortent pendant un certain temps n'est guère assimilable au fait de révéler des renseignements personnels». Il y a, cependant, de nombreuses raisons pour lesquelles il se peut que des particuliers ne veuillent pas que le public ait accès au registre de leurs entrées au lieu de travail et de leurs sorties de cet endroit en dehors des heures d'ouverture. Prenons le cas d'un employé, victime de sévices corporels de la part de son conjoint, qui est autorisé par ses supérieurs à travailler après les heures normales de travail afin d'éviter d'être découvert et harcelé. Cette personne jugerait-elle inoffensive la communication de ses feuilles de présences? Voir Leadbeater, *loc. cit.*, à la p. 18. Pour citer un exemple moins sinistre, est-il juste de s'attendre à ce que les feuilles de présences d'employés de l'État qui travaillent régulièrement après les heures d'ouverture soient mises à la disposition de personnes morales qui ont intérêt à les cibler pour commercialiser certains produits ou services?

73

In the *Charter* context, this Court has recognized that individuals have a right to be free from various forms of state surveillance. In *Duarte*, *supra*, the Court determined that the electronic taping of private communications by state authorities violated the privacy interests protected by s. 8 of the *Charter*. In *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, it held that the videotaping of events in a private hotel room also ran afoul of the s. 8 right against unreasonable search and seizure. And in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, the Court concluded that a person's reasonable expectation of privacy extended to protection from unrecorded, electronic surveillance of a person's physical movements. In that case, the Court held that the accused's s. 8 rights were violated by the placement of a crude electronic tracking device in his car, though the majority concluded that the search was only “minimally intrusive” for the purposes of determining

Dans le contexte de la *Charte*, notre Cour a reconnu que les particuliers ont droit à la protection contre toute forme de surveillance par l'État. Dans *Duarte*, précité, la Cour a conclu que l'enregistrement électronique de communications privées par les autorités étatiques portait atteinte au droit à la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, il a été jugé que l'enregistrement magnétoscopique d'activités se déroulant dans une chambre d'hôtel privée allait également à l'encontre du droit, garanti par l'art. 8, à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Et dans *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, la Cour a conclu que l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée s'étendait à la protection contre la surveillance électronique sans enregistrement de ses déplacements. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les droits que l'accusé tenait de l'art. 8 ont été violés par l'installation dans sa voiture d'un dispositif rudimentaire de surveillance électronique, bien que les juges majoritaires aient conclu que cette fouille ne constituait qu'une «intrusion

whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

It must be remembered, however, that in the criminal law context, the countervailing state interest in surveillance may be very strong. In *Wise*, for example, the targeted individual was a prime suspect in a series of murders. The state interest in disclosing the information in the present case, if any, is certainly far less compelling than the interest at stake in *Wise*. Of course, the recording of a person's presence at his or her workplace may be less intrusive than the kind of state-controlled electronic surveillance at issue in cases like *Wise*, *Duarte* and *Wong*. Nevertheless, as I noted in my dissent in *Wise*, at p. 557, "[a]n individual has a reasonable expectation of privacy not only in the communications he makes, but in his movements as well".

In determining whether an individual has a reasonable expectation of privacy in a particular piece of information, it is important to have regard to the purpose for which the information was divulged; see *Dyment, supra*, at pp. 429-30, *per La Forest J.*; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93. Generally speaking, when individuals disclose information about themselves they do so for specific reasons. Sometimes, information is revealed in order to receive a service or advantage. At other times, persons will release information because the law requires them to do so. In either case, they do not expect that the information will be broadcast publicly or released to third parties without their consent. As I stated in *Dyment, supra*, at pp. 429-30, "situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected".

In the present case, the information on the sign-in logs was collected in order to determine who was in the building in the case of a fire or other

[...] minimale» aux fins de déterminer si la preuve obtenue devait être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Il faut cependant se rappeler que, dans le contexte du droit criminel, l'intérêt qu'a l'État dans la surveillance peut être très grand. Dans *Wise*, par exemple, l'individu ciblé était le principal suspect d'une série de meurtres. En l'espèce, l'intérêt, s'il en est, qu'a l'État dans la communication des renseignements est certainement beaucoup moins impérieux que celui qui était en cause dans *Wise*. Il va sans dire que la consignation de la présence d'une personne à son travail peut être moins envahissante que le genre de surveillance électronique contrôlée par l'État dont il est question dans des affaires comme *Wise*, *Duarte* et *Wong*. Néanmoins, comme je l'ai fait observer dans mon opinion dissidente dans l'arrêt *Wise*, à la p. 557, «[c]hacun s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements».

Pour déterminer si un particulier a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un renseignement donné, il est important de tenir compte du but dans lequel ce renseignement a été divulgué; voir *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, le juge La Forest; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, aux pp. 292 et 293. En général, lorsqu'une personne divulgue des renseignements la concernant, elle le fait pour des raisons précises. Dans certains cas, on le fait pour recevoir un service ou bénéficier d'un avantage. Dans d'autres cas, on le fait parce qu'on est légalement tenu de le faire. Dans aucun de ces cas ne s'attend-on à ce que les renseignements divulgués soient rendus publics ou communiqués à des tiers sans qu'on y consente. Comme je l'ai fait remarquer dans *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, «les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués».

En l'espèce, les renseignements consignés sur les feuilles de présences ont été recueillis afin de déterminer qui se trouvait dans l'immeuble si

74

75

76

emergency. Although the logs were occasionally used for other purposes, there is no evidence that they were ever used to verify overtime claims. More important, it is clear that the persons signing the logs would not have expected that they might be released to the general public. At the very least, employees of the Department should be entitled to expect that the information in the logs would be retained by their employer to be used by it for legitimate business purposes.

77 As earlier stated, once it is determined that a record falls within the opening words of the definition of “personal information” in s. 3 of the *Privacy Act*, it is not necessary to consider whether it is also encompassed by one of the specific, non-exhaustive examples set out in paras. (a) to (i). I note, nevertheless, that the records requested by the appellant in this case clearly fall within para. (i). That provision states that “personal information” includes:

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual. . . .

78 The Court of Appeal found that the names on the sign-in sheets are encompassed by the first part of para. (i); i.e., they “appea[r] with other personal information relating to the individual”, namely, the signatures and identification numbers of the person making the entry. It also concluded that the disclosure of the name itself would reveal information about the individual as set out in the second branch of the provision.

79 The appellant avers that the names do not fall within the first part of para. (i) because he did not request the disclosure of their accompanying identification numbers and signatures. The respondent contends, in contrast, that the s. 4(1) of the *Access to Information Act* does not grant a right of access

jamais un incendie ou une autre situation d’urgence survenait. Bien que ces feuilles aient parfois servi à d’autres fins, il n’y a aucune preuve qu’elles aient jamais servi à vérifier des demandes de rémunération d’heures supplémentaires. Qui plus est, il est évident que les personnes qui les ont signées ne se seraient pas attendues à ce qu’elles puissent être communiquées au grand public. À tout le moins, les employés du Ministère devraient avoir le droit de s’attendre à ce que leur employeur n’utilise les renseignements inscrits sur ces feuilles qu’aux seules fins légitimes de ses opérations.

Comme nous l’avons vu, une fois qu’il a été jugé qu’un document relève de la disposition liminaire de la définition de l’expression «renseignements personnels», figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il n’est pas nécessaire d’examiner s’il correspond aussi à l’un des exemples précis, mais non exhaustifs, donnés aux al. a) à i). Je note, toutefois, que les renseignements demandés par l’appelant en l’espèce sont nettement visés par l’al. i). Aux termes de cet alinéa, l’expression «renseignements personnels» concernant un particulier vise notamment:

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d’autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet; . . .

La Cour d’appel a jugé que le nom des personnes figurant sur les feuilles de présences est visé par la première partie de l’al. i), en ce sens qu’il est «mentionné avec d’autres renseignements personnels le[s] concernant», à savoir la signature et le numéro d’identification des personnes qui y consignent leur présence. Elle a également conclu que la seule divulgation du nom révélerait des renseignements au sujet de la personne en cause, tel que prévu dans la seconde partie de cette disposition.

L’appelant affirme que les noms ne relèvent pas de la première partie de l’al. i), parce qu’il n’a pas demandé la divulgation des numéros d’identification et des signatures qui les accompagnent. L’intimé soutient, en revanche, que le par. 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* confère un droit

to a discrete piece of information, but rather to a record, a term defined in s. 3 of that statute. The inquiry as to whether a name should be disclosed, he asserts, must consider the whole of the document in which the personal information appears, not merely a truncated version of it.

The respondent's submission on this point is unconvincing. While it is true that Act speaks of access to a "record", I do not believe this should be interpreted as meaning only an entire physical document. Under any practical, contextualized definition, "record" would refer to a particular piece of information under the control of a government institution, regardless of whether that piece is located within a larger "document". If the physical nature of the document is such that non-personal information appears together with personal information, it generally should be possible to disclose only the non-personal portion of the document. As the Minister's actions demonstrate, it was possible in the instant case simply to excise the identification numbers and signatures from the sign-in logs. Indeed, s. 25 of the *Access to Information Act* requires the Minister to disclose any portion of a record that does not contain information that he is authorized to withhold, so long as the portion can reasonably be severed from any part that does contain such information.

While the Court of Appeal thus erred in concluding that the fact that names on the sign-in logs appeared with the signatures and identification numbers rendered the names "personal information", this does not end the matter. The appellant did not request only the names of the employees. He also wanted access to the times of their arrivals and departures. It was this information that the appellant believed would help him determine whether union members were working overtime in violation of their collective agreement. For the reasons set out in my analysis of the general definition of "personal information", the time entries made in the sign-in logs thus constitute "other per-

d'accès non pas à un renseignement spécifique, mais à un document, terme défini à l'art. 3 de cette loi. Pour décider s'il y a lieu de divulguer un nom, il faut, soutient-il, prendre en considération la totalité, et non simplement une version tronquée, du document où figure le renseignement personnel en question.

L'argument de l'intimé sur ce point n'est pas convaincant. Bien qu'il soit vrai que la Loi parle d'accès à un «document», je ne crois pas que cela devrait s'entendre uniquement d'un document matériel en entier. Dans n'importe quelle définition pratique et contextuelle, «document» s'entendrait d'un renseignement donné qui relève d'une institution fédérale, peu importe qu'il figure dans un «document» plus gros. Si la nature matérielle du document est telle que des renseignements non personnels y côtoient des renseignements personnels, il devrait être généralement possible de n'en divulguer que les éléments non personnels. Comme le montrent les actes du Ministre, il était possible, en l'espèce, de simplement supprimer des feuilles de présences les numéros d'identification et les signatures. En fait, l'art. 25 de la *Loi sur l'accès à l'information* oblige le Ministre à communiquer toute partie d'un document, qui ne renferme pas des renseignements qu'il peut refuser de communiquer, dans la mesure où il est raisonnablement possible de la séparer de toute autre partie qui renferme de tels renseignements.

Bien que la Cour d'appel ait ainsi commis une erreur en concluant que les noms inscrits sur les feuilles de présences étaient des «renseignements personnels» du fait qu'ils y figuraient avec les signatures et les numéros d'identification, cela ne règle pas la question. L'appelant n'a pas seulement demandé le nom des employés en question. Il voulait aussi connaître leurs heures d'arrivée et de départ, des renseignements qui, croyait-il, l'aideraient à déterminer si des employés syndiqués faisaient des heures supplémentaires en violation de leur convention collective. Pour les raisons énoncées dans mon analyse de la définition générale de «renseignements personnels», les heures d'arrivée et de départ consignées sur les feuilles de présences constituent «d'autres renseignements per-

sonal information” within the meaning of the *Privacy Act*.

82

As noted above, the Court of Appeal also held that disclosing the names on the sign-in logs would itself reveal information about the individual in contravention of the second branch of the test set out in para. (i). Isaac C.J. explained, at pp. 223-24:

The names in the sign-in logs would certainly disclose that those individuals were on specific premises, on particular days and between specified times. In other words, they were information about the whereabouts of the individuals concerned at specific times. . . . I have no doubt that this information is personal and relates to identifiable individuals.

From a purely technical standpoint, this analysis is misleading. The Court of Appeal seems to have considered the disclosure of the names together with the times of ingress and egress recorded in the logs. The second branch of para. (i) refers, however, to the “disclosure of the name itself”. The passage quoted above, therefore, is more properly characterized as relating to the first branch of para. (i).

83

The proper question to be asked in relation to the second branch is whether the disclosure of the names themselves, i.e., without the time entries or signatures, would disclose information about the individual. On a plain reading, it is obvious that it would. In his access to information request, the appellant asked for copies of the logs signed by employees on specific days. Even if the Minister disclosed only the names of the employees listed on those logs, the disclosure would reveal that certain identifiable persons attended their workplace on those days. The disclosure of the names would thus “reveal information about the individual” within the meaning of the second part of para. (i).

84

The appellant argues, however, that this provision should be so read as to require that the disclo-

sonnels» au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Comme je l’ai déjà noté, la Cour d’appel a également conclu que la divulgation même des noms figurant sur les feuilles de présences révélerait des renseignements au sujet des personnes concernées, en violation du second volet du critère établi à l’al. i). C’est ce qu’explique le juge en chef Isaac, aux pp. 223 et 224:

Il est bien certain que les noms figurant aux registres de signature indiqueraient que ces personnes se trouvaient à un endroit précis, à une date précise et à certaines heures précises. En d’autres termes, il s’agissait de renseignements au sujet des allées et venues des individus concernés à certains moments précis. [ . . . ] Je n’ai aucun doute sur le fait qu’il s’agit de renseignements personnels et qu’ils concernent des individus identifiables.

Sur le plan strictement formel, cette analyse est fallacieuse. La Cour d’appel semble avoir considéré la divulgation des noms avec les heures d’arrivée et de départ consignées sur les feuilles de présences. La seconde partie de l’al. i) parle, cependant, de la «seule divulgation du nom». Le passage précité se rapporte donc plutôt à la première partie de cet alinéa.

La question qu’il convient de se poser relativement à la seconde partie est de savoir si la seule divulgation des noms, c’est-à-dire sans les heures d’arrivée et de départ ni les signatures, révélerait des renseignements au sujet des personnes concernées. Pareille éventualité ressort des termes mêmes de la disposition en question. Dans sa demande d’accès à des renseignements, l’appelant a demandé une copie des feuilles signées par des employés à certaines dates. Même si le Ministre ne divulguait que le nom des employés inscrits sur ces feuilles, cette divulgation révélerait que certaines personnes identifiables se trouvaient à leur lieu de travail ces jours-là. La divulgation des noms «révélerait [donc] des renseignements [au] sujet [de ces personnes]», au sens de la seconde partie de l’al. i).

L’appelant soutient toutefois que cette disposition devrait être interprétée de façon à exiger que

sure of the name itself reveal personal information about the individual. In his view, a literal interpretation of para. (i) fails to recognize that the disclosure of a document will always reveal some information about the individual by connecting him or her with other information contained in the document. Such an interpretation, he states, would prohibit any disclosure where the name revealed any information whatsoever about the individual. In the result, names on documents would invariably constitute “personal information”.

I cannot accept this submission. Paragraph (i) clearly states that a record is personal information if the disclosure of the name itself would reveal information about the individual. It simply does not require this information to be “personal”. Notably, the first part of para. (i) does refer to “personal” information that appears with the name of the individual. It is highly unlikely that the drafters of this provision would have inadvertently omitted to include the word “personal” in the second part of para. (i) when they included it in the first.

In any event, it is apparent that the disclosure of the names themselves would reveal “personal” information. As I have discussed, even if the time entries were not included in the disclosure, the names would reveal that certain employees attended their workplace on particular days. This constitutes “information about an identifiable individual” within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*. Indeed, each of the examples set out in paras. (a) to (i) is simply that — an example of information about identifiable individuals that is typically kept in government records.

Underlying the appellant’s objection to this straightforward interpretation of para. (i) is the notion that the inclusion of records containing the names of individuals would prevent the disclosure of an unjustifiably broad array of government documents. As will be discussed later, however,

la seule divulgation du nom révèle des renseignements personnels au sujet de la personne concernée. À son avis, une interprétation littérale de l’al. i) ne reconnaît pas que la communication d’un document révèle toujours des renseignements au sujet de la personne concernée en la liant à d’autres renseignements contenus dans ce document. Pareille interprétation, dit-il, interdirait toute communication lorsque le nom révélerait des renseignements quelconques au sujet de la personne concernée. En fin de compte, les noms figurant dans les documents constitueraient immanquablement des «renseignements personnels».

Je ne puis retenir cet argument. L’alinéa i) prévoit clairement qu’un document contient des renseignements personnels si la seule divulgation du nom révélerait des renseignements au sujet de la personne concernée. Il n’exige pas que ces renseignements soient «personnels». En particulier, la première partie de l’al. i) mentionne effectivement les renseignements «personnels» qui figurent avec le nom de la personne en cause. Il est très improbable que les rédacteurs de l’al. i) aient, par inadvertance, omis d’y inclure le mot «personnels» dans la seconde partie, alors qu’ils l’ont fait dans la première.

Quoi qu’il en soit, il appert que la seule divulgation des noms révélerait des renseignements «personnels». Comme nous l’avons vu, même si les heures d’arrivée et de départ n’étaient pas communiquées, les noms révéleraient que certains employés se trouvaient à leur lieu de travail à certaines dates. Cela constitue des «renseignements [. . .] concernant un individu identifiable», au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En fait, chacun des exemples cités aux al. a) à i) est simplement un exemple de renseignements concernant des individus identifiables, qui sont habituellement consignés dans les documents de l’administration fédérale.

L’objection de l’appelant à cette interprétation simple de l’al. i) repose sur l’idée que l’inclusion de documents renfermant les noms de personnes empêcherait la communication d’un éventail excessivement large de documents de l’administration fédérale. Comme nous le verrons plus loin,

85

86

87

s. 3(j)(iv) of the *Privacy Act* specifically exempts “the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment” from the definition of “personal information”. There is no danger, therefore, that the names of government officials will be kept secret merely because they are contained on documents prepared by those individuals in the course of employment.

*Is the Requested Information Excluded from the Definition of “Personal Information”?*

88 The appellant submits that, even if the information he requested is *prima facie* “personal information”, it falls into the exemption provided in s. 3(j) of the *Privacy Act*. That provision states:

3. . . .  
“personal information” . . . .

. . . does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

- (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
- (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
- (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
- (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
- (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment. . . .

Specifically, the appellant contends that the sign-in logs are captured by the general opening words of para. (j) as well as the specific examples set out in subparas. (iii) and (iv).

89 Before dealing with the merits of these submissions, it is necessary to consider a procedural question. In the Court of Appeal, Isaac C.J. held that once it is determined that a record is *prima facie*

cependant, le sous-al. 3j)(iv) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exclut expressément de la définition des «renseignements personnels» «[le] nom [d’un individu] lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi». Il n’y a donc aucun risque que les noms de fonctionnaires soient tenus secrets du seul fait qu’ils figurent dans des documents qu’ils ont établis au cours de leur emploi.

*Les renseignements demandés sont-ils exclus de la définition de «renseignements personnels»?*

L’appelant fait valoir que, même si les renseignements qu’il a demandés constituent des «renseignements personnels» à première vue, ils relèvent de l’exception prévue à l’al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui se lit ainsi:

3. . . .  
«renseignements personnels» . . .

. . . ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

- (i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution,
- (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
- (iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,
- (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi,
- (v) les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de son emploi; . . .

Plus particulièrement, l’appelant soutient que les feuilles de présences sont visées par la disposition liminaire de l’al. j) ainsi que par les exemples particuliers des sous-al. (iii) et (iv).

Avant d’examiner le bien-fondé de ces arguments, il est nécessaire d’examiner une question de procédure. En Cour d’appel, le juge en chef Isaac a jugé que, dès qu’il est décidé que les renseigne-

personal information, the onus of establishing that one of the exceptions applies lies with the person making the access request. Similar conclusions were reached in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), at p. 283; *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1994] 3 F.C. 527 (T.D.), at p. 539; *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 86 F.T.R. 266, at p. 269; and *MacKenzie v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 88 F.T.R. 52, at pp. 55-56.

Section 48 of the *Access to Information Act*, however, places the onus on the government to show that it is authorized to refuse to disclose a record. The Act makes no distinction between the determination as to whether a record is *prima facie* personal information and whether it is encompassed by one of the exceptions. As a result, it is clear that even where it has been shown that the record is *prima facie* personal information, the government retains the burden of establishing that a record does not fall within one of the exceptions set out in s. 3(j).

That being said, it remains to determine whether the Minister has discharged his onus of showing that the information does not fall into one of the exemptions. Reading the opening clause of para. (j) in conjunction with subpara. (iii), it is apparent that information about government employees that relates to their position and function, including the responsibilities of their position, does not constitute "personal information". The appellant and his supporting interveners contend that information about hours of work relates to employees' position or function. Such information, they assert, reveals that it is a requirement of their positions that they work overtime or on weekends.

In considering this issue, it is helpful to characterize the precise nature of the information requested. The sign-in logs reveal the presence of

ments contenus dans un document sont des renseignements personnels à première vue, il incombe à la personne qui en demande communication de prouver qu'il y a application de l'une des exceptions. Des conclusions similaires ont été tirées dans *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 283, *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1994] 3 C.F. 527 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 539, *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 86 F.T.R. 266, à la p. 269, et *MacKenzie c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 88 F.T.R. 52, aux pp. 55 et 56.

Cependant, l'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* impose à l'administration fédérale l'obligation d'établir le bien-fondé de son refus de communiquer un dossier. Cette loi n'établit aucune distinction entre le point de savoir si un document contient des renseignements personnels à première vue, et celui de savoir s'il est visé par l'une des exceptions. En conséquence, il est clair que, même dans le cas où on a démontré qu'un document contient des renseignements personnels à première vue, il incombe toujours à l'administration fédérale d'établir que ce document ne relève pas de l'une des exceptions prévues à l'al. 3j).

Cela dit, il reste à examiner si le Ministre s'est acquitté de la charge qui lui incombe de démontrer que les renseignements demandés ne relèvent pas de l'une des exceptions. Si on lit la disposition liminaire de l'al. j) conjointement avec le sous-al. (iii), il appert que les renseignements concernant des employés de l'État et portant sur leur poste et leurs fonctions, y compris les attributions de leur poste, ne constituent pas des «renseignements personnels». L'appellant et l'intervenante qui est venue l'appuyer prétendent que l'information concernant les heures de travail porte sur le poste ou les fonctions des employés en question. Pareille information, affirment-ils, révèle qu'une des conditions de leurs postes est qu'ils fassent des heures supplémentaires la fin de semaine.

En examinant cette question, il est utile de déterminer la nature précise des renseignements demandés. Les feuilles de présences révèlent la

90

91

92

certain employees during specified hours on the weekends. They do not indicate whether those employees were working during those periods or whether any work performed constituted "overtime". At best, the logs disclose that certain individuals were likely, although not necessarily, required to work for some period during weekends. They may also indicate a probability that these persons were working overtime.

93

In my view, this information does not relate to the positions or functions of government employees, or to the responsibilities associated with their positions. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs)*, *supra*, the court made a distinction between information relating to a position and that relating to an individual. In that case, the head of the government institution revealed the names of persons named in a list of temporary employees. The Privacy Commissioner found that the names constituted "personal information" and that the disclosure thus violated the *Privacy Act*. In an attempt to avoid compounding this error, the department refused to release information on the security level attaching to the positions that these individuals occupied. The court held, however, that the security classifications pertained to particular positions and not to the individuals who filled them. Dubé J. stated the following, at pp. 399-400:

The Commissioner argues that security classification is a condition attached to the position itself and not to the individual and, as such, it is not personal information. It is merely a minimum requirement and its inclusion on the call-up form does not indicate the level of security clearance actually held by the employee, but merely that the employee has met the minimum clearance for that position.

The Department agrees that the security classification in question is a condition attached to the position, but submits that it is personal information as well, since the names of the individuals have already been revealed.

Clearly, security classification pertains to a position and not to the individual who applied for that position or

présence de certains employés pendant certaines heures, la fin de semaine. Elles n'indiquent pas si ces employés travaillaient alors ou s'ils faisaient des «heures supplémentaires». Au mieux, elles révèlent que certains individus devaient probablement, mais non nécessairement, travailler pendant un certain temps, la fin de semaine. Elles peuvent indiquer aussi que ces personnes faisaient probablement des heures supplémentaires.

À mon avis, ces renseignements ne portent pas sur le poste ou les fonctions de certains employés de l'État, ni sur les attributions de leur poste. Dans la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures)*, précitée, la cour a établi une distinction entre les renseignements portant sur un poste et les renseignements portant sur une personne. Dans cette affaire, le responsable de l'institution fédérale avait révélé les noms de personnes figurant sur une liste d'employés temporaires. Le Commissaire à la protection de la vie privée a jugé que ces noms étaient des «renseignements personnels» et que leur divulgation allait donc à l'encontre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Afin de ne pas aggraver cette erreur, le Ministère a refusé de divulguer des renseignements sur la cote de sécurité des postes que ces personnes occupaient. La cour a cependant jugé que les classifications de sécurité se rapportaient aux postes mêmes et non aux personnes qui les occupaient. Le juge Dubé affirme ceci, aux pp. 399 et 400:

Le Commissaire soutient que la classification de sécurité constitue une condition liée au poste et non à la personne et, à ce titre, ne constitue pas un renseignement personnel. Il s'agit simplement d'une exigence minimale et son inscription sur le formulaire de demande subséquente n'indique pas le niveau de la cote de sécurité que détient l'employé mais simplement que l'employé a satisfait à l'exigence minimale en matière de sécurité pour ce poste.

Le Ministère convient que la classification de sécurité en question constitue une condition liée au poste mais soutient qu'il s'agit également d'un renseignement personnel étant donné que les noms des personnes ont déjà été communiqués.

De toute évidence, la classification de sécurité se rattache à un poste et non à la personne qui a demandé ce

who eventually filled it. Personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* means information relating to an individual whether it be his race, colour, religion, personal record, opinions, etc. Nowhere does security classification fall within the heads of personal information listed under section 3 of the *Privacy Act*. Even paragraph 3(c), which deals with identifying numbers, symbols or other particulars, limits such particulars to the individual, not to the position held by the individual. Thus, in my view, security classification is not information to be withheld on the ground that it is "personal information".

This approach is fundamentally sound and is fully consistent with the wording and objects of the legislation. The same approach, I pause to note, has been used in interpreting like language in the Newfoundland *Freedom of Information Act*, R.S.N. 1990, c. F-25, s. 10(2)(a); see *Thorne v. Newfoundland and Labrador Hydro Electric Corp.* (1993), 109 Nfld. & P.E.I.R. 233, at p. 235. Section 3(j) of the *Privacy Act* expressly exempts information about an individual that relates to their position or functions. Similarly, para. (iii) refers to "the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual". The purpose of these provisions is clearly to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is thus not "personal information", even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information". It has been held, for instance, that while a general report on the food service operations at a regional psychiatric centre should be released, the author's opinions about specified individuals and their training, personality, experience or competence was "personal information" that was not exempted by s. 3(j) of the *Privacy Act*. *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*. Similarly, in *Rubin v. Clerk of the Privy Council (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287, the court held that while the salary range attaching to a position could be disclosed

poste ou qui l'a finalement occupé. Les renseignements personnels que définit l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* désignent les renseignements relatifs à une personne, que ce soit sa race, sa couleur, sa religion, son dossier personnel, ses opinions, etc. La classification de sécurité ne figure nulle part dans les rubriques relatives aux renseignements personnels énumérés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Même l'alinéa 3c) qui traite des numéros, symboles ou toute autre indication identificatrice restreint ces indications à la personne et non au poste occupé par celle-ci. Donc, à mon avis, la classification de sécurité ne constitue pas un renseignement qui ne doit pas être divulgué pour le motif qu'il s'agit de «renseignements personnels».

Ce point de vue est fondamentalement logique et s'accorde parfaitement avec le texte et les objets respectifs des lois en cause. La même méthode, soit dit en passant, a été utilisée pour interpréter des termes semblables dans la *Freedom of Information Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. F-25, al. 10(2)a); voir *Thorne v. Newfoundland and Labrador Hydro Electric Corp.* (1993), 109 Nfld & P.E.I.R. 233, à la p. 235. L'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exclut expressément les renseignements concernant une personne et portant sur son poste ou ses fonctions. De même, le sous-al. (iii) mentionne «la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste». Il est clair que ces dispositions ont pour objet d'exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des «renseignements personnels», bien qu'ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des «renseignements personnels». Il a été jugé, par exemple, que si le rapport général sur la prestation des services alimentaires dans un centre psychiatrique régional devait être divulgué, l'opinion de l'auteur sur certaines personnes et leur formation, leur personnalité, leur expérience ou leur compétence étaient des «renseignements personnels» non visés par l'exception prévue à l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*; voir *Canada*

pursuant to s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act*, the specific salary or per diem remuneration paid to a particular government official could not.

(*Commissaire à l'information*) c. *Canada (Solliciteur général)*, précité. De même, dans *Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.)* (1993), 62 F.T.R. 287, la cour a jugé que, tandis que l'échelle de traitement rattachée à un poste pouvait être divulguée conformément au sous-al. 3(j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la rémunération quotidienne ou le salaire précis versés à un fonctionnaire donné ne pouvaient pas l'être.

95

Generally speaking, information relating to the position, function or responsibilities of an individual will consist of the kind of information disclosed in a job description. It will comprise the terms and conditions associated with a particular position, including such information as qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range. (For an example of a job description, see *Orth v. Macdonald Dettwiler & Associates Ltd.* (1986), 16 C.C.E.L. 41 (B.C.C.A.), at pp. 44-46). The information requested in the present case is not information about the nature of a particular position. While it may give the appellant a rough, overall picture of weekend work patterns, it provides no specific, accurate information about any specific employee's duties, functions or hours of work. Rather, it reveals information about the activities of a specific individual which may or may not be work-related. As already noted, the sign-in logs do not reveal whether any particular employee is working overtime. In order to determine this, one would need to know whether the employee was actually working while on the premises and the number of hours he or she had worked during the week.

En général, les renseignements concernant le poste, les fonctions ou les attributions d'une personne sont du genre de ceux qu'on trouve dans la description de travail. Ils comprennent les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l'échelle de traitement. (Pour un exemple de description de travail, voir *Orth c. Macdonald Dettwiler & Associates Ltd.* (1986), 16 C.C.E.L. 41 (C.A.C.-B.), aux pp. 44 à 46). Les renseignements demandés en l'espèce ne concernent pas la nature d'un poste en particulier. Bien qu'ils puissent donner à l'appelant un vague aperçu des tendances de travail en fin de semaine, ils ne donnent aucune information exacte ou précise sur les attributions, fonctions ou heures de travail d'un employé en particulier. Ils révèlent plutôt les activités d'une personne donnée, qui peuvent être ou ne pas être liées à son travail. Comme nous l'avons vu, les feuilles de présences ne révèlent pas si un employé particulier fait des heures supplémentaires. Pour déterminer cela, il faudrait savoir si l'employé travaillait effectivement pendant qu'il se trouvait sur les lieux, et pendant combien d'heures il avait travaillé durant la semaine.

96

In any event, even if the logs can be said to record accurately an employee's overtime hours, I am of the view that information concerning when an individual works overtime is "personal information". Whether a person works overtime, and for how long, relates to how he or she performs his or her duties and not to the responsibilities and functions inherent in the position itself. An individual may work overtime for any number of different reasons, relating, for instance, to his or her productivity during normal working hours. The specific hours worked by individual employees,

En tout état de cause, même si on peut dire que les feuilles en question font état avec exactitude des heures supplémentaires effectuées par un employé, j'estime que les renseignements concernant le moment où un employé fait des heures supplémentaires sont des «renseignements personnels». La question de savoir si une personne fait des heures supplémentaires, et combien, a trait à la façon dont elle exerce ses fonctions, et non pas aux attributions ou aux fonctions liées à son poste même. Une personne peut faire des heures supplémentaires pour différentes raisons qui tiennent, par

therefore, reveal nothing about either the nature or quantity of their work. In his letter to the appellant reporting the results of the investigation of his complaint, the Information Commissioner stated the following, which I endorse:

The information to which you seek to have access in this case does not, in my view, provide any insight into the positions held by nor the functions performed by the persons whose names appear on the sign-in sheets. While it may indicate the hours during which they attended at their work premises on a given day, this is not the type of information which, in my view, Parliament intended should be publicly accessible. To conclude otherwise would mean that a public official's conditions of work — Does he or she work regular or compressed or flexible hours? What are the person's break and meal periods? Has the person received medical or other special leave? — could become matters of public record. That would go far beyond the spirit and intent of this derogation which, in my view, is to ensure that the public can conduct business with identifiable, not anonymous, public officials. The information at issue here is not at all about the nature of the work of named public officials but only about their whereabouts at a specific time. There is simply no indication that Parliament intended this derogation to be interpreted in a way which would result in public officials being subjected to a form of physical surveillance through records disclosure.

This conclusion is consistent with the purposes of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. As discussed above, the collective purpose of the legislation is to provide Canadians with access to information about the workings of their government without unduly infringing individual privacy. As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, at p. 557, s. 3(j) of the *Privacy Act* does not exempt government employees from this general rule of privacy. The fact that persons are employed in government does not mean that their personal activities should be open to public scrutiny. By limiting the release of information about specific individuals to that which relates to their position,

exemple, à sa productivité pendant les heures normales de travail. Par conséquent, les heures effectuées par des employés ne révèlent rien sur la nature ou le volume de leur travail. Dans la lettre qu'il a adressée à l'appelant au sujet des résultats de son enquête sur la plainte que ce dernier avait déposée, le Commissaire à l'information tient les propos suivants, que j'approuve:

[TRADUCTION] Les renseignements auxquels vous demandez à avoir accès en l'espèce n'apprennent rien, à mon avis, sur les postes ou les fonctions des personnes dont le nom figure sur les feuilles de présences. Bien qu'ils puissent indiquer les heures pendant lesquelles ils étaient au travail à une date donnée, je ne pense pas que ce soit là le genre de renseignement auquel le législateur a voulu donner accès au public. Conclure le contraire signifierait que les conditions de travail d'un fonctionnaire — savoir s'il a un horaire normal, comprimé ou souple, quelles sont ses pauses-café et pauses-repas, s'il a bénéficié de congés de maladie et autres congés spéciaux — pourraient devenir notoires. Cela irait bien au-delà de l'esprit et du but de cette dérogation qui, à mon avis, est d'assurer que le public puisse traiter avec des fonctionnaires identifiables et non pas anonymes. Les renseignements dont il est question en l'espèce ne concernent nullement la nature du travail des fonctionnaires nommés, mais concernent seulement le lieu où ils se trouvaient à un moment donné. Rien n'indique que le législateur a voulu que cette exception soit interprétée de manière à ce que les fonctionnaires soient soumis à une forme de surveillance matérielle grâce à la communication de documents.

Cette conclusion est compatible avec l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et celui de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Comme nous l'avons vu, ces lois ont pour objet collectif d'assurer aux Canadiens l'accès aux renseignements sur les rouages de leur gouvernement sans qu'il soit porté indûment atteinte à la vie privée de particuliers. Comme l'a fait remarquer le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, à la p. 557, l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne soustrait pas les employés de l'État à l'application de cette règle générale de protection de la vie privée. Le fait que des gens soient des employés de

the Act strikes an appropriate balance between the demands of access and privacy. In this way, citizens are ensured access to knowledge about the responsibilities, functions and duties of public officials without unduly compromising their privacy.

l'État ne signifie pas que leurs activités personnelles devraient pouvoir faire l'objet d'un examen public. En limitant la divulgation de renseignements concernant certaines personnes à ceux qui portent sur leur poste, la Loi établit un juste équilibre entre les impératifs d'accès à l'information et de protection de la vie privée. De cette façon, les citoyens sont assurés de connaître les attributions, fonctions et responsabilités de fonctionnaires sans compromettre indûment leur vie privée.

98 The intervener PSAC argues, however, that there are compelling policy reasons for disclosure in this case. In its view, the disclosure of employment-related information is designed, in part, to ensure that the operation of the *Access to Information Act* and *Privacy Act* is consistent with the collective bargaining regime. The disclosure of the information requested by the appellant, it submits, would facilitate bargaining agents in exercising their rights and ensure that the public is able to determine whether public servants are appropriately compensated for their work.

L'intervenante, l'AFPC, soutient cependant qu'il y a de sérieuses raisons de principe de procéder à la divulgation en l'espèce. À son avis, la divulgation des renseignements relatifs au travail vise, en partie, à garantir que l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* soit compatible avec le régime de négociation collective. La divulgation des renseignements demandés par l'appelant, dit-elle, faciliterait l'exercice des droits des agents négociateurs et garantirait que le public soit en mesure de juger si les fonctionnaires sont rémunérés convenablement pour leur travail.

99 I do not find this argument convincing. It is true that there is a general public interest in the smooth functioning of the collective bargaining process and in ensuring that employers, including those in the public sector, live up to their obligations under collective agreements. I do not believe, however, that this interest is embodied in the access to information or privacy statutes. As I have discussed, the *Access to Information Act* is concerned with securing the values of participation and accountability in the democratic process. Of course, collective bargaining plays an important role in the democratic system. However, it is in many ways an autonomous regime, with its own enabling legislation and comprehensive system of dispute resolution. This system attempts to mediate the conflict between the private interests of employers and the private, collective interests of workers. In this sense, a union's interest in obtaining helpful information from its employer is no greater than the employer's interest in obtaining like information. Conflicts regarding such information should be

Je ne juge pas cet argument convaincant. Il est vrai qu'il existe un intérêt public général à ce que le processus de négociation collective se déroule de façon harmonieuse et à ce que les employeurs, y compris ceux du secteur public, respectent les obligations qu'ils ont contractées dans des conventions collectives. Je ne crois pas, cependant, que cet intérêt soit consacré dans les lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur l'accès à l'information* vise à consacrer les valeurs de la participation et de la responsabilité dans le processus démocratique. Il va sans dire que la négociation collective joue un rôle important dans le système démocratique. Il s'agit cependant, à bien des égards, d'un régime autonome qui est doté de sa propre loi habilitante et d'un système complet de règlement des litiges. Ce système tente de régler le conflit entre les intérêts privés des employeurs et les intérêts privés et collectifs des employés. Sous ce rapport, l'intérêt qu'a un syndicat à obtenir des renseignements utiles auprès de

resolved within the confines of that system, i.e., by recourse to the usual dispute resolution methods of labour relations — negotiation, arbitration and administrative review. There is no indication that access to information legislation was intended to enable one side in this conflict to obtain information that it would not otherwise be entitled to under the collective bargaining system. It is acceptable, of course, if the legislation permits this incidentally, i.e. by permitting someone with a particular private interest to benefit because disclosure accords with the public goals of the legislation. The legislation should not be interpreted, however, with the collective bargaining system specifically in mind. In my view, the fact that disclosure of the sign-in logs in this case would be helpful to the union is not relevant to determining whether the information relates to an employee's position or functions within the meaning of s. 3(j) of the *Privacy Act*.

The appellant also argues that the names on the sign-in logs fall within the scope of s. 3(j)(iv) in that they constitute a “document prepared by . . . individual[s] in the course of employment”. This argument has little merit. Firstly, it is misleading to say that the sign-in logs are “prepared” by the employees who sign them. As disclosed in the evidence, the sign-in logs are the responsibility of the Corps of Commissionaires security officers. Secondly, the logs are not made “in the course of employment”. As noted above, the sign-in logs are designed for security purposes. Employees are required to fill them out in order to gain access to the building. They have nothing to do with the responsibilities of their positions. For the same reasons that the logs do not relate to the employees' positions, functions or responsibilities, they should not be considered to have been prepared “in the course of employment”.

l'employeur n'est pas plus grand que l'intérêt qu'a l'employeur d'obtenir des renseignements semblables. Les conflits relatifs à de tels renseignements devraient se résoudre à l'intérieur du système, c'est-à-dire au moyen des méthodes habituelles de règlement des conflits de travail — négociation, arbitrage et contrôle administratif. Rien n'indique que la loi en matière d'accès à l'information ait visé à permettre à une partie à ce conflit d'obtenir des renseignements auxquels elle n'aurait pas eu droit, par ailleurs, sous le régime de la négociation collective. Cela est évidemment acceptable si la loi le permet de façon incidente, en autorisant notamment quelqu'un qui a un intérêt particulier à en bénéficier parce que la divulgation s'accorde avec les objectifs publics de la loi. Cependant, il ne faut pas interpréter cette loi en ayant expressément à l'esprit le régime de négociation collective. À mon avis, le fait que la communication des feuilles de présences en l'espèce serait utile au syndicat n'est pas pertinent pour décider si les renseignements en question portent sur le poste ou les fonctions d'un employé, au sens de l'al. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

L'appelant soutient également que les noms figurant sur les feuilles de présences relèvent du sous-al. 3j)(iv), du fait que ces feuilles représentent un «document [que des individus ont] établi au cours de [leur] emploi». Cet argument n'est guère fondé. En premier lieu, il est fallacieux de dire que les feuilles de présences sont «établies» par les employés qui les signent. Il ressort de la preuve que les feuilles de présences relèvent de la responsabilité des agents de sécurité appartenant au Corps des commissionnaires. En second lieu, ces feuilles ne sont pas établies «au cours de [l']emploi». Comme nous l'avons vu, elles sont établies à des fins de sécurité. Les employés sont tenus de les remplir pour pouvoir pénétrer dans l'immeuble. Ces feuilles n'ont rien à voir avec les attributions des postes des employés. Pour les mêmes raisons que ces feuilles ne portent pas sur les postes, fonctions ou attributions des employés en question, elles ne devraient pas être considérées comme ayant été établies «au cours de [leur] emploi».

*Did the Minister Exercise his Discretion Properly?**Le Ministre a-t-il exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire?*

101

The appellant submits that the Minister failed to exercise his discretion properly in refusing to disclose the requested information pursuant to s. 19(2)(c) of the *Access to Information Act* and s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. Section 19(2)(c) of the *Access to Information Act* states that the head of a government institution may disclose a record that contains personal information if the disclosure is in accordance with s. 8 of the *Privacy Act*. Section 8, in relevant part, states:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . . .

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. . . . [Emphasis added.]

102

The appellant argues that there is no evidence that the Minister weighed the privacy interests of the employees whose names appeared on the sign-in logs against the public interest in disclosure. He asserts that if the Minister had properly exercised his discretion, he would have concluded that the public interest in disclosure clearly outweighed the minimal invasion of privacy that would have resulted.

103

The first step in evaluating this submission is to determine the appropriate standard of review of the Minister's decision. The appellant notes that pursuant to s. 2 of the *Access to Information Act*, decisions on the disclosure of government information

L'appellant prétend que le Ministre n'a pas exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements demandés, conformément à l'al. 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon l'al. 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, le responsable d'une institution fédérale peut communiquer un document contenant des renseignements personnels dans le cas où la communication est conforme à l'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La partie pertinente de l'art. 8 se lit ainsi:

8. . . .

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

. . . .

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée, . . . [Je souligne.]

Selon l'appellant, rien ne prouve que le Ministre a soupesé le droit à la vie privée des employés dont le nom figurait sur les feuilles de présences, en fonction des raisons d'intérêt public qui en justifiaient la divulgation. Il fait valoir que si le Ministre avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire, il aurait conclu que les raisons d'intérêt public qui justifiaient la divulgation l'emportaient nettement sur l'atteinte minimale à la vie privée qui en aurait résulté.

La première étape de l'évaluation de cet argument consiste à décider de la norme de révision à appliquer à la décision du Ministre. L'appellant fait remarquer que, selon l'art. 2 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les décisions en matière de commu-

“should be reviewed independently of government”. He also relies on the fact that s. 48 of that statute specifies that “the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned”. From this, the appellant argues that the Minister’s exercise of discretion under s. 8(2)(m) of the *Privacy Act* should be strictly limited by the courts.

The determination of the appropriate standard of review of discretionary decisions under the *Access to Information Act* has been the source of considerable controversy in the Federal Court. In a number of decisions, the court has implied that discretionary decisions are to be reviewed on a correctness or *de novo* standard. In *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, *supra*, the Federal Court of Appeal considered the effect of s. 21(1)(b) of the *Access to Information Act*. That provision states that the head of a government institution may refuse to disclose a record that contains “an account of consultations or deliberations” involving Crown employees or officers. The court held, at p. 273, that the exercise of this discretion was “not unfettered” and that it must be exercised in accordance with “recognized legal principles” and “in a manner which is in accord with the conferring statute”. In considering whether the minutes of the CMHC’s Board meeting from 1975 to 1988 should have been disclosed pursuant to s. 21(1)(b), the court concluded that the sheer volume of the material involved indicated that the delegate of the Corporation did not make a proper examination and determination as to whether any of the information requested came within the parameters of the provision. It was also apparent from the position taken by the General Counsel and Corporate Secretary of the CMHC, the court found, that the CMHC concluded that the records could be withheld without actually examining the material. The court rejected the holding in *Canada (Information Commissioner) v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1986] 3 F.C. 413 (T.D.), that once it is determined that a record falls within the class referred to in s.

nication de documents de l’administration fédérale sont «susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». Il invoque aussi le fait que l’art. 48 de cette même loi précise que «la charge d’établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d’un document incombe à l’institution fédérale concernée». Il fait valoir, à partir de cela, que l’exercice par le Ministre du pouvoir discrétionnaire qu’il tient de l’al. 8(2)m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* devrait être strictement limité par les tribunaux.

La détermination de la norme de révision qu’il convient d’appliquer aux décisions discrétionnaires fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* est à l’origine d’une importante controverse en Cour fédérale. Dans un certain nombre de décisions, la cour a supposé que la norme de révision à appliquer aux décisions discrétionnaires est la norme de la décision correcte ou norme de révision *de novo*. Dans *Rubin c. Canada (Société canadienne d’hypothèques et de logement)*, précité, la Cour d’appel fédérale a examiné l’incidence de l’al. 21(1)b) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Cette disposition prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication d’un document contenant «des comptes rendus de consultations ou délibérations» mettant en cause des cadres ou employés de l’État. La cour a jugé, à la p. 273, que ce pouvoir discrétionnaire «n’est pas absolu» et qu’il doit être exercé conformément aux «principes de droit reconnus» et «d’une manière compatible avec la loi habilitante». En examinant si les procès-verbaux des réunions du conseil d’administration de la SCHL de 1975 à 1988 auraient dû être communiqués conformément à l’al. 21(1)b), la cour a conclu que le seul volume des documents en cause indiquait que la déléguée de la Société n’avait pas fait le nécessaire pour déterminer si l’un quelconque des renseignements demandés était visé par cette disposition. La cour a aussi jugé qu’il ressortait du point de vue adopté par l’avocate-conseil générale et secrétaire de la SCHL que cette dernière avait conclu qu’elle pouvait refuser la communication des documents demandés sans même les avoir examinés. La cour a rejeté la conclusion tirée dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Conseil de la radiodiffusion et des télé-*

21(1), the right to disclosure becomes subject to the head of the government institution's discretion to disclose it. Such a conclusion, the court held, ignores the directive expressed in s. 2 of the Act that decisions respecting access to public documents are to be reviewed "independently of government". Accordingly, the court overturned the decision to withhold the records and referred the matter back to the delegate of the CMHC for re-determination.

*communications canadiennes*, [1986] 3 C.F. 413 (1<sup>re</sup> inst.), selon laquelle, une fois qu'on a jugé qu'un document relève de la catégorie visée au par. 21(1), le droit à la communication est subordonné au pouvoir discrétionnaire de le communiquer qu'a le responsable de l'institution fédérale. La cour a jugé que pareille conclusion ne tient pas compte de la directive de l'art. 2 de la Loi, voulant que les décisions concernant l'accès aux documents publics fassent l'objet d'un «recours indépendants du pouvoir exécutif». En conséquence, la cour a écarté la décision de ne pas communiquer les documents en cause et a renvoyé l'affaire devant la déléguée de la SCHL pour qu'une nouvelle décision soit rendue.

105

The *Rubin* case was relied on by Muldoon J. in *Bland*, *supra*, where he considered the provision at issue in the instant case, s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. In *Bland*, a newspaper reporter investigating allegations of favouritism in the allocation of subsidized rents by the National Capital Commission ("NCC") was denied access to a list of the addresses and rental charges of NCC tenants on the grounds that it was "personal information". Curiously, although he held that the information related to a "discretionary benefit of a financial nature" pursuant to s. 3(l) of the *Privacy Act* and did not therefore constitute "personal information", Muldoon J. also found that even if it was, it should have been disclosed pursuant to s. 8(2)(m)(i). In coming to this conclusion, the court found, at p. 340, that the mere assertion that the public interest in disclosure did not outweigh the invasion of privacy was not sufficient as it "evinces no weighing of the factor of invasion of privacy against that of the public interest in disclosure". He went on to conclude that the tenant's privacy interest was negligible and that any invasion of it was clearly outweighed by the public interest in disclosure. See also *Rubin v. Clerk of the Privy Council (Can.)*, *supra*, at p. 291, and *MacKenzie v. Canada (Minis-*

Dans *Bland*, précité, l'arrêt *Rubin* a été invoqué par le juge Muldoon qui a examiné la disposition en cause dans la présente affaire, à savoir le sous-al. 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans l'affaire *Bland*, un journaliste enquêtant sur des allégations de favoritisme dans l'attribution de loyers subventionnés par la Commission de la capitale nationale («CCN») s'est vu refuser l'accès à une liste d'adresses et de loyers de locataires de la CCN pour le motif qu'il s'agissait là de «renseignements personnels». Chose curieuse, quoiqu'il ait jugé que les renseignements demandés portaient sur des «avantages financiers facultatifs» au sens de l'al. 3(l) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et n'étaient donc pas des «renseignements personnels», le juge Muldoon a aussi conclu que, quand bien même ils le seraient, ils auraient dû être communiqués conformément au sous-al. 8(2)(m)(i). En parvenant à cette conclusion, la cour a jugé, à la p. 340, qu'il ne suffisait pas d'affirmer que les raisons d'intérêt public justifiant la communication ne l'emportaient pas sur l'atteinte à la vie privée, car cette affirmation «ne montre nullement qu'[on] a mis dans la balance la violation de la vie privée et l'intérêt public dans la divulgation». Le juge a ensuite conclu que le droit à la vie privée des locataires était minime et que toute atteinte à ce droit était nettement justifiée par l'intérêt public dans la divulgation. Voir également *Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.)*, précité,

ter of National Health and Welfare), supra, at p. 57.

To the extent that these decisions can be said to stand for the proposition that the Minister's decision to refuse to disclose a record pursuant to the public interest exception set out in s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* is to be reviewed on a *de novo* standard, they are clearly incorrect. It is true, of course, that s. 2(1) of the *Access to Information Act* states that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government". Reading the Act as a whole, however, it is clear that this exhortation does not mandate the *de novo* review of the s. 8(2)(m)(i) discretion. Section 49 of the *Access to Information Act* sets out the power of the Federal Court to order disclosure in the circumstances of the present case:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate. [Emphasis added.]

Section 49 directs the reviewing court to determine whether or not the head of the government institution who has refused disclosure was in fact "authorized" to do so. As I have discussed, the *Access to Information Act* provides a general right of access to government-held information, subject to certain exceptions. If the information does not fall within one of these exceptions, the head of the institution is not "authorized" to refuse disclosure, and the court may order that the record be released pursuant to s. 49 of the Act. It is clear that in making this determination, the reviewing court may substitute its opinion for that of the head of the government institution. The situation changes,

à la p. 291, et *MacKenzie c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, précité, à la p. 57.

Dans la mesure où on peut affirmer que ces décisions permettent de dire que la décision du Ministre de refuser de communiquer un document conformément à l'exception des raisons d'intérêt public, prévue au sous-al. 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, doit être examinée selon une norme de révision *de novo*, elles sont nettement erronées. Il est vrai que, aux termes du par. 2(1) la *Loi sur l'accès à l'information*, «les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». Toutefois, si on envisage cette loi dans son ensemble, il est clair que cette exhortation ne prescrit pas l'examen *de novo* du pouvoir discrétionnaire visé au sous-al. 8(2)(m)(i). L'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information* énonce le pouvoir de la Cour fédérale d'ordonner la communication d'un document dans les circonstances qui nous intéressent en l'espèce:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué. [Je souligne.]

L'article 49 prescrit à la cour qui procède à la révision d'examiner si le responsable de l'institution fédérale qui a refusé communication d'un document était effectivement autorisé à la refuser. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit un droit général d'accès aux documents détenus par l'administration fédérale, sous réserve de certaines exceptions. Si les renseignements demandés ne relèvent pas de l'une de ces exceptions, le responsable de l'institution fédérale concernée n'est pas autorisé à en refuser la communication, et la cour peut en ordonner la communication conformément à l'art. 49 de la Loi. Il est clair que, dans cette décision, la cour qui procède à

however, once it is determined that the head of the institution is authorized to refuse disclosure. Section 19(1) of the *Access to Information Act* states that, subject to s. 19(2), the head of the institution shall refuse to disclose personal information. Section 49 of the *Access to Information Act*, then, only permits the court to overturn the decision of the head of the institution where that person is “not authorized” to withhold a record. Where, as in the present case, the requested record constitutes personal information, the head of the institution is authorized to refuse and the *de novo* review power set out in s. 49 is exhausted.

108 Of course, s. 19(2) of the *Access to Information Act* provides that the head of a government institution may disclose personal information in certain circumstances. Generally speaking, the use of the word “may”, especially when it is used, as in this case, in contradistinction to the word “shall”, indicates that an administrative decision maker has the discretion, and not the duty, to exercise a statutory power; see *McHugh v. Union Bank of Canada*, [1913] A.C. 299 (P.C.); *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen, on the relation of Brice Andrews*, [1953] 2 S.C.R. 95; *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

109 In the present case, moreover, any ambiguity regarding the use of the word “may” is removed by the language of s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. That section, which is incorporated into s. 19(2)(c) of the *Access to Information Act*, states that personal information may be disclosed where, in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs the invasion of privacy that could result. It is difficult to imagine statutory language setting out a broader discretion. Courts have repeatedly held that the use of such language indicates a discretionary power; see *Boulis v. Minister of Manpower and Immigra-*

la révision peut substituer son opinion à celle du responsable de l'institution fédérale concernée. La situation est cependant différente une fois qu'on a jugé que le responsable de l'institution fédérale est autorisé à refuser la communication. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que, sous réserve du par. 19(2), le responsable de l'institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels. Il s'ensuit que l'art. 49 de la même loi n'autorise la cour à écarter la décision du responsable de l'institution fédérale que dans le cas où celui-ci n'est pas autorisé à refuser la communication d'un document. Dans les cas où, comme en l'espèce, le document demandé contient des renseignements personnels, le responsable de l'institution fédérale est autorisé à en refuser la communication, et le pouvoir de révision *de novo*, énoncé à l'art. 49, est épuisé.

Bien entendu, le par. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que le responsable d'une institution fédérale peut divulguer des renseignements personnels dans certains cas. En général, l'emploi du terme «peut», en particulier lorsqu'il s'oppose, comme en l'espèce, à l'expression «est tenu de», indique qu'une instance décisionnelle administrative a la faculté, et non l'obligation, d'exercer un pouvoir qu'elle tient de la loi; voir *McHugh c. Union Bank of Canada*, [1913] A.C. 299 (C.P.); *Smith & Rhuland Ltd. c. The Queen, on the relation of Brice Andrews*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.

De surcroît, toute ambiguïté, en l'espèce, concernant l'emploi du terme «peut» est dissipée par le texte du sous-al. 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette disposition, qui est incorporée dans l'al. 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, prévoit que la communication de renseignements personnels est autorisée dans le cas où, de l'avis du responsable de l'institution, des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Il est difficile d'imaginer un texte législatif qui énonce un pouvoir discrétionnaire plus général. Les tribunaux ont jugé, à maintes reprises, que le

tion, [1974] S.C.R. 875; *Vancouver (City of) v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71; *Isinger v. Buckland (Rural Municipality No. 491)* (1986), 48 Sask. R. 207 (C.A.); *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975), 13 N.S.R. (2d) 587 (S.C.T.D.). And in a series of decisions, the Federal Court has specifically found that the power to disclose personal information in the public interest pursuant to s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* is discretionary; see *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*; *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*; *Terry v. Canada (Minister of National Defence)*, *supra*; *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Canada (Minister of External Affairs and International Trade)*, [1996] F.C.J. No. 903 (QL).

In *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147, Strayer J. discussed the general approach to be taken with respect to discretionary exemptions under the *Privacy Act*. He stated, at p. 149:

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

The first type of factual decision is one which, I believe, the court can review and in respect of which it can substitute its own conclusion. This is subject to the need, I believe, for a measure of deference to the decisions of those whose institutional responsibilities put them in a better position to judge the matter. . . .

The second type of decision is purely discretionary. In my view in reviewing such a decision the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and

recours à pareille phraséologie indique l'existence d'un pouvoir discrétionnaire; voir *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; *Vancouver (Ville de) c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71; *Isinger c. Buckland (Rural Municipality No. 491)* (1986), 48 Sask. R. 207 (C.A.); *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.* (1975), 13 N.S.R. (2d) 587 (C.S., 1<sup>re</sup> inst.). Et dans une série de décisions, la Cour fédérale a expressément conclu que le pouvoir de divulguer des renseignements personnels pour des raisons d'intérêt public en application du sous-al. 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un pouvoir discrétionnaire; voir *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité; *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, précité; *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité; *Grand Conseil des Cris (du Québec) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures et du Commerce international)*, [1996] A.C.F. n° 903 (QL).

Dans *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147, le juge Strayer a analysé la méthode générale à adopter à l'égard des exemptions discrétionnaires prévues à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il affirme, à la p. 149:

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions: 1) une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) une décision discrétionnaire sur la question de savoir s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements.

Le premier type de décision est, je crois, révisable par la Cour et celle-ci peut y substituer sa propre conclusion, sous réserve, à mon avis, de la nécessité de faire preuve d'une certaine déférence envers les décisions des personnes qui, de par les responsabilités institutionnelles qu'elles assument, sont mieux placées pour juger la question . . .

Le second type de décision est purement discrétionnaire. À mon sens, en révisant une telle décision la Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le docu-

the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.

In my view, this is the correct approach to reviewing the exercise of discretion under s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

111 The fact that a statutory power is discretionary does not mean, of course, that a decision made pursuant to it is immune from judicial oversight. It may always be alleged that the discretion was abused. The correct standard of review was articulated by McIntyre J. in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8:

It is . . . a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility. Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

See also *Vancouver (City of) v. Simpson, supra*.

112 The appellant makes no allegations of bad faith, unfair procedure or consideration of irrelevant matters. Rather, he contends that the Minister failed to weigh the privacy interests of the employees named on the sign-in logs against the public interest in disclosure. It is clear, however, that the Minister did carefully weigh the competing policy interests in the present case. The appellant's request to the Minister to exercise his discretion to disclose the personal information was made in the following terms:

Disclosure of the names is in the public interest because it enables citizens to determine who is working, who authorized the work and prevents abuse of staff by over-

ment en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé de bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé.

J'estime qu'il s'agit de la bonne façon d'aborder la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au sous-al. 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Le fait qu'un pouvoir prévu par la loi soit discrétionnaire ne signifie pas, évidemment, qu'une décision fondée sur ce pouvoir échappe à la surveillance des tribunaux. On peut toujours alléguer qu'il y a eu abus du pouvoir discrétionnaire. La norme de contrôle à appliquer a été énoncée par le juge McIntyre dans *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8:

C'est [...] une règle bien établie que les cours ne doivent pas s'ingérer dans l'exercice qu'un organisme désigné par la loi fait d'un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

Voir aussi *Vancouver (Ville de) c. Simpson, précité*.

L'appelant n'allègue pas la mauvaise foi, l'iniquité procédurale ou la prise en compte de questions non pertinentes. Il soutient plutôt que le Ministre n'a pas soupesé le droit à la vie privée des employés inscrits sur les feuilles de présences, en fonction des raisons d'intérêt public qui justifieraient la communication des renseignements demandés. Toutefois, il est clair que le Ministre a effectivement soupesé soigneusement les intérêts de principe qui s'opposaient en l'espèce. Voici comment l'appelant lui a demandé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements personnels en question:

[TRADUCTION] La divulgation de ces noms est conforme à l'intérêt public puisqu'elle permet aux citoyens de savoir qui travaille, qui a autorisé le travail, et qu'elle

zealous managers and upholds the spirit of the collective agreement. Thus the names on the sign-in sheets should be disclosed.

The Minister's reply stated:

As I am sure you can appreciate, any waiver of the protection provided individuals in the *Privacy Act* must be undertaken only after very careful consideration and must be balanced against the threat to an individual's privacy. I do not believe that you have demonstrated that if there were any public interest that it clearly overrides the individual's right to privacy. [Emphasis added.]

There is no evidence, as was the case in *Rubin, supra*, that the Minister failed to examine the evidence properly. It is apparent that he considered the appellant's request for a public interest waiver in the light of the objects of the legislation and came to a determination that the public interest did not "clearly outweigh" the violation of privacy that could result from disclosure. This was a conclusion that he was entitled to make. For this Court to overturn this decision would amount to a substitution of its view of the matter for his. Such a result would do considerable violence to the purpose of the legislation and would amount to an unjustified usurpation of the Minister's statutory role.

In essence, the appellant's objection to the Minister's decision is that he did not give sufficient reasons for it. Generally speaking, however, in the absence of a specific statutory requirement, administrative decision makers have no duty to give reasons for their decisions; see *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 233; *Canadian Arsenal Ltd. v. Canadian Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393 (C.A.); *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684. While it has been suggested that the failure to give reasons, even when there is no statutory requirement to do so, may amount to a breach of the duty to be fair in certain circumstances (David P. Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (2nd ed. 1994),

empêche l'abus du personnel par des gestionnaires trop zélés, tout en assurant le respect de l'esprit de la convention collective. Il y a donc lieu de divulguer les noms figurant sur les feuilles de présences.

Ce à quoi le Ministre a répondu:

[TRADUCTION] Vous comprendrez, j'en suis certain, que toute renonciation à la protection que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* assure aux particuliers ne peut se faire qu'après mûre réflexion et doit être soupesée en fonction de la menace de violation de la vie privée d'un particulier. Je ne pense pas que vous ayez démontré que, s'il y avait un intérêt public en jeu, il l'emporte clairement sur le droit du particulier à la protection de sa vie privée. [Je souligne.]

Rien ne prouve, comme c'était le cas dans l'affaire *Rubin*, précitée, que le Ministre n'a pas bien examiné la preuve. Il appert qu'il a examiné la demande de l'appelant visant à renoncer à invoquer l'intérêt public, à la lumière des objets des lois en cause, et qu'il en est venu à décider que des raisons d'intérêt public «ne justifiaient pas nettement» une éventuelle violation de la vie privée. Il s'agit là d'une conclusion qu'il était en droit de tirer. Si notre Cour écartait cette décision, cela reviendrait à substituer sa perception de l'affaire à celle que le Ministre en avait. Pareil résultat porterait gravement atteinte à l'objet de la loi en cause et constituerait une usurpation injustifiée du rôle dont elle a investi le Ministre.

Essentiellement, l'appelant s'oppose à la décision du Ministre pour le motif qu'elle n'est pas suffisamment motivée. En général cependant, une instance décisionnelle administrative n'est pas tenue de motiver ses décisions, en l'absence d'une disposition contraire expresse de la loi; voir *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 233; *Les Arsenaux Canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393 (C.A.); *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684. Bien que l'on ait affirmé que l'omission de motiver une décision, même en l'absence d'exigence légale de le faire, peut, dans certains cas, constituer un manquement à l'obligation d'équité (David P. Jones et Anne S. de Villars, *Principles of Administrative*

at p. 299), the Minister's failure to give extensive, detailed reasons for his decision did not work any unfairness upon the appellant.

115

Finally, it should be noted that in oral argument before this Court, the respondent is said to have asserted that by stating that he did "not believe that [the appellant] . . . demonstrated that if there were any public interest that it clearly overrides the individual's right to privacy", the Minister incorrectly reversed the onus set out in s. 48 of the *Access to Information Act*. That provision states that the head of a government institution has the burden of establishing that he or she is "authorized to refuse" to disclose a requested record. As I have discussed in relation to s. 49 of that Act, the Minister satisfied this burden when he showed that the information in the sign-in logs constituted "personal information". Once that fact is established, the Minister's decision to refuse to disclose pursuant to s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* may only be reviewed on the basis that it constituted an abuse of discretion. The Minister did not have a "burden" to show that his decision was correct because that decision is not reviewable by a court on the correctness standard. Reading his statement in context, it is clear that the Minister weighed the conflicting interests at stake. The fact that he stated that the appellant failed to demonstrate that the public interest should override the privacy rights of the employees named in the sign-in logs is therefore irrelevant.

### Disposition

116

From the foregoing, I have concluded that the appeal should be dismissed. It remains to consider the special provision regarding costs set out in s. 53(2) of the *Access to Information Act*. It states that "[w]here the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been

*Law* (2<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 299), l'omission du Ministre d'exposer des motifs complets et détaillés à l'appui de sa décision n'a causé aucune iniquité à l'appellant.

Enfin, il y a lieu de noter que, pendant sa plaidoirie devant notre Cour, l'intimé a, dit-on, soutenu qu'en affirmant qu'il [TRADUCTION] «ne pens[ait] pas que [l'appellant avait] démontré que, s'il y avait un intérêt public en jeu, il l'emporte clairement sur le droit du particulier à la protection de sa vie privée», le Ministre a erronément inversé la charge de preuve prescrite par l'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition prévoit qu'il incombe au responsable d'une institution fédérale d'établir «le bien-fondé du refus» de communiquer un document demandé. Comme nous l'avons vu au sujet de l'art. 49 de la même loi, le Ministre s'est acquitté de cette obligation en démontrant que les feuilles de présences constituaient des «renseignements personnels». Une fois cela établi, la décision du Ministre de refuser de communiquer en application du sous-al. 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne peut être susceptible de révision que pour le motif qu'elle constitue un abus de pouvoir discrétionnaire. Il n'«incombe» pas au Ministre de démontrer que sa décision était correcte, parce que sa décision ne peut pas faire l'objet d'un examen judiciaire selon la norme de la décision correcte. Si on situe ces propos dans leur contexte, il est clair que le Ministre a soupesé les intérêts qui s'opposaient en l'espèce. Il est donc sans importance qu'il ait dit que l'appellant n'avait pas démontré que l'intérêt public devrait l'emporter sur les droits à la vie privée des employés inscrits sur les feuilles de présences.

### Dispositif

J'ai conclu de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. Il reste à examiner la disposition spéciale relative aux frais et aux dépens, contenue au par. 53(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. On y prévoit que «[d]ans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle,

successful in the result". Though ultimately unsuccessful, I believe that the appellant has raised a number of important and novel legal issues. Under the circumstances, it would be appropriate to award costs to the appellant from the respondent.

Accordingly, I would dismiss the appeal, but would award the appellant's costs from the respondent.

*Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Ottawa.*

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

*Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Nelligan, Power, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.*

même si cette personne a été déboutée de son recours». Bien qu'il n'ait pas eu gain de cause en fin de compte, je crois que l'appellant a soulevé un certain nombre de questions de droit nouvelles et importantes. Dans ces circonstances, il conviendrait d'ordonner à l'intimé de lui payer ses dépens.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais d'ordonner à l'intimé de payer à l'appellant ses dépens.

*Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Soloway, Wright, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada: Nelligan, Power, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.*

**United States of America and the Honourable Allan Rock, Minister of Justice for Canada** *Appellants*

v.

**Arye Dynar** *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. DYNAR

File No.: 24997.

1997: January 28; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Extradition — Offences — Money laundering — Attempt — Conspiracy — Fugitive charged in U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money — Whether fugitive's conduct would have amounted to offence under Canadian law if it had occurred in Canada — Whether conduct would have amounted to criminal attempt or criminal conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 462.31(1), 465(1)(c) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 19.2(1).*

*Criminal law — Attempt — Conspiracy — Whether impossibility constitutes defence to charge of attempt or conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 465(1)(c).*

*Extradition — Hearing — Right to a fair hearing — Disclosure — Applicable procedural safeguards at extradition hearing.*

The U.S. government requested the extradition of D, a Canadian citizen who had been the subject of a failed "sting" operation by the FBI. D had placed a telephone call from Canada to a former associate who was living in Nevada and who had become a confidential informant working for an FBI agent. D had been the subject of investigations in the U.S. into the laundering of substantial amounts of money originating in Nevada. The FBI agent had the informant introduce to D a second confidential informant, who was instructed to ask if D would be willing to launder large sums obtained as a result of

**États-Unis d'Amérique et l'honorable Allan Rock, ministre de la Justice du Canada** *Appellants*

c.

**Arye Dynar** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. DYNAR

N° du greffe: 24997.

1997: 28 janvier; 1997: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Extradition — Infractions — Recyclage de produits de la criminalité — Tentative — Complot — Fugitif accusé aux É.-U. de tentative de recycler des produits de la criminalité et de complot pour recycler des produits de la criminalité — La conduite du fugitif aurait-elle constitué une infraction en vertu du droit canadien si elle avait eu lieu au Canada? — La conduite aurait-elle constitué une tentative criminelle ou un complot criminel en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 462.31(1), 465(1)(c) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 19.2(1).*

*Droit criminel — Tentative — Complot — L'impossibilité constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation de tentative ou de complot en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 465(1)(c).*

*Extradition — Audience — Droit à un procès équitable — Divulgarion — Garanties procédurales applicables à une audience d'extradition.*

Le gouvernement des États-Unis a demandé l'extradition de D, un citoyen canadien qui a fait l'objet d'une opération d'infiltration menée sans succès par le FBI. D avait fait un appel téléphonique, du Canada, à un ancien associé qui vivait au Nevada et qui était devenu un informateur d'un agent du FBI. D avait été l'objet d'enquêtes aux États-Unis relativement au recyclage de grosses sommes d'argent provenant du Nevada. L'agent du FBI a demandé à l'informateur de présenter à D un autre informateur, qui devait demander à D s'il accepterait de recycler de grosses sommes provenant d'un trafic

illegal trafficking. When asked, D agreed with alacrity. Numerous conversations between the two men were recorded over the course of some months. It was eventually arranged that an associate of D would go to the U.S. to pick up some money to be laundered, but the FBI aborted the operation just prior to the transfer. D was charged in the U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money. Following a hearing under the *Extradition Act*, he was committed for extradition. He complained to the Minister of Justice of the lack of disclosure of the Canadian involvement in the investigation, but the Minister refused D's request to reopen the extradition hearing, and ordered his surrender for prosecution in the U.S. The Court of Appeal allowed D's appeal from the committal decision and granted his application for judicial review of the Minister's decision to order his surrender. The major issue raised in this appeal is whether D's conduct would have amounted to an offence under Canadian law if it had occurred in Canada. The issue presented on D's cross-appeal is whether the Canadian authorities violated D's constitutionally guaranteed right to a fair hearing by failing to disclose details of official Canadian involvement in the U.S. investigation of him.

*Held:* The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

(1) *Issue on Appeal*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: If D had successfully consummated in Canada a scheme like the one he embarked on in the U.S., he would not have been guilty of any completed offence known to the law of Canada, since the conversion of monies that are believed to be but are not in fact the proceeds of crime was not an offence in Canada at the relevant time. There were two statutory provisions under which Canadian authorities might have prosecuted money-laundering schemes like the one that D attempted to consummate, but both required that an accused, if he was to be convicted, should have known that the money he converted was the proceeds of crime. Since the money that the U.S. undercover agents asked D to launder was not in fact the proceeds of crime, D could not possibly have known that it was the proceeds of crime.

illicite. D a accepté la demande avec empressement. De nombreuses conversations entre les deux hommes ont été enregistrées au fil de quelques mois. Il a finalement été convenu qu'un associé de D irait chercher l'argent à recycler aux États-Unis, mais le FBI a interrompu l'opération juste avant la remise de l'argent. D a été accusé aux États-Unis de tentative de recyclage de produits de la criminalité et de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Après une audience tenue en vertu de la *Loi sur l'extradition*, il a été incarcéré en vue de son extradition. Il s'est plaint au ministre de la Justice du fait que la participation canadienne à l'enquête n'avait pas été divulguée, mais le ministre a refusé de reprendre l'audience d'extradition à la demande de D et a ordonné qu'il soit extradé en vue de son procès aux États-Unis. La Cour d'appel a accueilli l'appel de D contre la décision de l'incarcérer ainsi que sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner son extradition. La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les agissements de D auraient constitué une infraction en vertu du droit canadien s'ils avaient eu lieu au Canada. Quant au pourvoi incident, la question est de savoir si les autorités canadiennes ont porté atteinte au droit de D à un procès équitable, lequel est garanti par la Constitution, en ne communiquant pas des renseignements concernant la participation officielle du Canada à l'enquête que les É.-U. menaient sur lui.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

(1) *Le pourvoi principal*

*Le juge en chef* Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Si D avait mis à exécution au Canada, un projet comme celui dans lequel il s'est engagé aux États-Unis, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien puisque le recyclage de sommes d'argent que l'on croit être des produits de la criminalité, mais qui dans les faits n'en sont pas, n'était pas, à l'époque en cause dans le présent pourvoi, une infraction au Canada. Deux dispositions législatives permettaient aux autorités canadiennes de poursuivre les auteurs de projets de recyclage d'argent du type de celui que D a essayé de réaliser, mais, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable, l'une et l'autre nécessitaient que celui-ci ait su que l'argent à convertir était le produit de la criminalité. Étant donné que l'argent que les agents d'infiltration américains ont demandé à D de recycler n'était pas réellement le produit de la criminalité, D ne pouvait savoir qu'il s'agissait du produit de la criminalité.

However, the steps D took toward the realization of his plan to launder money would have amounted to a criminal attempt under Canadian law if the conduct in question had taken place entirely within Canada. The crime of attempt under s. 24(1) of the *Criminal Code* consists of an intent to commit the completed offence together with some act more than merely preparatory taken in furtherance of the attempt. D's argument that Parliament did not intend by s. 24(1) to criminalize all attempts to do the impossible, but only those attempts that the common law has classified as "factually impossible", does not help him, because the conventional distinction between factual and legal impossibility is not tenable. The only relevant distinction for purposes of s. 24(1) is between imaginary crimes and attempts to do the factually impossible. Only attempts to commit imaginary crimes fall outside the scope of the provision. Because what D attempted to do falls squarely into the category of the factually impossible — he attempted to commit crimes known to law and was thwarted only by chance — it was a criminal attempt within the meaning of s. 24(1).

Even though D did not "know" that the money he attempted to convert was the proceeds of crime, he nevertheless had the requisite *mens rea* for a crime. Knowledge is not the *mens rea* of the money-laundering offences. Knowledge has two components — truth and belief — and of these, only belief is mental or subjective. Belief is the *mens rea* of the money-laundering offences. That the belief be true is one of the attendant circumstances that is required if the *actus reus* is to be completed. The absence of an attendant circumstance is irrelevant from the point of view of the law of attempt.

D's conduct could also justify his surrender on the conspiracy charge. The issue is not whether D's conduct can support a conviction for conspiracy, but only whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada. For there to be a criminal conspiracy, there must be an intention to agree, the completion of an agreement, and a common design to do something unlawful. Conspiracy is a more "preliminary" crime than attempt, since the offence is considered to be complete before any acts are taken that go beyond mere preparation to put the common design into effect. Impossibility is not a defence to conspiracy. Conspira-

Cependant, les efforts déployés par D en vue de la réalisation de son projet de recyclage d'argent auraient cependant constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien si tous les agissements en question avaient eu lieu au Canada. En vertu du par. 24(1) du *Code criminel*, le crime de tentative consiste en l'intention de commettre l'infraction, constituée dans tous ses éléments, jointe à l'accomplissement d'actes dépassant le stade des actes simplement préparatoires à l'infraction. L'argument de D selon lequel le législateur n'avait pas l'intention, par l'adoption du par. 24(1), d'incriminer toutes les tentatives d'infractions impossibles, mais seulement celles que la common law a rangées dans la catégorie des «impossibilités de fait» ne lui est d'aucun secours puisque la distinction conventionnelle entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit est indéfendable. La seule distinction utile pour l'application du par. 24(1) est celle qui différencie le crime imaginaire de la tentative d'infraction impossible en fait. Seule la tentative de crime imaginaire échappe à l'application de la disposition. Comme ce que D a tenté de faire relève carrément de l'impossibilité de fait — il a tenté de commettre des crimes connus en droit et n'a été déjoué que par le hasard — il s'agissait d'une tentative criminelle au sens du par. 24(1).

Même si D ne «savait» pas que l'argent qu'il a tenté de convertir était le produit de la criminalité, il avait néanmoins la *mens rea* nécessaire pour commettre un crime. La connaissance n'est pas la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. La connaissance a deux composantes — la vérité et la croyance — et de ces deux éléments, seule la croyance est subjective ou psychologique. La croyance est la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. La conformité avec la réalité de la croyance est l'une des circonstances concomitantes exigées pour que l'*actus reus* soit exécuté. L'absence d'une circonstance concomitante n'est pas pertinente du point de vue des règles de droit applicables à la tentative d'infraction.

La conduite de D pourrait également justifier son extradition relativement à l'accusation de complot portée contre lui. Il ne s'agit pas de déterminer si les agissements de D peuvent fonder une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de complot, mais seulement si une preuve *prima facie* a été produite pour justifier son incarcération en vue d'un procès si les agissements qu'on lui reproche avaient eu lieu au Canada. Pour qu'il y ait complot criminel, l'intention de conclure une entente, la conclusion d'une entente et l'existence d'un projet commun de faire quelque chose d'illégal sont essentiels. Le complot est un crime plus «préliminaire» que la tentative, car cette infraction est considé-

tors should not escape liability because, owing to matters entirely outside their control, they are mistaken with regard to an attendant circumstance that must exist for their plan to be successful. From a purely conceptual perspective, the distinction between factual and legal impossibility is as unsound in the law of conspiracy as it is in the law of attempt. Cases of so-called "legal" impossibility turn out to be cases of factual impossibility and the distinction collapses, except in cases of "imaginary crimes". Furthermore, like attempt, conspiracy is a crime of intention. Since the offence of conspiracy only requires an intention to commit the substantive offence, and not the commission of the offence itself, it does not matter that, from an objective point of view, commission of the offence may be impossible.

*Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.:* The intention to do an act coupled with some activity thought to be criminal is not sufficient to find the accused guilty of an attempt when that which was attempted was not an offence under the *Criminal Code*. There must be an underlying offence capable of being committed before the elements of the attempt offence can be considered. The substantive offence of money laundering as it stands cannot be committed without the actual proceeds of crime being present. The accused cannot "know" that what he is laundering is the proceeds of crime unless the proceeds are in fact the proceeds of crime. Since D did not have knowledge, the *mens rea* of the offence, he cannot be said to have attempted it. Moreover, it does not make sense to say that D attempted to launder the proceeds of crime, when he only attempted to launder what the FBI provided. There was no offence that could be committed; the laundering of legal proceeds is an imaginary crime.

The offence of conspiracy to launder money can be made out on these facts. The gravamen of the offence is the agreement to commit a crime, and it was open to the extradition judge to conclude that there was sufficient evidence of an agreement between D and his associate to commit the offence of money laundering. The conspiracy charge was based on the agreement to commit the general offence of money laundering, whereas the attempt charge was restricted to the attempted launder-

rée consommée avant l'accomplissement de tout acte qui dépasserait le stade des actes simplement préparatoires à la mise à exécution du projet commun. L'impossibilité ne peut pas être opposée à une accusation de complot. Les conspirateurs ne devraient pas être exonérés parce que, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, ils se sont trompés quant à l'existence d'une circonstance dont dépend le succès de leur entreprise. Sur le plan purement conceptuel, la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit n'est pas mieux fondée parce qu'il s'agit d'un complot plutôt que d'une tentative. La soi-disant impossibilité «de droit» est en réalité un cas d'impossibilité de fait et cette distinction ne vaut plus sauf dans les cas de «crimes imaginaires». En outre, à l'instar de la tentative, le complot constitue un crime d'intention. Comme l'infraction de complot exige seulement l'intention de commettre l'infraction matérielle précise, et non la perpétration de l'infraction elle-même, il est indifférent, du point de vue objectif, que la perpétration de l'infraction puisse être impossible.

*Les juges Sopinka, McLachlin et Major:* L'intention jointe à des actes tenus pour criminels ne suffit pas pour conclure que l'accusé est coupable de tentative, alors que ce qu'il a tenté de faire ne constitue pas une infraction visée par le *Code criminel*. Il doit y avoir une infraction sous-jacente susceptible d'être commise, avant que l'on puisse examiner les éléments de l'infraction de tentative. L'infraction de recyclage des produits de la criminalité, dans sa formulation actuelle, ne peut pas être perpétrée sans l'existence de produits de la criminalité. L'accusé ne peut pas "savoir" que ce qu'il recycle est le produit de la criminalité à moins que ce produit ne soit effectivement le produit de la criminalité. Étant donné que D n'avait pas la connaissance, *mens rea* de l'infraction, on ne peut dire qu'il a tenté de la commettre. Qui plus est, il n'est pas logique de dire que D a tenté de recycler des produits de la criminalité, alors qu'il a seulement tenté de recycler ce que le FBI devait lui fournir. Aucune infraction ne pouvait être commise; le recyclage des produits d'une activité licite est un crime imaginaire.

Les faits de l'espèce permettent d'établir l'infraction de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Le fondement de l'infraction est l'entente en vue de commettre un crime et il était loisible au juge d'extradition de conclure qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve d'une entente entre D et son associé en vue de commettre l'infraction de recyclage des produits de la criminalité. L'accusation de complot était fondée sur l'entente de commettre l'infraction générale de recy-

ing of the money that was to have been provided by the authorities in the sting operation.

## (2) Issue on Cross-Appeal

A new hearing is not warranted here. The role of the extradition judge is a modest one, limited to the determination of whether or not the evidence is sufficient to justify committing the fugitive for surrender. The extradition hearing is intended to be an expedited process, designed to keep expenses to a minimum and ensure prompt compliance with Canada's international obligations. Even though the hearing must be conducted in accordance with the principles of fundamental justice, this does not automatically entitle the fugitive to the highest possible level of disclosure. The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* vary according to the context of the proceedings in which they are raised. Procedures at the extradition hearing are of necessity less complex and extensive than those in domestic preliminary inquiries or trials. Since D received adequate disclosure of the materials that were being relied upon to establish the *prima facie* case against him, no additional disclosure was required. No justiciable *Charter* issue arises since the evidence provided by the requesting state contains sufficient information to conclude that the evidence was gathered entirely in the U.S., by American officials, for an American trial.

## Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

**Not followed:** *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654; **referred to:** *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238; *Irwin v. The Queen*, [1968] S.C.R. 462, aff'g [1968] 2 C.C.C. 50; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256; *Guimond v. The Queen*,

clage des produits de la criminalité, alors que l'accusation de tentative se limitait à la tentative de recycler l'argent qui aurait été fourni par les autorités lors d'une opération d'infiltration.

## (2) Le pourvoi incident

Une nouvelle audience n'est pas justifiée en l'espèce. Le rôle du juge d'extradition est modeste car limité à déterminer si la preuve est suffisante ou non pour justifier l'incarcération du fugitif en vue de son extradition. L'audience d'extradition doit être un processus accéléré, conçu pour maintenir les dépenses à leur niveau le plus bas et pour garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada. L'audience doit respecter les principes de justice fondamentale, mais il ne s'ensuit pas que le fugitif a nécessairement droit à la communication la plus complète possible. Les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* varient selon le contexte de la procédure dans le cadre de laquelle ils sont soulevés. Les règles régissant la procédure dans une audience d'extradition sont nécessairement moins complexes et moins détaillées que dans une enquête préliminaire ou un procès en droit interne. Puisque D a obtenu une communication complète des éléments invoqués à l'appui de la preuve *prima facie* présentée contre lui, aucune communication additionnelle n'était nécessaire. L'instance ne soulève aucune question ayant trait à la *Charte* susceptible d'être tranchée par les tribunaux puisque la preuve fournie par l'État requérant comportait suffisamment de renseignements pour mener à la conclusion que la preuve a été recueillie entièrement aux États-Unis, par des fonctionnaires américains, en vue d'un procès devant se dérouler aux États-Unis.

## Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

**Arrêt non suivi:** *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654; **arrêts mentionnés:** *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238; *Irwin c. The Queen*, [1968] R.C.S. 462, conf. [1968] 2 C.C.C. 50; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256;

[1979] 1 S.C.R. 960; *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *R. v. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334; *R. v. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930 (QL); *R. v. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257; *R. v. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Philippines (Republic) v. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Major J.

**Referred to:** *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *People v. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Streu*, [1989] 1 S.C.R. 1521; *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. v. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497.

### Statutes and Regulations Cited

Bill C-17, *Criminal Law Improvement Act, 1996*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24, 32.  
*Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47, ss. 1, 5.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24, 27, 163(2)(a), 181, 196(4)(a) [rep. & sub. 1993, c. 40, s. 14(3)], 300, 354(1), 462.31(1) [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 2], 465(1), 495(1)(a).  
*Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 3, 9(3) [ad. 1992, c. 13, s. 2], 13, 14, 15, 16, 18(1)(b), (2), 19(b).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(3).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(1), 19.2(1) [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 12].  
*N.Y. Penal Law* § 110.10 (Consol. 1984).  
*United States Code*, Title 18, §§ 371, 1956(a)(3).

*Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960; *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *R. c. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334; *R. c. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930 (QL); *R. c. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257; *R. c. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Philippines (Republic) c. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980; *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109; *People c. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Streu*, [1989] 1 R.C.S. 1521; *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171; *R. c. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 24, 32.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24, 27, 163(2)a, 181, 196(4)a [abr. & rempl. 1993, ch. 40, art. 14(3)], 300, 354(1), 462.31(1) [aj. ch. 42 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 2], 465(1), 495(1)a).  
*Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47, art. 1, 5.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(3).  
*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 3, 9(3) [aj. 1992, ch. 13, art. 2], 13, 14, 15, 16, 18(1)b), (2), 19b).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1), 19.2(1) [aj. ch. 42 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 12].  
*N.Y. Penal Law* § 110.10 (Consol. 1984).  
 Projet de loi C-17, *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ., 1996.  
*United States Code*, Title 18, §§ 371, 1956(a)(3).

**Authors Cited**

- Brown, Barry. "«Th' attempt, and not the deed, Confounds us»: Section 24 and Impossible Attempts" (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Meehan, Eugene M. A. "Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale" (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Rainville, Pierre. "La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative" (1996), 37 *C. de D.* 909.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. "Attempting the Impossible — A Reply" (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49.
- Williams, Glanville. *Criminal Law — The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Williams, Glanville. "The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*", [1986] *Cambridge L.J.* 33.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271, allowing the respondent's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1994] O.J. No. 3940 (QL), committing him for extradition and his application for judicial review of the Minister of Justice's decision to order his surrender. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*Robert W. Hubbard and Croft Michaelson*, for the appellants.

**Doctrine citée**

- Brown, Barry. ««Th' attempt, and not the deed, Confounds us»: Section 24 and Impossible Attempts» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 45. *La responsabilité secondaire: complicité et infractions inchoatives*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Meehan, Eugene M. A. «Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Rainville, Pierre. «La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative» (1996), 37 *C. de D.* 909.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. «Attempting the Impossible — A Reply» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49.
- Williams, Glanville. *Criminal Law — The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Williams, Glanville. «The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1994] O.J. No. 3940 (QL), ordonnant son incarcération en vue de son extradition, ainsi que sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice d'ordonner son extradition. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*Robert W. Hubbard et Croft Michaelson*, pour les appelants.

*Frank Addario*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — The issue in this appeal is whether the respondent's conduct in the United States would constitute a crime if carried out in this country, thereby meeting the requirement of "double criminality" which is the precondition for the surrender of a Canadian fugitive for trial in a foreign jurisdiction. This issue requires the Court to consider the scope of the liability for attempted offences and conspiracy under Canadian criminal law, specifically, whether impossibility constitutes a defence to a charge of attempt or conspiracy in Canada.

The issue to be determined on the respondent's cross-appeal is whether, in order to receive a fair committal hearing, he was entitled to full disclosure of all materials gathered in the course of the investigation which are in the possession of the Requesting State or the Canadian authorities. Specifically, the Court is asked to decide if he was entitled to receive disclosure of information regarding the involvement of the Canadian authorities in the investigation with a view to establishing a violation of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

#### I. Facts

Arye Dynar, a Canadian citizen, was the subject of a failed "sting" operation attempted by the Federal Bureau of Investigation in the United States. Mr. Dynar was indicted together with Maurice Cohen, who is also a Canadian citizen, in the United States District Court of Nevada. The United States indictment charged both Mr. Dynar and Mr. Cohen with one count of attempting to launder money in violation of Title 18, *United States Code*, § 1956(a)(3), and one count of conspiracy to violate Title 18, *United States Code*, § 1956(a)(3), contrary to Title 18, *United States Code*, § 371. The Government of the United States

*Frank Addario*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la conduite de l'intimé aux États-Unis constituerait un crime si elle avait eu lieu au Canada, de manière à satisfaire à l'exigence de la «double incrimination» qui est une condition préalable à l'extradition d'un fugitif canadien en vue de son procès à l'étranger. La Cour doit examiner l'étendue de la responsabilité en matière de tentative et de complot en droit pénal canadien et elle doit décider plus particulièrement si l'impossibilité constitue un moyen de défense contre une accusation de tentative ou de complot au Canada.

Le pourvoi incident de l'intimé soulève la question de savoir si, pour garantir le caractère équitable de l'audience tenue relativement à son incarcération, il fallait lui reconnaître le droit à la communication de tous les éléments recueillis pendant l'enquête et en la possession de l'État requérant ou des autorités canadiennes. Plus précisément, on demande à la Cour de décider s'il avait droit à la communication de l'information relative à la participation des autorités canadiennes à l'enquête afin d'établir qu'il y a eu violation de ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

#### I. Les faits

Le citoyen canadien Arye Dynar a été l'objet d'une opération d'infiltration menée sans succès par un agent du Federal Bureau of Investigation des États-Unis. M. Dynar a été mis en accusation avec Maurice Cohen, également citoyen canadien, devant la cour de district des États-Unis du Nevada. L'acte d'accusation américain comportait, à la fois contre M. Dynar et contre M. Cohen, un chef de tentative de recyclage des produits de la criminalité en contravention du par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code*, et un chef de complot en vue d'enfreindre le par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code* en contravention de

1

2

3

requested their extradition by Diplomatic Note dated November 30, 1992. This appeal relates to the request for the extradition of Mr. Dynar.

4 The events that formed the basis of the indictment began with a telephone call placed on January 2, 1990, from Canada, by Mr. Dynar to a former associate, Lucky Simone, who was living in Nevada. The call was apparently made to seek investors for a business operation in the United States. Lucky Simone had, unbeknownst to Mr. Dynar, become a confidential informant working for FBI agent William Matthews. He informed Agent Matthews of Mr. Dynar's call, and Agent Matthews requested that Mr. Simone return the call. Mr. Simone gave his consent for Agent Matthews to record the conversation.

5 Affidavit evidence filed by the Requesting State indicates that, during the 1980s, Mr. Dynar was the subject of investigations in the United States pertaining to the laundering of substantial amounts of money originating in the State of Nevada. Agent Matthews' involvement in the investigation of Mr. Dynar's activities began in 1988. When Mr. Dynar made contact with Lucky Simone in 1990, Agent Matthews deposed that he decided to determine whether or not Mr. Dynar was still involved in laundering money which was the proceeds of crime. He had Mr. Simone introduce a second confidential informant, known as "Anthony", to Mr. Dynar. Anthony was instructed to ask if Mr. Dynar would be willing to launder large sums obtained as a result of illegal trafficking. When asked, Mr. Dynar agreed with alacrity to launder money for Anthony.

6 A great many conversations between the two men were recorded over the course of some months. On all of these occasions, Anthony was in Las Vegas, Nevada and Mr. Dynar was in Canada. Eventually, Mr. Dynar and Anthony arranged an initial meeting. The meeting was purportedly to allow Anthony to give money to Mr. Dynar for laundering as a first step towards developing a relationship in which Mr. Dynar would regularly

l'art. 371 du titre 18 du *United States Code*. Le gouvernement des États-Unis a demandé leur extradition par note diplomatique en date du 30 novembre 1992. Le présent pourvoi se rapporte à la demande présentée pour l'extradition de M. Dynar.

Les événements à l'origine de la mise en accusation ont débuté par l'appel téléphonique que M. Dynar a fait le 2 janvier 1990, du Canada, à Lucky Simone, un ancien associé qui vivait au Nevada. M. Dynar était apparemment à la recherche d'investisseurs pour une opération commerciale aux États-Unis. Lucky Simone était devenu, à l'insu de M. Dynar, informateur de l'agent William Matthews du FBI. Mis au courant de l'appel de M. Dynar, l'agent Matthews a demandé à M. Simone de rappeler M. Dynar. M. Simone a consenti à ce que l'agent Matthews enregistre la conversation.

Selon la preuve par affidavit présentée par l'État requérant, au cours des années 80, M. Dynar avait été l'objet d'enquêtes aux États-Unis relativement au recyclage de grosses sommes d'argent provenant du Nevada. La participation de l'agent Matthews à l'enquête sur les activités de M. Dynar a débuté en 1988. L'agent Matthews a témoigné que, lorsque M. Dynar a pris contact avec Lucky Simone en 1990, il a décidé de chercher à savoir si M. Dynar était toujours mêlé au recyclage des produits de la criminalité. Il a demandé à M. Simone de présenter à M. Dynar un autre informateur appelé «Anthony». Anthony devait demander à M. Dynar s'il accepterait de recycler de grosses sommes provenant d'un trafic illicite. M. Dynar a accepté avec empressement la demande d'Anthony.

Un très grand nombre de conversations entre les deux hommes ont été enregistrées au fil de quelques mois. À chaque fois, Anthony était à Las Vegas, au Nevada, et M. Dynar était au Canada. M. Dynar et Anthony ont finalement convenu d'une première rencontre. Elle devait permettre à Anthony de confier l'argent à recycler à M. Dynar, et amorcer une collaboration dans le cadre de laquelle M. Dynar devait recycler régulièrement de

launder money for him. During several of the conversations, it was made clear that the money to be laundered was “drug money”. Mr. Dynar insisted more than once that the amounts had to be large in order to make his efforts worthwhile. The conversations also disclosed that Mr. Dynar had an associate named “Moe”, who was subsequently identified as Maurice Cohen. Agent Matthews recorded all of the conversations in Las Vegas pursuant to the applicable law of the United States, which only requires the consent of one party for the lawful interception of the conversation. Special Agent Charles Pine of the Internal Revenue Service (IRS) was able to identify the voice of Maurice Cohen in the background of several of the conversations.

The initial plan of the American authorities was to set up the transfer of funds to Mr. Dynar in the United States. However, Mr. Dynar believed that he was the subject of a sealed indictment in the United States charging him with laundering very large sums of money and that if he travelled to that country, he would be arrested. It was accordingly agreed that Mr. Dynar’s associate, Maurice Cohen, would meet Anthony’s associate in Buffalo. Mr. Cohen was to take the money to Toronto where it would be laundered by Mr. Dynar. It would then be taken back to Buffalo by Mr. Cohen on the following day, after a commission for Mr. Dynar had been deducted.

In Buffalo, Mr. Cohen met with Special Agent Dennis McCarthy of the IRS, who was posing as Anthony’s associate. The conversations that took place between them in preparation for the transfer of funds were recorded by Agent McCarthy. They contain several statements to the effect that Mr. Cohen was working for Mr. Dynar, as well as some explanations of the logistics of the laundering scheme. In the end, however, the money was not transferred to Mr. Cohen. The FBI aborted the operation by pretending to arrest Agent McCarthy just prior to the transfer of the money. Mr. Cohen was allowed to return to Canada.

A committal hearing under s. 13 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, was held before Keenan J. of the Ontario Court (General Division).

l’argent pour Anthony. Au cours de plusieurs de ces conversations, il a été clairement dit que l’argent à recycler provenait du trafic de stupéfiants. M. Dynar a insisté plus d’une fois pour que ce soit de grosses sommes afin que cela en vaille la peine. Les conversations ont aussi révélé que M. Dynar avait un associé appelé «Moe», qui a par la suite été identifié comme étant Maurice Cohen. L’agent Matthews a enregistré toutes les conversations à Las Vegas conformément aux règles de droit applicables aux États-Unis où le consentement d’un seul interlocuteur suffit pour que l’interception soit légale. L’agent spécial Charles Pine, de l’Internal Revenue Service (IRS), a pu reconnaître la voix de Maurice Cohen en fond sonore de plusieurs des conversations.

Les autorités américaines avaient d’abord prévu que la remise des fonds à M. Dynar se ferait aux États-Unis. Mais M. Dynar croyait qu’il était l’objet d’un acte d’accusation sous pli scellé aux États-Unis, eu égard au recyclage de très grosses sommes d’argent, et que, s’il se rendait dans ce pays, il serait arrêté. Il a donc été convenu que l’associé de M. Dynar, Maurice Cohen, rencontrerait l’associé d’Anthony à Buffalo. M. Cohen devait apporter l’argent à Toronto, où M. Dynar devait le recycler. L’argent devait ensuite être rapporté à Buffalo par M. Cohen le jour suivant, après déduction de la commission versée à M. Dynar.

À Buffalo, M. Cohen a rencontré l’agent spécial Dennis McCarthy de l’IRS, qui s’est fait passer pour l’associé d’Anthony. Les conversations qui ont eu lieu entre eux en préparation de la remise des fonds ont été enregistrées par l’agent McCarthy. Elles comportent plusieurs affirmations selon lesquelles M. Cohen travaillait pour M. Dynar, de même que des explications sur l’organisation matérielle du recyclage d’argent. Finalement, l’argent n’a pas été remis à M. Cohen. Le FBI a interrompu l’opération en faisant semblant d’arrêter l’agent McCarthy juste avant la remise des fonds. Monsieur Cohen a été autorisé à rentrer au Canada.

L’audience relative à l’incarcération, prévue à l’art. 13 de la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, a été tenue devant le juge Keenan de la

7

8

9

In support of the request for extradition of Mr. Dynar and Mr. Cohen, the United States as the Requesting State relied upon affidavits from the investigating officers and transcripts of the recorded telephone conversations. This evidence formed the basis for the decision to commit Mr. Dynar for extradition.

Cour de l'Ontario (Division générale). Au soutien de la demande d'extradition de MM. Dynar et Cohen, les États-Unis, à titre d'État requérant, ont présenté les affidavits des enquêteurs et les transcriptions des enregistrements des conversations téléphoniques. La décision d'incarcérer M. Dynar en vue de son extradition est fondée sur cette preuve.

10 Keenan J. proceeded on the assumption that there was no involvement by Canadian authorities in the investigation and he was therefore highly critical of the conduct of the United States authorities in carrying out the investigation. It subsequently became clear that the Canadian authorities had indeed been consulted and informed regarding the various stages of the investigation. A memo from a U.S. federal government lawyer received by the Canadian Department of Justice in response to Keenan J.'s decision indicated that a formal cooperative arrangement was in place in which information was exchanged between United States and Canadian authorities regarding Mr. Dynar's activities.

Présumant qu'il n'y avait eu aucune participation des autorités canadiennes à l'enquête, le juge Keenan a réprouvé la conduite de l'enquête par les autorités américaines. Par la suite, il est devenu évident que les autorités canadiennes avaient bien été consultées et informées au sujet des diverses étapes de l'enquête. Une lettre envoyée par un avocat du gouvernement fédéral américain au ministre de la Justice du Canada en réaction à la décision du juge Keenan indique que des mesures de coopération avaient été prises officiellement et avaient permis l'échange d'informations entre les autorités américaines et les autorités canadiennes au sujet des agissements de M. Dynar.

11 Mr. Dynar's counsel complained of the lack of disclosure of the Canadian involvement in the investigation to the Minister of Justice in written submissions that were made prior to the Minister's decision to surrender Mr. Dynar. Mr. Dynar's counsel also attempted on two occasions to obtain full disclosure from the Minister of materials showing the course of dealings between the Canadian and American authorities. This disclosure was refused on both occasions on the basis that the Department of Justice did not possess the requested information, and in any event, that such disclosure was not appropriate in the extradition context. In his submissions to the Minister, Mr. Dynar's counsel also invoked compassionate grounds related to some of Mr. Dynar's health problems, and argued that Mr. Dynar should be prosecuted in Canada. All of these submissions were rejected by the Minister, who refused Mr. Dynar's request to re-open the extradition hearing, and ordered his surrender for prosecution in the United States.

Dans des observations écrites adressées au ministre de la Justice avant qu'il ne décide d'extrader M. Dynar, l'avocat de M. Dynar s'est plaint du fait que la participation canadienne à l'enquête n'avait pas été divulguée. Il a aussi, à deux reprises, tenté d'obtenir du ministre la communication complète des documents rendant compte des rapports entre les autorités canadiennes et les autorités américaines. Dans les deux cas, la communication a été refusée pour le motif que le ministère de la Justice ne possédait pas l'information demandée et que, de toute façon, il n'y avait pas lieu de l'accorder dans le contexte de l'extradition. Dans les observations présentées au ministre, l'avocat de M. Dynar a aussi invoqué des motifs humanitaires liés à certains problèmes de santé de M. Dynar et il a soutenu que M. Dynar devrait être poursuivi au Canada. Toutes ces observations ont été écartées par le ministre, qui a refusé de reprendre l'audience d'extradition à la demande de M. Dynar et a ordonné qu'il soit extradé en vue de son procès aux États-Unis.

Mr. Dynar appealed to the Ontario Court of Appeal from Keenan J.'s committal decision, and sought judicial review of the Minister's decision to order his surrender. Galligan J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and the application for judicial review on the basis that the activities of Mr. Dynar would not constitute a criminal offence in Canada, even though they did constitute an offence under the applicable United States law: (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271. Mr. Dynar was therefore discharged.

The Minister of Justice and the United States have appealed Mr. Dynar's discharge and Mr. Dynar has brought a cross-appeal.

## II. Applicable Legislation

The relevant statutory provisions are not the United States provisions under which Mr. Dynar has been indicted, but the provisions of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. It is these enactments which will determine whether the conduct of Mr. Dynar in the United States would constitute offences in this country. See *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475.

The *Criminal Code* provision that establishes the substantive "money laundering" offence is:

**462.31** (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated drug offence; or

M. Dynar a formé un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario contre la décision du juge Keenan de l'incarcérer, et il a demandé le contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner son extradition. Le juge Galligan, au nom de la cour unanime, a accueilli l'appel et la demande de contrôle judiciaire pour le motif que les agissements de M. Dynar ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada, même s'ils étaient incriminés en vertu du droit applicable aux États-Unis: (1995), 25 O.R. (3d) 559, 85 O.A.C. 9, 101 C.C.C. (3d) 271. M. Dynar a donc été libéré.

Le ministre de la Justice et les États-Unis ont interjeté appel de la libération de M. Dynar, et ce dernier a formé un pourvoi incident.

## II. Législation applicable

Les dispositions applicables ne sont pas les dispositions américaines en vertu desquelles M. Dynar a été mis en accusation, mais les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Ce sont ces dispositions qui déterminent si les agissements de M. Dynar aux États-Unis constituaient des infractions au Canada; voir l'arrêt *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475.

La disposition du *Code criminel* qui crée l'infraction matérielle précise de «recyclage des produits de la criminalité» est libellée de la façon suivante:

**462.31** (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée en matière de drogue;

12

13

14

15

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated drug offence.

16

A similar offence is contained in the *Narcotic Control Act*:

**19.2** (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an offence under section 4, 5 or 6; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an offence under section 4, 5, or 6.

17

The relevant provisions of the *Criminal Code* which provide criminal liability for attempt and conspiracy are:

**24.** (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

**465.** (1) Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of conspiracy:

(c) every one who conspires with any one to commit an indictable offence not provided for in paragraph (a) or (b) is guilty of an indictable offence and liable to the same punishment as that to which an accused who is guilty of that offence would, on conviction, be liable;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée en matière de drogue.

*La Loi sur les stupéfiants* prévoit une infraction semblable:

**19.2** (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction prévue aux articles 4, 5 ou 6;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada et qui, au Canada, aurait constitué une telle infraction.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à la responsabilité pénale en matière de tentative et de complot sont les suivantes:

**24.** (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

**465.** (1) Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots:

c) quiconque complotte avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a) ou b) est coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction;

Finally, the role of the extradition judge in a committal hearing is provided for under the *Extradition Act*, as amended by S.C. 1992, c. 13. In particular, the following provisions are relevant to this appeal:

9. . . .

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

13. The fugitive referred to in section 12 shall be brought before a judge, who shall, subject to this Part, hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

18. (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

. . . .

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada.

### III. Judgments Below

A. *Ontario Court of Justice (General Division)*, [1994] O.J. No. 3940 (QL)

Keenan J. held that the wiretap evidence “if legally admissible, is sufficient evidence upon which a properly instructed jury could find that Dynar and Cohen had agreed to engage in a scheme to launder illicit funds and that Cohen’s meeting with McCarthy in Buffalo was an act in furtherance of that conspiracy” (para. 3). He was also of the view that the conduct of Dynar and Cohen could constitute the offence of attempt to launder proceeds of crime.

Finalement, la *Loi sur l’extradition*, modifiée par L.C. 1992, ch. 13, détermine le rôle du juge d’extradition à l’audience relative à l’incarcération. Les dispositions suivantes sont particulièrement pertinentes dans le présent pourvoi:

9. . . .

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu’il a en cette qualité, dans l’exercice des fonctions qu’il est tenu d’accomplir en appliquant la présente loi.

13. Le fugitif doit comparaître devant un juge; l’audition se déroule, dans la mesure du possible et sous réserve des autres dispositions de la présente partie, comme s’il comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada.

18. (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarcération du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l’État étranger ou sa libération conformément à la loi:

. . . .

b) dans le cas où le fugitif n’est qu’accusé d’un crime donnant lieu à l’extradition, lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

### III. Juridictions inférieures

A. *La Cour de justice de l’Ontario (Division générale)*, [1994] O.J. No. 3940 (QL)

Le juge Keenan a décidé que la preuve recueillie par écoute électronique, [TRADUCTION] «si elle est admissible, suffit pour qu’un jury qui a reçu des directives appropriées conclu que Dynar et Cohen avaient convenu de participer à l’exécution d’un projet de recyclage de fonds obtenus illicitement et que la rencontre de Cohen avec McCarthy à Buffalo était un acte accompli en vue de la réalisation de ce complot» (par. 3). Il était aussi d’avis que les agissements de M. Dynar et de M. Cohen pouvaient constituer l’infraction de tentative de recyclage des produits de la criminalité.

20

Keenan J. noted that the wiretap interceptions were made “without reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed” (para. 5). The interceptions were part of a “sting” operation and the money laundering scheme did not exist. He noted that, if the judicial authorization for the wiretap had been sought in Canada, it would have been refused. However, *Charter* relief was not available because the infringement was not the result of Canadian state action, and did not involve the cooperation of the Canadian authorities. He held that the mere fact that the evidence was used in Canadian extradition proceedings did not engage the *Charter*.

Le juge Keenan a fait remarquer que l’interception des conversations au moyen de l’écoute électronique avait été faite [TRADUCTION] «sans motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction avait été commise» (par. 5). L’interception faisait partie d’une opération d’infiltration et il n’y avait pas de projet de recyclage d’argent. Il a noté que, si l’autorisation judiciaire de faire l’écoute électronique avait été demandée au Canada, elle n’aurait pas été obtenue. Par ailleurs, on ne pouvait exercer un recours fondé sur la *Charte*, parce que l’atteinte ne résultait pas de l’action de l’État canadien et que les autorités canadiennes n’y avaient pas collaboré. Il a conclu que le simple fait que la preuve ait été utilisée dans des procédures d’extradition canadiennes n’entraînait pas l’application de la *Charte*.

21

Keenan J. stated that the 1992 amendments to the *Extradition Act* were intended to overcome problems of delays and multiplicity of proceedings in extradition matters. Section 9(3) of the *Extradition Act* removes the necessity for a fugitive in an extradition proceeding to seek *Charter* relief by way of an application for *habeas corpus*. The extradition judge, as a superior court judge, is a “court of competent jurisdiction” for the purposes of s. 24 of the *Charter*. But the provision restricts the power of the extradition judge to grant any such relief to the functions the judge performs under the Act. As a result, Keenan J. was of the view that the availability of *Charter* relief in a committal proceeding is limited to infringements that directly affect the hearing and the procedures set out in the Act, and may also include questions of unreasonable delay. However since no *Charter* violation had been committed by a Canadian government actor, it was not necessary to explore the scope of available *Charter* relief under s. 9(3).

Le juge Keenan a affirmé que les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l’extradition* visaient à résoudre le problème des retards et de la multiplicité des procédures en matière d’extradition. Le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l’extradition* supprime l’obligation faite au fugitif dans une instance d’extradition de présenter une demande d’*habeas corpus* pour obtenir une réparation fondée sur la *Charte*. Le juge d’extradition, à titre de juge d’une cour supérieure, est un «tribunal compétent» pour l’application de l’art. 24 de la *Charte*. Mais la disposition limite le pouvoir du juge d’extradition d’accorder cette réparation aux fonctions que le juge exerce en vertu de la Loi. Par conséquent, le juge Keenan était d’avis que la possibilité de demander une réparation fondée sur la *Charte* dans une procédure relative à l’incarcération est limitée aux atteintes qui affectent directement l’audience et les procédures établies par la Loi, et peut aussi inclure les retards abusifs. Cependant, étant donné qu’aucun représentant du gouvernement canadien n’avait enfreint la *Charte*, il n’était pas nécessaire d’examiner l’étendue des réparations fondées sur la *Charte* admises sous le régime du par. 9(3).

22

Keenan J. acknowledged that the role of the extradition judge under the *Extradition Act* is a modest one. It is limited to examining the evidence submitted to ensure that it complies with the Act,

Le juge Keenan a reconnu que le rôle dévolu au juge d’extradition sous le régime de la *Loi sur l’extradition* est modeste. Il se limite à l’examen de la preuve produite pour s’assurer qu’elle est con-

and that it is sufficient to disclose conduct which would constitute an offence if it had been carried out in Canada. Although the evidence in the case at bar did meet this test, Keenan J. felt it necessary to comment on the method by which the evidence had been gathered by the Requesting State as part of his reporting function under s. 19(b) of the *Extradition Act*.

In his report to the Minister of Justice, Keenan J. was critical of the conduct of the American authorities. He characterized their actions in investigating Mr. Dynar as a cross-border “fishing expedition” that showed lack of respect for Canadian sovereignty. He condemned the FBI for failing to make use of mutual legal assistance treaties to request Canadian assistance in gathering evidence in Canada, and concluded that “[w]hether deliberately or inadvertently, the F.B.I. agents ignored the principles of international comity and treated Canada as a part of their own jurisdiction for gathering evidence” (para. 30). He expressed the opinion that Agent Matthews did not have reasonable grounds for believing that an offence was being or would be committed.

Nonetheless, Keenan J. thought that all requirements for Mr. Dynar’s extradition had been properly fulfilled and issued a warrant of committal for him.

#### B. *Minister of Justice*

The Minister of Justice wrote to counsel for Mr. Dynar, indicating that although the extent of the involvement of Canadian law enforcement officials in the investigation had not been disclosed prior to the committal hearing, he was not persuaded that the hearing should be re-opened. Although Keenan J. commented on the lack of Canadian involvement in his reasons for committal, “this did not form the basis for his decision that the Charter did not apply to the evidence gathering process of the American authorities in this case”.

forme aux exigences de la Loi et qu’elle suffit pour révéler une conduite qui constituerait une infraction si elle avait eu lieu au Canada. Bien que la preuve en l’espèce satisfaisait à ce critère, le juge Keenan a cru nécessaire de faire des commentaires, dans le cadre de son obligation de présenter un rapport en vertu de l’al. 19b) de la *Loi sur l’extradition*, sur la méthode utilisée par l’État requérant pour recueillir cette preuve.

Dans son rapport au ministre de la Justice, le juge Keenan s’est montré sévère à l’égard de la conduite des autorités américaines. Il a qualifié leur action dans l’enquête sur M. Dynar de «recherche à l’aveuglette» transfrontalière qui dénote un manque de respect pour la souveraineté du Canada. Il a condamné le FBI pour n’avoir pas invoqué les traités d’entraide judiciaire afin d’obtenir l’aide du Canada pour recueillir des éléments de preuve au Canada, et il a conclu que [TRADUCTION] «[d]élibérément ou accidentellement, les agents du FBI ont fait fi de la courtoisie entre nations et ont agi comme si le Canada relevait de leur compétence à des fins de recherche de la preuve» (par. 30). Il s’est dit d’avis que l’agent Matthews n’avait pas de motifs raisonnables de croire qu’une infraction était en train d’être commise ou le serait.

Néanmoins, le juge Keenan a conclu que toutes les conditions pour l’extradition de M. Dynar avaient été remplies et il a décerné un mandat de dépôt contre lui.

#### B. *Le ministre de la Justice*

Le ministre de la Justice a écrit à l’avocat de M. Dynar pour lui faire savoir que, bien que la participation des agents canadiens à l’enquête n’ait pas été divulguée préalablement à l’audience relative à l’incarcération, il n’était pas convaincu qu’il y avait lieu de rouvrir les débats. Bien que le juge Keenan ait fait des remarques, dans les motifs de la décision portant incarcération, sur l’absence de participation du Canada, [TRADUCTION] «cela ne constituait pas le fondement de sa conclusion voulant que la Charte ne s’applique pas au processus de recherche et de découverte de la preuve des autorités américaines en l’espèce».

23

24

25

- 26 The Minister stressed the fact that the investigations were conducted in the United States, and that Mr. Dynar's conversations were intercepted there. As a result, he was of the view that s. 24(2) of the *Charter* could not be applied to exclude the evidence gathered in the United States. Although he recognized that his decision to surrender Mr. Dynar must comply with the *Charter*, and that extradition in certain circumstances may violate the principles of fundamental justice, he concluded that there was nothing about Mr. Dynar's case that would render his surrender unacceptable or oppressive.
- Le ministre a souligné que les enquêtes avaient été menées aux États-Unis et que c'est dans ce pays que les conversations de M. Dynar avaient été interceptées. Par conséquent, il était d'avis que le par. 24(2) de la *Charte* ne pouvait être appliqué de manière à écarter les éléments de preuve recueillis aux États-Unis. Bien qu'il ait convenu que sa décision d'extrader M. Dynar devait être conforme aux dispositions de la *Charte*, et que l'extradition dans certaines circonstances puisse violer les principes de justice fondamentale, il a conclu qu'aucun des éléments du dossier de M. Dynar ne rendait son extradition inacceptable ou abusive.
- 27 The Minister rejected Mr. Dynar's counsel's submissions that Mr. Dynar's age and health justified a refusal of surrender. Nothing indicated that Mr. Dynar was unfit for trial, and there was no evidence that extradition would aggravate his medical condition. Furthermore, if treatment was required it would be available in the United States.
- Le ministre a rejeté l'allégation de l'avocat de M. Dynar selon laquelle l'âge et la santé de M. Dynar justifiaient le rejet de la demande d'extradition. Rien n'indiquait que M. Dynar était incapable de subir son procès, et aucune preuve n'a été présentée quant à une aggravation possible de son état de santé s'il était extradé. De plus, si un traitement était requis, il serait disponible aux États-Unis.
- 28 The Minister signed the warrants of surrender for Mr. Dynar.
- Le ministre a signé les mandats d'extradition de M. Dynar.
- C. *Ontario Court of Appeal* (1995), 25 O.R. (3d) 559
- C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 25 O.R. (3d) 559
- 29 Galligan J.A. set out the issue presented by this case. United States law allows conviction of persons caught in money-laundering "sting" operations, but Canadian law does not. In particular, the Canadian offence of money-laundering requires not only that the money must be the actual proceeds of crime, but also that the accused have knowledge of that fact. The American offence is complete if the person acts on a representation that the property is the proceeds of crime. The money does not have to be the proceeds of crime, and no actual knowledge is required.
- Le juge Galligan a énoncé la question soulevée en l'espèce. Le droit américain permet la condamnation des personnes impliquées dans le recyclage d'argent au terme d'une opération d'infiltration policière, mais le droit canadien ne le permet pas. Plus particulièrement, la constitution de l'infraction canadienne de recyclage des produits de la criminalité exige non seulement que l'argent recyclé soit effectivement le produit de la criminalité, mais aussi que l'accusé l'ait su. L'infraction américaine est consommée dès que la personne passe à l'action après avoir été informée que le bien est le produit de la criminalité. Il n'est pas nécessaire que l'argent soit effectivement le produit de la criminalité et la connaissance véritable des faits n'est pas nécessaire.
- 30 Galligan J.A. recognized that the test for establishing an extradition crime is conduct-based.
- Le juge Galligan a reconnu que le critère permettant d'établir s'il y a eu perpétration d'un crime

However since actual knowledge is required for the substantive offences of money laundering under the *Criminal Code* and the *Narcotic Control Act*, he was of the view that "it would be manifestly unjust to use the law relating to attempts and conspiracy to elevate conduct which does not amount to an extradition crime into conduct which does" (p. 567).

Galligan J.A. did not find it necessary to consider the theory of impossible attempts, characterizing the real issue as whether a different mental element can be the basis for the offence of attempt or conspiracy than is required for the substantive offence. In his view, knowledge and belief are discrete states of mind that are not the same for legal purposes. The intention for the offence of attempt must mirror the intention for the corresponding substantive offence. Since knowledge is essential for the substantive offence of money laundering, the offence of attempt to launder money is only made out if the accused intends to deal with money knowing that it is derived from crime.

Furthermore, Galligan J.A. indicated that the essence of a conspiracy under the *Criminal Code* is an agreement to commit an indictable offence. The agreement between Dynar and Cohen was an agreement to deal with money believed to be the proceeds of crime, which is not an offence in Canada. He could not justify the substitution of the mental element of belief for knowledge when the charge is conspiracy to launder money. In the absence of knowledge, the agreement between Dynar and Cohen was not a conspiracy to launder money either under the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act*.

In the result, Galligan J.A. was of the view that the conduct of Mr. Dynar did not constitute an

donnant lieu à l'extradition repose sur la conduite. Cependant, étant donné que le *Code criminel* et la *Loi sur les stupéfiants* font de la connaissance véritable des faits un élément de l'infraction de recyclage des produits de la criminalité, il était d'avis qu' [TRADUCTION] «il serait manifestement injuste de se servir des règles du droit relatives aux tentatives et aux complots pour élever au rang de crime donnant lieu à l'extradition une conduite qui n'est pas de cette nature» (p. 567).

Le juge Galligan a conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre en considération la théorie des tentatives d'infractions impossibles, statuant que la vraie question était de savoir si l'élément moral de l'infraction de tentative ou de complot peut être différent de celui de l'infraction matérielle précise. Selon lui, la connaissance et la croyance sont des états d'esprit distincts en droit. L'intention de l'infraction de tentative doit être le reflet de l'intention de l'infraction matérielle précise correspondante. Étant donné que la connaissance est essentielle à la perpétration de l'infraction de recyclage des produits de la criminalité, la tentative de recyclage des produits de la criminalité ne peut être constituée que si l'accusé a l'intention d'utiliser de l'argent qu'il sait être d'origine criminelle.

En outre, le juge Galligan a indiqué que l'essence d'un complot au sens du *Code criminel* est l'entente en vue de commettre un acte criminel. L'accord conclu entre M. Dynar et M. Cohen était une entente en vue d'utiliser de l'argent qu'ils croyaient être le produit de la criminalité, ce qui ne constitue pas une infraction au Canada. Il ne pouvait pas justifier la substitution de l'élément moral, savoir le remplacement de la connaissance par la croyance, dans le cas d'une accusation de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Faute de connaissance, l'accord conclu entre M. Dynar et M. Cohen n'était pas un complot en vue de recycler des produits de la criminalité en vertu du *Code criminel* ni en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*.

Par conséquent, le juge Galligan était d'avis que la conduite de M. Dynar ne constituait pas une

31

32

33

offence in Canada, and therefore he was not extraditable. Furthermore, since Mr. Dynar should have been discharged under s. 18(2) of the *Extradition Act*, the Minister was not entitled to order his surrender. The appeal from the committal and the application for judicial review of the Minister's surrender decision were therefore allowed, both decisions were set aside and Mr. Dynar was discharged.

infraction au Canada et que ce dernier ne pouvait être extradé. De plus, comme M. Dynar aurait dû être libéré en application du par. 18(2) de la *Loi sur l'extradition*, le ministre n'avait pas le droit d'ordonner son extradition. L'appel formé contre l'incarcération et la demande de contrôle judiciaire de la décision d'extradition prise par le ministre ont donc été accueillis, les deux décisions ont été annulées et M. Dynar a été libéré.

34 Finally, Galligan J.A. disagreed with Keenan J.'s opinion that the American authorities had entrapped Mr. Dynar. He was of the view that there was a basis for reasonable suspicion that an offence was being committed after Mr. Dynar made his first attempt to contact his Las Vegas associate. Furthermore, the American officer did not go beyond providing Mr. Dynar with an opportunity to commit the offence. No improper inducement was offered. Finally, Galligan J.A. found no basis in the evidence for criticizing the conduct of the American investigators. The additional evidence disclosed after the hearing also revealed appropriate respect for Canadian sovereignty and adequate consultation between American and Canadian law enforcement officials.

Finalement, le juge Galligan s'est dit en désaccord avec l'opinion du juge Keenan selon laquelle les autorités américaines avaient piégé M. Dynar. Il était d'avis qu'il y avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction était en train d'être commise après que M. Dynar eut tenté pour la première fois de communiquer avec son associé de Las Vegas. En outre, l'agent américain s'est contenté de fournir à M. Dynar l'occasion de commettre l'infraction. Il n'y a eu aucune incitation indue. Finalement, le juge Galligan a conclu que la preuve ne comportait aucun élément permettant de critiquer la conduite des enquêteurs américains. Les autres éléments de preuve divulgués après l'audience ont révélé le respect voulu pour la souveraineté du Canada et une consultation adéquate des agents américains avec les agents canadiens chargés d'appliquer la loi.

#### IV. Issues

#### IV. Les questions en litige

35 The major issue which arises on the appeal is whether Mr. Dynar's conduct would have amounted to an offence under Canadian law if it had occurred in Canada. This question in turn has two parts: whether an accused who attempts to do the "impossible" may be guilty of attempt and whether an accused who conspires with another to do the impossible may be guilty of conspiracy.

La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les agissements de M. Dynar auraient constitué une infraction en vertu du droit canadien s'ils avaient eu lieu au Canada. Cette question se divise en deux parties: l'accusé qui tente d'accomplir l'«impossible» peut-il être coupable de tentative et l'accusé qui complot avec un tiers en vue d'accomplir l'«impossible» peut-il être coupable de complot?

36 On the cross-appeal the issue presented is whether the Canadian authorities violated Mr. Dynar's constitutionally guaranteed right to a fair hearing by failing to disclose to Mr. Dynar

Quant au pourvoi incident, la question est de savoir si les autorités canadiennes ont porté atteinte au droit de M. Dynar à un procès équitable, lequel est garanti par la Constitution, en ne

details of official Canadian involvement in the U.S. investigation of him.

## V. Analysis

### A. *The Criminality of Mr. Dynar's Conduct Under Canadian Law*

#### (1) Introduction

In our view, Mr. Dynar's conduct would have amounted to a criminal attempt and a criminal conspiracy under Canadian law.

An accused may not be extradited from Canada unless it appears that his conduct, if it had taken place in Canada, would have amounted to a crime under the laws of this country. See *Extradition Act*, s. 18(1)(b). Mr. Dynar resists extradition on the ground that he did nothing that the criminal law of Canada proscribes. The appellants answer that, if Mr. Dynar had done in Canada what he did (telephonically) in the United States, he would have been guilty of the crimes of attempt and conspiracy.

It is clear that, if Mr. Dynar had successfully consummated in Canada a scheme like the one that he embarked upon in the United States, he would not have been guilty of any completed offence known to the law of Canada. The conversion of monies that are believed to be the proceeds of crime but that are not in fact the proceeds of crime was, at the relevant time in the history of this proceeding, not an offence in Canada.

There were two statutory provisions (s. 462.31(1) of the *Criminal Code* and s. 19.2(1) of the *Narcotic Control Act*) under which Canadian authorities might have prosecuted money-laundering schemes like the one that Mr. Dynar attempted to consummate. However, both required that an accused, if he was to be convicted, should have known that the money he converted was the proceeds of crime:

**462.31 (1)** Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or

communiquant pas à M. Dynar des renseignements concernant la participation officielle du Canada à l'enquête que les É.-U. menaient sur lui.

## V. Analyse

### A. *Le caractère criminel des agissements de M. Dynar en droit canadien*

#### (1) Introduction

À notre avis, les agissements de M. Dynar auraient constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien. 37

L'accusé ne peut être extradé du Canada, sauf s'il apparaît que ses agissements, s'ils avaient eu lieu au Canada, auraient constitué un crime en droit canadien; voir la *Loi sur l'extradition*, al. 18(1)(b). M. Dynar s'oppose à son extradition pour le motif qu'il n'a rien fait qui soit prohibé par le droit pénal canadien. Les appelants soutiennent que, si M. Dynar avait fait au Canada ce qu'il a fait (par téléphone) aux États-Unis, il serait coupable des crimes de tentative et de complot. 38

Il est clair que, si M. Dynar avait mis à exécution au Canada, un projet comme celui dans lequel il s'est engagé aux États-Unis, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien. Le recyclage de sommes d'argent que l'on croit être des produits de la criminalité, mais qui dans les faits n'en sont pas, n'était pas, à l'époque en cause dans le présent pourvoi, une infraction au Canada. 39

Deux dispositions législatives (le par. 462.31(1) du *Code criminel* et le par. 19.2(1) de la *Loi sur les stupéfiants*) permettaient aux autorités canadiennes de poursuivre les auteurs de projets de recyclage d'argent du type de celui que M. Dynar a essayé de réaliser. Toutefois, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable, l'une et l'autre nécessitaient que celui-ci ait su que l'argent à convertir était le produit de la criminalité: 40

**462.31 (1)** Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte,

otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of [the commission of a designated offence].

19.2 (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of [the commission of a designated offence]. [Emphasis added.]

41 Because it is not possible to know what is false, no one who converts money that is not in fact the proceeds of crime commits these offences. This is clear from the meaning of the word “know”. In the Western legal tradition, knowledge is defined as true belief: “The word ‘know’ refers exclusively to true knowledge; we are not said to ‘know’ something that is not so” (Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 160).

42 Consistently with Professor Williams’ definition of “knowledge”, this Court has said previously that proof of knowledge requires proof of truth. For example, in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court had to consider the validity of a provision that criminalized the wilful publication of a statement that the publisher knows to be false. The Court interpreted this provision to require a showing by the Crown that the accused published a statement that was in fact false (at p. 747).

43 Other decisions are to a similar effect. In *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171, at p. 177, the Manitoba Court of Appeal declared that “[i]n order for an accused to be found guilty of the offence of receiving . . . goods [knowing them to have been stolen] it is essential the Crown prove

modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l’intention de les cacher ou de les convertir sachant qu’ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement [de la perpétration d’une infraction désignée].

19.2 (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l’intention de les cacher ou de les convertir sachant qu’ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement [de la perpétration d’une infraction désignée]. [Nous soulignons.]

Parce que celui qui «sait» connaît forcément la vérité, nul ne commet ces infractions s’il convertit de l’argent qui n’est pas effectivement le produit de la criminalité. Cette conclusion ressort clairement du sens du mot «savoir». Dans la tradition juridique occidentale, la connaissance s’entend de la croyance conforme à la réalité: [TRADUCTION] «Le mot «savoir» renvoie exclusivement à la connaissance véritable; l’on ne peut affirmer «savoir» sans connaître la vérité» (Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 160).

En accord avec la définition donnée au mot «connaissance» par le professeur Williams, notre Cour a dit précédemment que pour prouver la connaissance, il faut établir la réalité de l’objet «connu». Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, la Cour a examiné la validité d’une disposition incriminant la publication intentionnelle d’une déclaration que l’éditeur savait fausse. La Cour a interprété cette disposition comme exigeant du ministère public la preuve que l’accusé avait publié une déclaration qui était bel et bien fausse (à la p. 747).

D’autres décisions vont dans le même sens. Dans l’arrêt *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171, à la p. 177, la Cour d’appel du Manitoba a déclaré que [TRADUCTION] «[p]our qu’un accusé soit déclaré coupable du recel [. . .] de biens [sachant que ce sont des biens volés], il est essen-

beyond reasonable doubt . . . [t]hat the goods are stolen goods". Twenty-five years later, the same court held, in *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, at p. 307, that the offence of "publishing a defamatory libel known to be false" will be established only upon a showing that the libel actually is false.

The one apparently discordant note was sounded in a decision called *R. v. Irwin*, [1968] 2 C.C.C. 50 (Alta. S.C.A.D.), in which it was held that an accused who sold drugs to an undercover police officer for the stated purpose of helping to procure the miscarriage of a woman was guilty of the offence of "suppl[y]ing . . . a . . . noxious thing . . . knowing that it is intended to be used or employed to procure the miscarriage of a female person". The Appellate Division reached this conclusion even though the undercover police officer did not intend to procure a miscarriage. On appeal, this Court affirmed the decision of the Appellate Division, but on the ground that the words "knowing that it is intended to be used or employed to procure the miscarriage of a female person" referred to the intention of the one selling the noxious thing, not to the intention of the one purchasing it. Because the accused certainly knew his own intention, which was to sell noxious things for the purpose of assisting in the procurement of a miscarriage, the Court held that the knowledge requirement had been satisfied. See *Irwin v. The Queen*, [1968] S.C.R. 462, at p. 465. Thus, *Irwin* is ultimately consistent with the other cases on the meaning of the word "knowing". The Court did not hold in *Irwin* that it is possible to know something that is not the case. It held rather that the accused did know what the statute required him to know, which was his own intention.

As further support for the view that knowledge implies truth, the respondent points to a bill (Bill C-17) that Parliament has introduced to amend the money-laundering provisions to replace the word "knowing" with the words "knowing or believing". This might be taken to suggest that, in the judgment of Parliament, the present money-laun-

tel que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable [. . .] [q]ue les biens sont des biens volés». Vingt-cinq ans plus tard, la même cour a statué, dans l'arrêt *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, à la p. 307, que pour établir la perpétration de l'infraction de «publication d'un libelle diffamatoire que l'on sait être faux», il faut absolument prouver que, de fait, le libelle est faux.

La seule note apparemment discordante est l'arrêt *R. c. Irwin*, [1968] 2 C.C.C. 50 (C.S.D.A. Alb.), où la cour a statué qu'un accusé qui avait vendu de la drogue à un policier en civil, en vue d'aider à provoquer l'avortement d'une femme, était coupable de l'infraction de «fourni[r] [. . .] une [. . .] substance délétère [. . .] sachant qu'elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l'avortement d'une personne du sexe féminin». La Division d'appel a tiré cette conclusion même si le policier en civil n'avait pas l'intention d'obtenir un avortement. En appel, notre Cour a confirmé l'arrêt de la division d'appel, mais pour le motif que les mots «sachant qu'elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l'avortement d'une personne du sexe féminin» renvoyaient à l'intention de la personne qui vendait la substance délétère, non à celle de la personne qui l'achetait. Puisque l'accusé connaissait certainement sa propre intention, qui était de vendre une substance délétère en vue de fournir à quelqu'un les moyens d'obtenir un avortement, la Cour a conclu que l'exigence en matière de connaissance avait été respectée; voir *Irwin c. The Queen*, [1968] R.C.S. 462, à la p. 465. En définitive, l'arrêt *Irwin* est compatible avec les autres décisions portant sur le sens du mot «sachant». La Cour n'a pas conclu dans *Irwin* qu'il était possible de savoir sans connaître la vérité. Elle a plutôt conclu que l'accusé savait bel et bien ce que la loi exigeait qu'il sache, soit sa propre intention.

Toujours à l'appui du point de vue voulant que la connaissance suppose la vérité, l'intimé invoque un projet de loi fédéral (Projet de loi C-17) visant à modifier les dispositions relatives au recyclage des produits de la criminalité de manière à remplacer le mot «sachant» par les mots «sachant ou croyant». Les modifications envisagées pourraient

dering provisions do not contemplate punishment of one who merely believes that he is converting the proceeds of crime. But in our view this argument is misconceived. What legal commentators call “subsequent legislative history” can cast no light on the intention of the enacting Parliament or Legislature. At most, subsequent enactments reveal the interpretation that the present Parliament places upon the work of a predecessor. And, in matters of legal interpretation, it is the judgment of the courts and not the lawmakers that matters. It is for judges to determine what the intention of the enacting Parliament was.

46 Parliament itself recognized as much, when, in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(3), it declared:

The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

Moreover, to consult “subsequent legislative history” as an aid to the interpretation of prior enactments would be to give the subsequent enactments retroactive effect; and, as this Court has often observed, statutes are not to be given retroactive effect except in the clearest of cases:

The situation is completely different with respect to a statute subsequent in time to the facts which gave rise to the action. The construction of prior legislation is then exclusively a matter for the courts. In refraining from giving the new enactment retroactive or declaratory effect, the legislator avoids expressing an opinion on the previous state of the law, leaving it to the courts.

(*Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667.)

47 Because the money that the U.S. undercover agents asked Mr. Dynar to launder was not in fact the proceeds of crime, Mr. Dynar could not possibly have known that it was the proceeds of crime. Therefore, even if he had brought his plan to fruition, he would not have been guilty of any com-

donner à penser que, dans l’esprit du législateur, les dispositions actuelles relatives au recyclage d’argent ne visent pas à punir celui qui croit simplement qu’il convertit les produits de la criminalité. Mais d’après nous, cet argument repose sur une erreur de raisonnement. Ce que les auteurs appellent l’«évolution législative subséquente» ne peut jeter aucune lumière sur l’intention du législateur, qu’il soit fédéral ou provincial. Tout au plus, les modifications législatives révèlent l’interprétation que le législateur actuel donne à l’œuvre d’un prédécesseur. Et, en matière d’interprétation de la loi, c’est le jugement des tribunaux, et non celui des législateurs, qui importe. Il appartient aux juges de déterminer quelle était l’intention du législateur qui a adopté la loi.

Le législateur lui-même l’a admis dans la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, au par. 45(3):

L’abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d’un texte ne constitue pas ni n’implique une déclaration sur l’état antérieur du droit.

De plus, la consultation de l’«évolution législative subséquente» comme aide à l’interprétation de lois antérieures reviendrait à accorder aux lois adoptées subséquemment un effet rétroactif, et, comme notre Cour l’a fait observer à maintes reprises, les lois ne doivent pas être appliquées rétroactivement sauf dans les cas les plus clairs:

La situation est toute autre lorsque l’on est en présence d’une loi subséquente aux faits qui ont donné lieu au litige. La décision sur le sens de la législation antérieure est alors du ressort exclusif des tribunaux. En s’abstenant de donner au texte nouveau l’effet rétroactif ou déclaratoire, le législateur évite de se prononcer sur l’état antérieur du droit et laisse aux tribunaux le soin de le faire.

(*Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 667.)

Étant donné que l’argent que les agents d’infiltration américains ont demandé à M. Dynar de recycler n’était pas réellement le produit de la criminalité, M. Dynar ne pouvait savoir qu’il s’agissait du produit de la criminalité. Par conséquent, même s’il avait pu réaliser son projet, il n’aurait

pleted offence known to Canadian law. But this is not the end of the story.

We conclude that the steps that Mr. Dynar took towards the realization of his plan to launder money would have amounted to a criminal attempt and a criminal conspiracy under Canadian law if the conduct in question had taken place entirely within Canada. We reach our conclusion on the basis of the wording in the applicable provisions of the *Criminal Code* interpreted in the light of the underlying theory of impossible attempts and conspiracies.

## (2) The Law of Attempt

The *Criminal Code* creates the crime of attempt to commit an offence:

**24. (1)** Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence. [Emphasis added.]

On its face, the statute is indifferent about whether or not the attempt might possibly have succeeded. Therefore it would seem, at first blush, not to matter that Mr. Dynar could not possibly have succeeded in laundering money known to be the proceeds of crime. So long as he attempted to do so, he is guilty of a crime.

In our view, s. 24(1) is clear: the crime of attempt consists of an intent to commit the completed offence together with some act more than merely preparatory taken in furtherance of the attempt. This proposition finds support in a long line of authority. See, e.g., *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (Ont. C.A.), at p. 29; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at p. 247; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-26; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 19. In this case, sufficient evidence was produced to show that Mr. Dynar intended to commit the money-laundering offences, and that he took steps more than merely preparatory in order to realize his intention. That is

été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien. Mais ce n'est pas tout.

Nous concluons que les efforts déployés par M. Dynar en vue de la réalisation de son projet de recyclage d'argent auraient constitué une tentative et un complot criminels en droit canadien si tous les agissements en question avaient eu lieu au Canada. Nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur le libellé des dispositions applicables du *Code criminel*, que nous interprétons à la lumière de la théorie sous-jacente des tentatives d'infractions et des complots impossibles.

## (2) Le droit applicable en matière de tentative

Le *Code criminel* incrimine la tentative d'infraction:

**24. (1)** Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre. [Nous soulignons.]

À première vue, le législateur ne s'intéresse pas au résultat. Par conséquent, il importe peu, de prime abord, qu'il soit impossible pour M. Dynar de recycler des sommes d'argent qu'il sait être les produits de la criminalité. Il suffit qu'il ait tenté de le faire pour être coupable d'un crime.

À notre avis, le par. 24(1) est clair: le crime de tentative consiste en l'intention de commettre l'infraction, constituée dans tous ses éléments, jointe à l'accomplissement d'actes dépassant le stade des actes simplement préparatoires à l'infraction. Cette proposition s'appuie sur de nombreuses décisions. Voir, p. ex., *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.), à la p. 29; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, à la p. 247; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2, aux pp. 19 à 26; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au par. 19. En l'espèce, suffisamment d'éléments de preuve ont été produits pour établir que M. Dynar avait l'intention de commettre l'infraction de recyclage des produits de la criminalité et qu'il a pris des moyens, qui ne sont pas simplement des actes préparatoires, pour concrétiser son intention. Cela suffit pour établir qu'il a tenté de

48

49

50

enough to establish that he attempted to launder money contrary to s. 24(1) of the *Criminal Code*.

51 However, the respondent argues that Parliament did not intend by s. 24(1) to criminalize all attempts to do the impossible, but only those attempts that the common law has classified as “factually impossible”. An attempt to do the factually impossible, according to the respondent, is an attempt that runs up against some intervening obstacle and for that reason cannot be completed. The classic example involves a pickpocket who puts his hand into a man’s pocket intending to remove the wallet, only to find that there is no wallet to remove.

52 Traditionally, this sort of impossibility has been contrasted with “legal impossibility”. An attempt to do the legally impossible is, according to those who draw the distinction, an attempt that must fail because, even if it were completed, no crime would have been committed. See Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at pp. 355-56.

53 According to the respondent, the *Criminal Code* criminalizes only attempts to do the factually impossible. An attempt to do the legally impossible, in the absence of an express legislative reference to that variety of impossibility, is not a crime.

54 As support for this interpretation, the respondent offers two arguments. The first is that Parliament based s. 24(1) on an English provision whose purpose was to overrule a decision of the House of Lords that had made factual impossibility a defence. See Barry Brown, “‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us’: Section 24 and Impossible Attempts” (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225, at pp. 228-29. On the strength of this argument, the New Zealand Court of Appeal accepted that New Zealand’s equivalent to s. 24(1) criminalizes attempts whose completion is factually impossible but not those whose completion is legally impossible. See *R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980 (C.A.), at pp. 984 and 988.

recycler des produits de la criminalité en contravention du par. 24(1) du *Code criminel*.

Cependant, l’intimé soutient que le législateur n’avait pas l’intention, par l’adoption du par. 24(1), d’incriminer toutes les tentatives d’infractions impossibles, mais seulement celles que la common law a rangées dans la catégorie des «impossibilités de fait». Selon l’intimé, en cas d’impossibilité de fait, le projet criminel se heurte à un obstacle et pour cette raison, il échoue. Le voleur à la tire qui plonge la main dans la poche d’un passant avec l’intention d’en retirer le porte-monnaie et découvre que la poche est vide, en est l’exemple typique.

Traditionnellement, ce genre d’impossibilité a été opposée à l’«impossibilité de droit». Selon ceux qui font cette distinction, dans ce cas, le projet criminel ne peut réussir car même si son exécution est achevée, aucun crime n’a été commis; voir Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), aux pp. 355 et 356.

Selon l’intimé, le *Code criminel* ne réprime les tentatives d’infractions impossibles que dans les cas d’impossibilités de fait. La tentative d’infraction impossible en droit n’est pas un crime à moins que la loi ne renvoie expressément à ce type d’impossibilité.

Au soutien de cette interprétation, l’intimé avance deux arguments. Le premier veut que le législateur ait rédigé le par. 24(1) en s’inspirant d’une disposition anglaise qui visait à renverser un arrêt de la Chambre des lords qui avait consacré l’impossibilité de fait comme moyen de défense; voir Barry Brown, «‘Th’ attempt, and not the deed, Confounds us»: Section 24 and Impossible Attempts» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 225, aux pp. 228 et 229. S’appuyant sur cet argument, la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a accepté l’idée que le pendant néo-zélandais du par. 24(1) criminalise la tentative d’infraction impossible en fait, mais non la tentative d’infraction impossible en droit; voir *R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980 (C.A.), aux pp. 984 et 988.

The respondent's second argument is that Parliament, had it intended to criminalize attempts to do the legally impossible, would have used the words "whether or not it was factually or legally impossible" in s. 24(1). As examples of statutes that were intended to criminalize attempts to do the legally impossible, the respondent cites provisions of statutes from the United Kingdom and from the United States:

1. — (1) If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.

(2) A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.

(3) In any case where —

- (a) apart from this subsection a person's intention would not be regarded as having amounted to an intent to commit an offence; but
- (b) if the facts of the case had been as he believed them to be, his intention would be so regarded,

then, for the purposes of subsection (1) above, he shall be regarded as having had an intent to commit that offence.

(*Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47.)

If the conduct in which a person engages otherwise constitutes an attempt to commit a crime pursuant to section 110.00, it is no defense to a prosecution for such attempt that the crime charged to have been attempted was, under the attendant circumstances, factually or legally impossible of commission, if such crime could have been committed had the attendant circumstances been as such person believed them to be.

(*N.Y. Penal Law* § 110.10 (Consol. 1984).)

A third argument, which the respondent does not advance, is that the words "under the circum-

Le second argument de l'intimé est que le législateur, s'il avait voulu incriminer la tentative d'infraction impossible en droit, aurait utilisé les mots «qu'il fût possible ou non en fait ou en droit» au par. 24(1). À titre d'exemples de lois qui visent à criminaliser la tentative d'infraction impossible en droit, l'intimé invoque des dispositions législatives du Royaume-Uni et des États-Unis:

[TRADUCTION]

1. — (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction visée au présent article, accomplit un acte qui dépasse le stade de la simple préparation à la perpétration de l'infraction, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction.

(2) Une personne peut être déclarée coupable de tentative de commettre une infraction visée par le présent article, même si les faits sont tels que la perpétration de l'infraction est impossible.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), une personne est réputée avoir l'intention de commettre l'infraction lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) sans l'application du présent paragraphe, son intention ne serait pas considérée comme équivalent à l'intention de commettre l'infraction;
- b) si les faits avaient été tels que la personne les croyait, son intention aurait été considérée comme équivalent à l'intention de commettre l'infraction.

(*Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47.)

[TRADUCTION] Si la conduite d'une personne constitue par ailleurs une tentative de commettre un crime visé à l'article 110.00, cette personne ne peut opposer en défense que la perpétration du crime qu'elle est accusée d'avoir tenté de commettre était, en raison des circonstances, impossible en fait ou en droit, dans les cas où le crime aurait pu être commis si les circonstances avaient été telles qu'elle les croyait.

(*N.Y. Penal Law*, par. 110.10 (codification de 1984).)

Selon un troisième argument, que l'intimé n'a pas avancé, les mots «dans les circonstances» limi-

stances” restrict the scope of s. 24(1) to attempts to do the factually impossible. An attempt that is not possible “under the circumstances”, according to this argument, is by implication possible under some other set of circumstances. Otherwise, there would be no need to mention circumstances — the mere mention of impossibility would suffice. President North of the New Zealand Court of Appeal made this very argument in *Donnelly, supra*, at p. 988:

In my opinion the significant words in s. 72 (1) [New Zealand’s equivalent to s. 24(1) of the *Criminal Code*] are “in the circumstances”, which seem to me to imply that in other circumstances it might be possible to commit the offence. This I think points to the conclusion that s. 72 (1) went no further than to ensure that a person who had the necessary criminal intent and did an act for the purpose of accomplishing his object was guilty of an attempt even although it so happened that it was not possible to commit the full offence.

57

In addition there is another way of turning the same language to the respondent’s advantage. “Circumstances”, in ordinary parlance, are facts. Laws, by contrast, are not circumstances. Accordingly, applying the rule that *expressio unius est exclusio alterius*, the mention in s. 24(1) of attempts that are circumstantially or factually impossible may be taken to exclude attempts that are legally impossible. The question, as one Canadian writer has framed it, is whether “‘the circumstances’ referred to in [s. 24(1)] include the legal status of the actor’s conduct”: Brown, *supra*, at p. 229.

58

Still another argument in favour of the respondent’s position, though one that reflects judicial policy rather than the strict ascertainment of legislative intent, is that penal statutes, if ambiguous, should be construed narrowly, in favour of the rights of the accused. “[T]he overriding principle governing the interpretation of penal provisions is that ambiguity should be resolved in a manner most favourable to accused persons”: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 38.

tent l’application du par. 24(1) aux tentatives d’infractions impossibles en fait. Selon ce raisonnement, l’infraction impossible à commettre «dans les circonstances», doit nécessairement l’être dans d’autres circonstances. Sinon, il n’y aurait aucune raison de mentionner les circonstances — la seule mention de l’impossibilité suffirait. C’est précisément ce que le président North de la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a avancé dans l’arrêt *Donnelly*, précité, à la p. 988:

[TRADUCTION] À mon avis, les mots significatifs du par. 72 (1) [le pendant néo-zélandais du par. 24(1) du *Code criminel*] sont les termes «dans les circonstances», qui semblent indiquer que, dans d’autres circonstances, il serait possible de commettre l’infraction. Je crois qu’il est permis de conclure que le par. 72 (1) se borne à garantir que celui qui avait l’intention criminelle nécessaire et a effectivement agi pour réaliser son but est coupable de tentative, même si, dans les faits, il était impossible de consommer l’infraction.

Il y a encore une autre façon d’interpréter les mêmes mots à l’avantage de l’intimé. Dans le langage de tous les jours, les «circonstances» ce sont des faits. En revanche, les textes législatifs ne sont pas des circonstances. Par conséquent, en appliquant la règle *expressio unius est exclusio alterius*, on peut considérer que la mention, au par. 24(1), de la tentative d’infraction impossible en fait, qui résulte d’une impossibilité tenant aux circonstances ou aux faits, exclut la tentative d’infraction impossible en droit. Pour reprendre l’expression d’un auteur canadien, il s’agit de savoir si [TRADUCTION] ««dans les circonstances» auxquelles [le par. 24(1)] renvoie, il faut inclure la qualification juridique de la conduite de l’auteur»; Brown, *op. cit.*, à la p. 229.

Il existe un autre argument favorable à la position de l’intimé, encore qu’il s’agirait davantage de l’application d’un principe jurisprudentiel que de l’exégèse du texte de loi, selon lequel, en cas d’ambiguïté, la loi pénale doit être interprétée de manière restrictive, d’une façon favorable aux droits de l’accusé. «[L]e principe suprême qui régit l’interprétation des dispositions pénales est que l’ambiguïté devrait être tranchée de la façon qui favorise le plus l’accusé»; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au par. 38.

Although some of these arguments have a certain force, what force they have is greatly attenuated when it is realized that the conventional distinction between factual and legal impossibility is not tenable. The only relevant distinction for purposes of s. 24(1) of the *Criminal Code* is between imaginary crimes and attempts to do the factually impossible. The criminal law of Canada recognizes no middle category called “legal impossibility”. Because Mr. Dynar attempted to do the impossible but did not attempt to commit an imaginary crime, he can only have attempted to do the “factually impossible”. For this reason, Mr. Dynar’s proposal that s. 24(1) criminalizes only attempts to do the factually impossible does not help him.

As we have already indicated, an attempt to do the factually impossible is considered to be one whose completion is thwarted by mere happenstance. In theory at least, an accused who attempts to do the factually impossible could succeed but for the intervention of some fortuity. A legally impossible attempt, by contrast, is considered to be one which, even if it were completed, still would not be a crime. One scholar has described impossible attempts in these terms:

Three main forms of impossibility have set the framework for contemporary debate. First, there is impossibility due to inadequate means (Type I). For example, A tries to kill B by shooting at him from too great a distance or by administering too small a dose of poison; C tries to break into a house without the equipment which would be necessary to force the windows or doors. . . .

The second form of impossibility arises where an actor is prevented from completing the offence because some element of its *actus reus* cannot be brought within the criminal design (Type II). For example, A tries to kill B by shooting him when he is asleep in bed, but in fact B has already died of natural causes; C tries to steal money from a safe which is empty. . . .

Bien que certains de ces arguments ne soient pas dénués de valeur, leur force est grandement atténuée lorsqu’on se rend compte que la distinction conventionnelle entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit est indéfendable. La seule distinction utile pour l’application du par. 24(1) du *Code criminel* est celle qui différencie le crime imaginaire de la tentative d’infraction impossible en fait. En droit pénal canadien, il n’y a pas de catégorie intermédiaire fondée sur l’«impossibilité de droit». Comme M. Dynar a tenté de commettre une infraction impossible, mais n’a pas tenté de perpétrer un crime imaginaire, il ne peut qu’avoir tenté de commettre une infraction «impossible en fait». Pour ce motif, l’argument de M. Dynar selon lequel le par. 24(1) n’incrimine que la tentative d’infraction impossible en fait ne lui est d’aucun secours.

Nous l’avons dit, il y a tentative d’infraction impossible en fait lorsque la non-consommation résulte d’un simple hasard. Théoriquement, du moins, l’accusé qui tente de commettre une infraction impossible en fait pourrait réussir si ce n’était la présence d’une circonstance fortuite. Au contraire, dans la tentative d’infraction impossible en droit, même si les actes d’exécution étaient achevés, il n’y aurait toujours pas de crime. Un auteur a défini la tentative d’infraction impossible en proposant des distinctions entre les cas d’impossibilité:

[TRADUCTION] Trois principaux types d’impossibilité forment le cadre général du débat contemporain. En premier lieu, signalons l’impossibilité résultant de l’inefficacité des moyens employés (type I). Par exemple, A essaie d’abattre B en tirant un coup de feu à une distance trop grande ou en lui administrant une dose trop faible de poison; C essaie de s’introduire par effraction dans une maison sans le matériel nécessaire pour forcer une fenêtre ou une porte . . .

Dans le deuxième type d’impossibilité, l’agent ne réussit pas à commettre l’infraction faute d’un élément de l’*actus reus* nécessaire à la réalisation du projet criminel (type II). Par exemple, A essaie de tuer B en le tirant pendant qu’il dort mais B est déjà décédé de causes naturelles; C essaie de subtiliser le contenu d’un coffre-fort mais celui-ci est vide . . .

The third form of impossibility arises where the actor's design is completed but the offence is still not committed because some element of the *actus reus* is missing (Type III). For example, A may take possession of property believing it to have been stolen when it has not been; B may smuggle a substance for reward believing it to be a narcotic when it is sugar. . . .

(Colvin, *supra*, at pp. 355-56.)

61 According to Professor Colvin, factually impossible attempts are those that fall into either of the first two categories. Legally impossible attempts are those that fall into the third category.

62 Colvin's schema appears attractive. But in fact it draws distinctions that do not stand up on closer inspection. There is no legally relevant difference between the pickpocket who reaches into the empty pocket and the man who takes his own umbrella from a stand believing it to be some other person's umbrella. Both have the *mens rea* of a thief. The first intends to take a wallet that he believes is not his own. The second intends to take an umbrella that he believes is not his own. Each takes some steps in the direction of consummating his design. And each is thwarted by a defect in the attendant circumstances, by an objective reality over which he has no control: the first by the absence of a wallet, the second by the accident of owning the thing that he seeks to steal. It is true that the latter seems to consummate his design and still not to complete an offence; but the semblance is misleading. The truth is that the second man does not consummate his design, because his intention is not simply to take the particular umbrella that he takes, but to take an umbrella that is not his own. That this man's design is premised on a mistaken understanding of the facts does not make it any less his design. A mistaken belief cannot be eliminated from the description of a person's mental state simply because it is mistaken.

63 If it were otherwise, the effect would be to eliminate from our criminal law the defence of mis-

Le troisième type d'impossibilité se présente lorsque l'agent parvient à exécuter son projet sans toutefois commettre l'infraction parce qu'un élément de l'*actus reus* fait défaut (type III). Par exemple, A prend possession d'un bien croyant qu'il s'agit d'un bien volé alors que ce n'est pas le cas; B introduit une substance en contrebande contre rémunération croyant qu'il s'agit d'un stupéfiant alors que c'est du sucre . . .

(Colvin, *loc. cit.*, aux pp. 355 et 356.)

Selon le professeur Colvin, la tentative d'infraction impossible en fait appartient à l'une ou l'autre des deux premières catégories. La tentative d'infraction impossible en droit est classée dans la troisième catégorie.

La classification proposée par Colvin est attrayante. Mais, de fait, elle établit des distinctions qui ne résistent pas à une analyse plus méticuleuse. Sur le plan juridique, il n'existe aucune différence pertinente entre le voleur à la tire qui glisse la main dans une poche vide et l'homme qui s'empare de son parapluie en croyant qu'il s'agit du parapluie d'un autre. Les deux ont la *mens rea* du voleur. Le premier a l'intention de prendre un porte-monnaie qu'il croit ne pas être le sien. Le second a l'intention de prendre un parapluie qu'il croit ne pas être le sien. Chacun a accompli des actes dans le but de réaliser son projet. Et chacun est contrecarré par un concours de circonstances défavorables, par un fait objectif indépendant de sa volonté: le premier, par l'absence du porte-feuille, le second, par le fait qu'il possède la chose qu'il cherche à voler. Il est vrai que ce dernier semble réaliser son projet sans pour autant consommer l'infraction; mais les apparences sont trompeuses. En vérité, le deuxième homme ne parvient pas à réaliser son projet, parce que son intention n'est pas simplement de prendre le parapluie qu'il prend, mais de s'emparer d'un parapluie qui ne lui appartient pas. Que son projet soit fondé sur une méconnaissance de la situation ne change rien au fait qu'il s'agit bien de son projet. La croyance erronée ne peut pas être éliminée de la description de l'état d'esprit simplement parce qu'elle est erronée.

S'il en était autrement, la défense de croyance erronée disparaîtrait de notre droit pénal. Si les

taken belief. If mistaken beliefs did not form part of an actor's intent — if an actor's intent were merely to do what he in fact does — then a man who honestly but mistakenly believed that a woman had consented to have sexual relations with him and who on that basis actually had sexual relations with that woman, would have no defence to the crime of sexual assault. His intention, on this limited understanding of intention, would have been to sleep with the particular woman with whom he slept; and that particular woman, by hypothesis, is one who did not consent to sleep with him. Substituting the one description (“a woman who did not consent to sleep with him”) for the other (“the particular woman with whom he slept”), it would follow that his intention was to sleep with a woman who had not consented to sleep with him. But of course, and as we have already strenuously urged, intention is one thing and the truth is another. Intention has to do with how one sees the world and not necessarily with the reality of the world.

Accordingly, there is no difference between an act thwarted by a “physical impossibility” and one thwarted “following completion”. Both are thwarted by an attendant circumstance, by a fact: for example, by the fact of there being no wallet to steal or by the fact of there being no umbrella to steal. The distinction between them is a distinction without a difference. Professor Colvin himself agrees that “[t]he better view is that impossibility of execution is never a defence to inchoate liability in Canada” (p. 358).

There is, however, a relevant difference between a failed attempt to do something that is a crime and an imaginary crime. See Pierre Rainville, “La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative” (1996), 37 *C. de D.* 909, at pp. 954-55. It is one thing to attempt to steal a wallet, believing such thievery to be a crime, and quite

croyances erronées ne faisaient pas partie intégrante de l'intention de l'auteur d'un acte — si l'intention de cet auteur était simplement de faire ce qu'il fait effectivement — alors, l'homme qui sincèrement, mais erronément, croit qu'une femme a consenti à des relations sexuelles et qui, se fondant sur cette croyance, a des relations sexuelles avec cette femme, n'aurait aucun moyen de défense contre l'accusation d'agression sexuelle. Suivant cette conception restrictive de l'intention, l'homme aurait eu l'intention de coucher avec la femme avec laquelle il a couché; et cette femme, par hypothèse, est une femme qui n'a pas consenti à coucher avec lui. Si l'on substitue la proposition («une femme qui n'a pas consenti à coucher avec lui») à l'autre («la femme avec laquelle il a couché»), il s'ensuit que son intention était de coucher avec une femme qui n'avait pas consenti à coucher avec lui. Mais, évidemment, comme nous l'avons déjà dit avec grande insistance, l'intention est une chose et la vérité en est une autre. L'intention se rapporte à l'image que chacun se fait du monde extérieur et elle ne correspond pas forcément à la réalité.

Par conséquent, il n'y a aucune différence entre l'acte infructueux en raison d'une «impossibilité matérielle» et l'acte infructueux «à l'issue de l'exécution». Les deux sont contrecarrés par un concours de circonstances, par un fait: par exemple, par le fait qu'il n'y a aucun porte-monnaie à voler ou par le fait qu'il n'y a aucun parapluie à voler. La distinction établie entre les deux est une distinction sans fondement. Le professeur Colvin lui-même convient qu'il [TRADUCTION] «[v]aut mieux considérer que l'impossibilité d'exécution n'est jamais un moyen de défense en matière de responsabilité secondaire au Canada» (p. 358.)

Il y a toutefois une différence pertinente entre le crime manqué et le crime imaginaire. Voir Pierre Rainville, «La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative» (1996), 37 *C. de D.* 909, aux pp. 954 et 955. C'est une chose de tenter de voler un porte-monnaie, croyant qu'un tel vol est un crime, mais c'en est une autre de tenter d'in-

64

65

another thing to bring sugar into Canada, believing the importation of sugar to be a crime. In the former case, the would-be thief has the *mens rea* associated with thievery. In the latter case, the would-be smuggler has no *mens rea* known to law. Because s. 24(1) clearly provides that it is an element of the offence of attempt to have “an intent to commit an offence”, the latter sort of attempt is not a crime.

66

Nor should it be. A major purpose of the law of attempt is to discourage the commission of subsequent offences. See Williams' *Textbook of Criminal Law, supra*, at pp. 404-5. See also Brown, *supra*, at p. 232; Eugene Meehan, “Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale” (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215, at p. 238; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (3rd ed. 1995), at p. 594. But one who attempts to do something that is not a crime or even one who actually does something that is not a crime, believing that what he has done or has attempted to do is a crime, has not displayed any propensity to commit crimes in the future, unless perhaps he has betrayed a vague willingness to break the law. Probably all he has shown is that he might be inclined to do the same sort of thing in the future; and from a societal point of view, that is not a very worrisome prospect, because by hypothesis what he attempted to do is perfectly legal.

67

Therefore, we conclude that s. 24(1) draws no distinction between attempts to do the possible but by inadequate means, attempts to do the physically impossible, and attempts to do something that turns out to be impossible “following completion”. All are varieties of attempts to do the “factually impossible” and all are crimes. Only attempts to commit imaginary crimes fall outside the scope of the provision. Because what Mr. Dynar attempted to do falls squarely into the category of the factually impossible — he attempted to commit crimes known to law and was thwarted only by chance — it was a criminal attempt within the meaning of s. 24(1). The evidence suggests that Mr. Dynar is a criminal within the contemplation of the Canadian

introduire du sucre au Canada, croyant que l'importation de sucre est un crime. Dans le premier cas, le voleur potentiel possède la *mens rea* liée au vol. Dans le deuxième cas, le contrebandier potentiel n'a aucune *mens rea* connue en droit. Étant donné que le par. 24(1) prévoit clairement que «l'intention de commettre une infraction» est un élément constitutif de l'infraction de tentative, cette deuxième sorte de tentative n'est pas un crime.

Et c'est bien qu'il en soit ainsi. L'un des buts principaux des règles de droit applicables en matière de tentative est de décourager la perpétration subséquente d'infractions; voir l'ouvrage de Williams intitulé *Textbook of Criminal Law, op. cit.*, aux pp. 404 et 405; voir également Brown, *loc. cit.*, à la p. 232; Eugene Meehan, «Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale» (1976-77), 19 *Crim. L.Q.* 215, à la p. 238; Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 594. Mais celui qui tente d'accomplir un acte qui n'est pas un crime, ou, même, celui qui accomplit effectivement un acte qui n'est pas un crime, croyant que ce qu'il a fait ou tenté de faire est un crime, ne montre aucune propension à la perpétration de crimes, sauf que sa conduite trahit peut-être une vague volonté d'enfreindre la loi. La seule chose qu'il a peut-être réussi à montrer, c'est qu'il pourrait être enclin à refaire la même chose un jour. Et d'un point de vue social, il n'y a pas lieu de s'inquiéter, parce que, par hypothèse, ce qu'il a tenté de faire est parfaitement légal.

Par conséquent, nous concluons que le par. 24(1) n'établit aucune distinction entre la tentative d'infraction possible à l'aide de moyens inefficaces, la tentative d'infraction impossible matériellement et la tentative d'infraction impossible «à l'issue de l'exécution». Ce sont toutes des tentatives d'infractions «impossibles en fait» et toutes sont des crimes. Seule la tentative de crime imaginaire échappe à l'application de la disposition. Comme ce que M. Dynar a tenté de faire relève carrément de l'impossibilité de fait — il a tenté de commettre des crimes connus en droit et n'a été déjoué que par le hasard — il s'agissait d'une tentative criminelle au sens du par. 24(1). La preuve montre que M. Dynar est un criminel visé

law and so the double criminality rule should be no bar to his extradition to the United States.

Notwithstanding the difficulties associated with the conventional distinction between factual and legal impossibility, a certain reluctance to embrace our conclusion persists in some quarters. It seems to us that this is in part due to a misunderstanding of the elements of the money-laundering offences. Both s. 462.31(1) of the *Criminal Code* and s. 19.2(1) of the *Narcotic Control Act* require knowledge that the property being laundered is the proceeds of crime. It is tempting to think that knowledge is therefore the *mens rea* of these offences. But “*mens rea*” denotes a mental state. *Mens rea* is the subjective element of a crime. See Williams’ *Textbook of Criminal Law*, *supra*, at p. 71. Knowledge is not subjective, or, more accurately, it is not entirely subjective.

As we have already said, knowledge, for legal purposes, is true belief. Knowledge therefore has two components — truth and belief — and of these, only belief is mental or subjective. Truth is objective, or at least consists in the correspondence of a proposition or mental state to objective reality. Accordingly, truth, which is a state of affairs in the external world that does not vary with the intention of the accused, cannot be a part of *mens rea*. As one Canadian academic has said, [TRANSLATION] “[t]he truth of the accused’s belief is not part of the *mens rea* of s. 24(1) Cr.C.”. See Rainville, *supra*, at p. 963. Knowledge as such is not then the *mens rea* of the money-laundering offences. Belief is.

The truth of an actor’s belief that certain monies are the proceeds of crime is something different from the belief itself. That the belief be true is one of the attendant circumstances that is required if the *actus reus* is to be completed. In other words, the act of converting the proceeds of crime presup-

par le droit canadien et, dès lors, la règle de la double incrimination ne devrait pas faire obstacle à son extradition aux États-Unis.

Malgré les difficultés suscitées par la distinction classique établie entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit, certains hésitent encore à accepter notre conclusion. Il nous semble que cela est dû en partie à une méconnaissance des éléments constitutifs des infractions de recyclage des produits de la criminalité. Tant le par. 462.31(1) du *Code criminel* que le par. 19.2(1) de la *Loi sur les stupéfiants* exigent que l’auteur de l’infraction sache que l’argent à recycler est le produit de la criminalité. Il est tentant de penser que la connaissance est donc la *mens rea* de ces infractions. Mais la *mens rea* dénote un état d’esprit. C’est l’élément subjectif du crime; voir l’ouvrage de Williams ayant pour titre *Textbook of Criminal Law*, *op. cit.*, à la p. 71. La connaissance n’est pas subjective, ou, pour être plus exact, elle n’est pas entièrement subjective.

Nous l’avons déjà dit, la connaissance en droit s’entend de la croyance conforme à la réalité. Elle a donc deux composantes — la vérité et la croyance — et de ces deux éléments, seule la croyance est subjective ou psychologique. La vérité est objective, ou du moins elle réside dans un rapport de concordance entre un énoncé ou un état d’esprit et la réalité objective. Par conséquent, la vérité, qui est un état du monde extérieur ne variant pas en fonction de l’intention de l’accusé, ne peut pas faire partie intégrante de la *mens rea*. Comme l’a dit un auteur canadien: «[L]a véracité de la croyance de l’accusé ne fait pas partie de la *mens rea* de l’article 24 (1) C.cr.». Voir Rainville, *loc. cit.*, à la p. 963. La connaissance comme telle n’est donc pas la *mens rea* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. C’est la croyance qui l’est.

La conformité avec la réalité de la croyance de l’auteur de l’infraction que certaines sommes d’argent sont les produits de la criminalité est distincte de la croyance elle-même. Cette conformité avec la réalité est l’une des circonstances concomitantes exigées pour que l’*actus reus* soit exécuté. En

68

69

70

poses the existence of some money that is in truth the proceeds of crime.

71 In this, the money-laundering offences are no different from other offences. Murder is the intentional killing of a person. Because a person cannot be killed who is not alive, and because a killing, if it is to be murder, must be intentional, it follows that a successful murderer must believe that his victim is alive. An insane man who kills another believing that the one he kills is a manikin does not have the *mens rea* needed for murder. Thus, the successful commission of the offence of murder presupposes both a belief that the victim is alive just before the deadly act occurs and the actual vitality of the victim at that moment. Both truth and belief are required. Therefore, knowledge is required. But this does not mean that the vitality of the victim is part of the *mens rea* of the offence of murder. Instead, it is an attendant circumstance that makes possible the completion of the *actus reus*, which is the killing of a person.

72 In general, the successful commission of any offence presupposes a certain coincidence of circumstances. But these circumstances do not enter into the *mens rea* of the offence. As one author observes, it is important “to keep separate the intention of the accused and the circumstances as they really were” (Brown, *supra*, at p. 232).

73 The absence of an attendant circumstance is irrelevant from the point of view of the law of attempt. An accused is guilty of an attempt if he intends to commit a crime and takes legally sufficient steps towards its commission. Because an attempt is in its very nature an incomplete substantive offence, it will always be the case that the *actus reus* of the completed offence will be deficient, and sometimes this will be because an attendant circumstance is lacking. In *Ancio*, *supra*, at pp. 247-48, McIntyre J. said:

d’autres termes, le recyclage des produits de la criminalité suppose l’existence d’une somme d’argent qui est effectivement le produit de la criminalité.

Sur ce plan, les infractions de recyclage des produits de la criminalité ne sont pas différentes des autres infractions. Le meurtre, c’est le fait de donner volontairement la mort à un être humain. Comme l’on ne peut donner la mort qu’à un être vivant, et parce que le meurtre est volontaire, il s’ensuit que le meurtrier, pour mener à bien son projet, doit croire que sa victime est vivante. Le déséquilibré qui tue une personne en croyant qu’il s’agit d’un mannequin ne possède pas la *mens rea* nécessaire à la perpétration d’un meurtre. Ainsi, la consommation du meurtre suppose à la fois la croyance que la victime est vivante juste avant le coup mortel et la vie de la victime à ce moment-là. La croyance et sa conformité avec la réalité sont exigées toutes les deux. Par conséquent, la connaissance est exigée. Mais cela ne veut pas dire pour autant que la vie de la victime fasse partie de la *mens rea* du meurtre. C’est plutôt une circonstance concomitante qui rend possible la réalisation de l’*actus reus*, c’est-à-dire le fait de donner la mort à un être humain.

En général, la consommation d’une infraction suppose un certain concours de circonstances. Mais ces circonstances ne font pas partie de la *mens rea* de l’infraction. Comme un auteur le fait observer, il est important [TRADUCTION] «de distinguer l’intention de l’accusé et les circonstances telles qu’elles se sont réellement présentées» (Brown, *loc. cit.*, à la p. 232).

L’absence d’une circonstance concomitante n’est pas pertinente du point de vue des règles de droit applicables à la tentative d’infraction. Un accusé est coupable de tentative s’il a eu l’intention de commettre un crime et s’il a pris des mesures suffisantes en droit pour le perpétrer. Puisqu’une tentative est par sa nature même une infraction matérielle précise non consommée, l’*actus reus* de l’infraction sera toujours imparfait, et, parfois, il en sera ainsi parce que la circonstance concomitante est absente. Dans l’arrêt *Ancio*, précité, aux pp. 247 et 248, le juge McIntyre a dit:

As with any other crime, the Crown must prove a *mens rea*, that is, the intent to commit the offence in question and the *actus reus*, that is, some step towards the commission of the offence attempted going beyond mere acts of preparation. Of the two elements the more significant is the *mens rea*. . . .

Indeed, because the crime of attempt may be complete without the actual commission of any other offence and even without the performance of any act unlawful in itself, it is abundantly clear that the criminal element of the offence of attempt may lie solely in the intent.

So it should not be troubling that what Mr. Dynar did does not constitute the *actus reus* of the money-laundering offences. If his actions did constitute the *actus reus*, then he would be guilty of the completed offences described in s. 462.31 of the *Criminal Code* and s. 19.2 of the *Narcotic Control Act*. There would be no need even to consider the law of attempt. The law of attempt is engaged only when, as in this case, the *mens rea* of the completed offence is present entirely and the *actus reus* of it is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way.

The respondent argues that, even accepting that the truth of a belief is not a part of the *mens rea*, nevertheless he did not have the requisite *mens rea*. In particular, the respondent suggests that, in determining whether an accused has the requisite *mens rea* for attempt, a court should consider only those mental states that supply the accused's motivation to act.

This proposal is a way of overlooking an accused's mistaken beliefs. Thus, the respondent argues that he did not have the requisite *mens rea* because he desired only to make money by doing a service to Anthony, the undercover agent. It did not matter to Mr. Dynar whether the money was the proceeds of crime or not. He would have been just as happy to convert funds for the United States Government as for some drug kingpin.

Comme dans le cas de tout autre crime, le ministère public doit prouver la *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de commettre l'infraction en question, et l'*actus reus*, c'est-à-dire une mesure quelconque en vue de commettre l'infraction, autre que les simples actes de préparation. Le plus important de ces deux éléments est la *mens rea*. . . .

En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention.

Par conséquent, il ne faudrait pas s'inquiéter de ce que les agissements de M. Dynar ne constituent pas l'*actus reus* des infractions de recyclage des produits de la criminalité. Si ses actes constituaient l'*actus reus*, il serait coupable des infractions prévues par l'art. 462.31 du *Code criminel* et l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*. Il ne serait même pas nécessaire de prendre en considération les règles de droit relatives à la tentative d'infraction. Ces règles s'appliquent seulement lorsque, comme en l'espèce, la *mens rea* de l'infraction consommée est présente et que l'exécution de l'*actus reus* n'est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires.

L'intimé allègue que, même en acceptant que la conformité avec la réalité de la croyance ne fasse pas partie intégrante de la *mens rea*, on ne peut affirmer qu'il avait la *mens rea* nécessaire. Plus particulièrement, l'intimé affirme que, pour déterminer si un accusé a la *mens rea* nécessaire à la tentative, le tribunal ne devrait prendre en considération que les états d'esprit qui ont poussé l'accusé à agir.

Cette affirmation est une façon de ne pas tenir compte des croyances erronées de l'accusé. Ainsi, l'intimé allègue qu'il n'avait pas la *mens rea* requise parce qu'il voulait seulement faire de l'argent en rendant service à Anthony, l'agent d'infiltration. Cela n'avait aucune importance pour M. Dynar que l'argent soit le produit de la criminalité ou non. Il aurait été tout aussi heureux de recycler des fonds pour le gouvernement américain que

74

75

76

Mr. Dynar's only concern was that he should receive a commission for his services.

77 The theoretical basis for this thinking appears in Professor George Fletcher's attempted defence of the distinction between factual impossibility and legal impossibility (in *Rethinking Criminal Law* (1978)). Fletcher, on whom the respondent relies, says that an accused's legally relevant intention comprises only those mental states that move the accused to act as he does (at p. 161):

[M]istaken beliefs are relevant to what the actor is trying to do if they affect his incentive in acting. They affect his incentive if knowing of the mistake would give him a good reason for changing his course of conduct.

Because most facts are, from the accused's point of view, of no consequence, what the accused thinks about most facts is legally irrelevant.

78 Thus, to take one of Fletcher's examples, it does not matter what day a criminal thought it was when he committed a crime, because whatever he might have thought the day was, he would still have acted as he did. In Fletcher's view, similar reasoning explains why it is not a crime to deal with "legitimate" property thinking that one is dealing with the proceeds of crime (at p. 162):

[I]t seems fairly clear that the fact that the [goods were] stolen does not affect the actor's incentive in paying the price at which [they were] offered to him by the police. If he were told that the goods were not stolen, that would not have provided him with a reason for turning down the offer. If they were not stolen, so much the better. It follows, therefore, that it is inappropriate to describe his conduct as attempting to receive stolen [goods].

79 But this view confounds motivation and intention. If attention were paid only to the former, then the number of crimes would be greatly, if not very satisfactorily, reduced, because what moves many criminals to crime is some desire relatively more benign than the desire to commit a crime. We suspect that only the most hardened criminals commit

pour n'importe quel baron de la drogue. M. Dynar n'avait pas d'autres préoccupations que de recevoir une commission pour ses services.

Le fondement théorique de cette ligne de pensée apparaît dans l'argumentation présentée par le professeur George Fletcher au soutien de la distinction établie entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit (dans *Rethinking Criminal Law* (1978)). Fletcher, que l'intimé invoque, affirme que l'intention pertinente en droit comprend seulement les états d'esprit qui ont poussé l'accusé à agir comme il l'a fait (à la p. 161):

[TRADUCTION] [L]es croyances erronées sont pertinentes en ce qui concerne le but recherché par l'agent si elles l'ont incité à agir. On peut dire qu'elles l'incitent à agir dans les cas où, s'il avait su qu'il faisait erreur, il aurait changé ses plans.

Étant donné que la plupart des faits, du point de vue de l'accusé, n'ont pas d'importance, ce que l'accusé pense au sujet de la plupart des faits n'a pas de pertinence en droit.

Par conséquent, pour reprendre l'un des exemples que Fletcher donne, il importe peu que le criminel ait su quel jour c'était lorsqu'il a commis son crime, car il aurait agi de la même façon. Selon Fletcher, un raisonnement similaire explique pourquoi ce n'est pas un crime de faire le commerce d'un bien «légitimement acquis» en pensant qu'on utilise les produits de la criminalité (à la p. 162):

[TRADUCTION] [I]l semble assez clair que le fait que [les biens] ont été volés n'affecte pas la motivation du sujet de payer le prix auquel la police [les] lui a offert[s]. Le fait de savoir que les biens n'avaient pas été volés ne l'aurait pas incité à repousser l'offre. S'ils n'ont pas été volés, tant mieux. Il s'ensuit, par conséquent, qu'il est incorrect de qualifier sa conduite de tentative de recel de [biens] volé[s].

Mais ce point de vue confond mobile et intention. S'il fallait ne retenir que le premier, le nombre de crimes serait grandement réduit, même si ce n'est pas de façon très satisfaisante, parce que ce qui pousse de nombreux criminels à agir est un désir relativement plus anodin que le désir de commettre un crime. Nous croyons que seuls les crimi-

crimes just for the sake of breaking the law. To at least many malefactors, it must be a matter of indifference whether their actions constitute crimes. Probably most thieves would not turn up their noses at the opportunity to loot a house simply because it has been abandoned and so is the property of no one. The goal is the making of a quick dollar, not the flouting of the law. In this, we again agree completely with Glanville Williams, who said:

Normally, motivation is irrelevant for intention. Every receiver of stolen goods would prefer to have non-stolen goods at the same price, if given the choice; but if he knows or believes the goods are stolen, he intends to receive stolen goods. We have to say that a person intends his act in the circumstances that he knows or believes to exist. This being the rule for consummated crimes, no good reason can be suggested why it should differ for attempts.

(“The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*”, [1986] *Cambridge L.J.* 33, at p. 78.)

In this case, it is almost certainly true that Mr. Dynar would have been content to convert the United States Government’s money even if he had known that it had nothing to do with the sale of drugs. Presumably his only concern was to collect his percentage. The provenance of the money must have been, for him, largely irrelevant. But, from the point of view of the criminal law, what is important is not what moved Mr. Dynar, but what Mr. Dynar believed he was doing. “We have to say that a person intends his act in the circumstances that he knows or believes to exist.” And the evidence is clear that Mr. Dynar believed that he was embarked upon a scheme to convert “drug money” from New York City.

Looking to intent rather than motive accords with the purpose of the criminal law in general and of the law of attempt in particular. Society imposes criminal sanctions in order to punish and deter

nels les plus endurcis commettent des crimes seulement pour le plaisir d’enfreindre la loi. Pour de nombreux malfaiteurs au moins, il doit être indifférent que leurs agissements constituent des crimes ou non. Probablement que la plupart des voleurs ne laisseraient pas filer l’occasion de piller une maison, simplement parce qu’elle a été abandonnée et que, par conséquent, elle n’appartient plus à personne. Le but est de s’enrichir vite, non de passer outre à la loi. Sur cette question, nous sommes à nouveau tout à fait d’accord avec Glanville Williams, qui affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Normalement, le mobile n’a pas d’incidence sur l’intention. Si on lui en donnait le choix, n’importe quel receleur de biens volés préférerait, pour le même prix, des biens qui n’ont pas été volés; mais s’il sait ou croit que les biens ont été volés, il a l’intention de receler des biens volés. Nous devons affirmer qu’une personne agit intentionnellement eu égard aux circonstances qu’elle sait ou croit exister. Ceci étant la règle pour les crimes consommés, aucune bonne raison ne justifie qu’il en soit différemment pour les tentatives.

(«The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33, à la p. 78.)

En l’espèce, il est presque certain que M. Dynar aurait été satisfait de recycler l’argent du gouvernement des États-Unis même s’il avait su que cet argent n’était en rien lié au commerce de stupéfiants. On peut présumer qu’il n’avait pas d’autre préoccupation que de récolter sa commission. Pour lui, la provenance de l’argent devait être sans grande importance. Mais, du point de vue du droit pénal, ce qui est important, ce n’est pas ce qui a poussé M. Dynar à agir, mais ce que M. Dynar croyait qu’il faisait. [TRADUCTION] «Nous devons affirmer qu’une personne agit intentionnellement eu égard aux circonstances qu’elle sait ou croit exister.» Et il ressort clairement de la preuve que M. Dynar croyait participer à un projet de recyclage d’argent provenant du trafic de stupéfiants à New York.

Prendre en considération l’intention plutôt que le mobile concorde avec l’objectif du droit pénal en général et les règles de droit relatives à la tentative en particulier. La société impose des sanctions

undesirable conduct. It does not matter to society, in its efforts to secure social peace and order, what an accused's motive was, but only what the accused intended to do. It is no consolation to one whose car has been stolen that the thief stole the car intending to sell it to purchase food for a food bank. Similarly, the purpose of the law of attempt is universally acknowledged to be the deterrence of subsequent attempts. A person who has intended to do something that the law forbids and who has actually taken steps towards the completion of an offence is apt to try the same sort of thing in the future; and there is no assurance that next time his attempt will fail.

82

Applying this rationale to impossible attempts, we conclude that such attempts are no less menacing than are other attempts. After all, the only difference between an attempt to do the possible and an attempt to do the impossible is chance. A person who enters a bedroom and stabs a corpse thinking that he is stabbing a living person has the same intention as a person who enters a bedroom and stabs someone who is alive. In the former instance, by some chance, the intended victim expired in his sleep perhaps only moments before the would-be assassin acted. It is difficult to see why this circumstance, of which the tardy killer has no knowledge and over which he has no control, should in any way mitigate his culpability. Next time, the intended victim might be alive. Similarly, even if Mr. Dynar could not actually have laundered the proceeds of crime this time around, there is hardly any guarantee that his next customer might not be someone other than an agent of the United States Government.

83

The import of all of this is that Mr. Dynar committed the crime of attempt; and for having done so he should be extradited to the United States. The facts disclose an intent to launder money and acts taken in furtherance of that design. Section 24(1) of the *Criminal Code* requires no more.

pénales afin de punir et de réprimer toute conduite indésirable. Dans son effort pour maintenir la paix sociale, la société ne se préoccupe pas du mobile de l'accusé, mais seulement de ce qu'il avait l'intention de faire. Pour qui s'est fait voler son automobile, ce n'est pas une consolation que de savoir que le voleur voulait la vendre en vue d'acheter de la nourriture pour une banque d'alimentation. De façon similaire, il est universellement reconnu que l'objet des règles de droit relatives à la tentative est de faire obstacle à la commission d'autres tentatives. Celui qui a eu l'intention d'accomplir un acte illicite et qui a pris effectivement les moyens pour y parvenir risque d'essayer à nouveau un jour; et il n'y a aucune assurance que la prochaine fois sa tentative échouera.

Appliquant ce raisonnement à la tentative d'infraction impossible, nous concluons que cette tentative n'est pas moins menaçante que les autres tentatives. Après tout, la seule différence entre la tentative d'infraction possible et la tentative d'infraction impossible est la chance. La personne qui s'introduit dans une chambre à coucher et poignarde un cadavre en pensant poignarder une personne vivante a la même intention que la personne qui entre dans une chambre à coucher et poignarde une personne vivante. Dans le premier cas, par une espèce de hasard, la victime avait expiré dans son sommeil peut-être juste quelques instants avant que l'assassin potentiel ne porte le coup mortel. Il est difficile de concevoir pourquoi ce fait, qui survient à l'insu du tueur en retard et échappe à sa volonté, devrait de quelque façon atténuer sa culpabilité. La prochaine fois, la personne visée pourrait être vivante. De façon similaire, même si, cette fois-ci, M. Dynar ne pouvait pas réellement recycler les produits de la criminalité, il n'est pas garanti que son prochain client sera un agent du gouvernement américain.

Il s'ensuit que M. Dynar a commis le crime de tentative et dès lors, il doit être extradé aux États-Unis. Les faits révèlent une intention de recycler des produits de la criminalité et des actes accomplis en vue de réaliser ce projet. Le paragraphe 24(1) du *Code criminel* n'exige rien de plus.

(3) Could Mr. Dynar's Conduct Justify His Surrender on the Conspiracy Charge?

Mr. Dynar's extradition has also been requested on a charge of conspiracy. The warrant of committal issued by Keenan J. listed the two charges against Mr. Dynar that are the subject of the American indictment, and indicated that the conduct underlying both charges would constitute crimes in Canada. As a result, Mr. Dynar was extraditable on both. The conduct which would establish a *prima facie* case for the conspiracy charge is somewhat different from that which would establish the *prima facie* case for the attempt charge. Thus it is necessary to determine whether Mr. Dynar's conduct in combination with Mr. Cohen's could also constitute the crime of conspiracy in this country. The applicability of the defence of "impossibility" under Canadian criminal law is as much an issue with respect to the conspiracy charge as it is with regard to the attempt charge.

The issue is not whether Mr. Dynar's conduct can support a conviction for conspiracy (or for that matter for attempt), but only whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada. Section 465(1)(c) of the *Criminal Code* makes it an offence to conspire with another person to commit any indictable offence, other than murder or false prosecution, which are governed by paragraphs (a) and (b) of the same subsection. There is no doubt that laundering proceeds of crime is an indictable offence in Canada. The question that must be decided, however, is whether a conspiracy can exist even where all the elements of the full indictable offence are not present because the circumstances are not as the accused believed them to be.

(a) *What is a Criminal Conspiracy?*

In *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666, at pp. 668-69, this Court adopted the definition of conspiracy

(3) La conduite de M. Dynar pourrait-elle justifier son extradition relativement à l'accusation de complot portée contre lui?

La demande d'extradition de M. Dynar se fonde aussi sur une accusation de complot. Le mandat de dépôt délivré par le juge Keenan expose les deux accusations portées contre M. Dynar dans l'acte d'accusation américain et il indique que les actes à l'origine de ces deux accusations constitueraient un crime au Canada. En conséquence, M. Dynar pouvait être extradé relativement à l'un et l'autre. La conduite susceptible d'établir *prima facie* la perpétration d'un complot est quelque peu différente de celle qui pourrait établir *prima facie* le bien-fondé de l'accusation de tentative. Il faut donc déterminer si la conduite de M. Dynar, combinée à celle de M. Cohen, peut également constituer une infraction de complot en droit canadien. La question de savoir si la défense d'«impossibilité» peut être invoquée en droit pénal canadien se pose tout autant en ce qui concerne l'accusation de complot que l'accusation de tentative.

Il ne s'agit pas de déterminer si les agissements de M. Dynar peuvent fonder une déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation de complot (ou même de tentative), mais seulement si une preuve *prima facie* a été produite pour justifier son incarcération en vue d'un procès si les agissements qu'on lui reproche avaient eu lieu au Canada. Selon l'al. 465(1)(c) du *Code criminel*, constitue une infraction le fait de comploter avec quelqu'un en vue de commettre un acte criminel, autre que les infractions de meurtre ou de poursuite injustifiée visées aux al. 465(1)(a) et (b). Au Canada, le recyclage des produits de la criminalité constitue sans conteste un acte criminel. Il reste toutefois à décider si un complot peut exister même si tous les éléments constitutifs ne sont pas réunis parce que les circonstances ne sont pas telles que l'accusé les croyait.

a) *Qu'est-ce qu'un complot criminel?*

Dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666, aux pp. 668 et 669, notre Cour a fait sienne la défini-

84

85

86

from the English case of *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, at p. 317:

A conspiracy consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such a design rests in intention only, it is not indictable. When two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself, and the act of each of the parties . . . punishable if for a criminal object. . .

There must be an intention to agree, the completion of an agreement, and a common design. Taschereau J., in *O'Brien, supra*, at p. 668, added that:

Although it is not necessary that there should be an overt act in furtherance of the conspiracy, to complete the crime, I have no doubt that there must exist *an intention to put the common design into effect*. A common design necessarily involves an intention. Both are synonymous. The intention cannot be anything else but the will to attain the object of the agreement. [Emphasis in original.]

87

In *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256, at p. 276, Dickson J. (as he then was) described the offence of conspiracy as “an inchoate or preliminary crime”. In setting out the necessary elements of the offence, he noted at pp. 276-77 that:

The word “conspire” derives from two Latin words, “con” and “spirare”, meaning “to breathe together”. To conspire is to agree. The essence of criminal conspiracy is proof of agreement. On a charge of conspiracy the agreement itself is the gist of the offence: *Paradis v. R.*, at p. 168. The *actus reus* is the fact of agreement: *D.P.P. v. Nock*, at p. 66. The agreement reached by the co-conspirators may contemplate a number of acts or offences. Any number of persons may be privy to it. Additional persons may join the ongoing scheme while others may drop out. So long as there is a continuing overall, dominant plan there may be changes in methods of operation, personnel, or victims, without bringing the conspiracy to an end. The important inquiry is not as to the acts done in pursuance of the agreement, but whether there was, in fact, a common agreement to which the acts are

nition du complot énoncée dans l’arrêt anglais *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, à la p. 317:

[TRADUCTION] Un complot ne réside pas seulement dans l’intention de deux ou plusieurs personnes, mais dans l’entente conclue entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre un acte illégal, ou d’accomplir un acte légal par des moyens illégaux. Tant qu’un tel projet reste au stade de l’intention, il ne peut faire l’objet de poursuites. Lorsque deux personnes viennent de le mettre à exécution, le projet lui-même devient un acte distinct, et l’acte de chaque partie [...] devient punissable s’il vise un but criminel . . .

L’intention de conclure une entente, la conclusion d’une entente et l’existence d’un projet commun sont essentiels. Dans l’arrêt *O’Brien*, précité, le juge Taschereau a ajouté, à la p. 668:

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire qu’un acte manifeste soit accompli pour mettre le complot à exécution et commettre le crime, mais j’ai la certitude qu’il doit exister *une intention de mettre le projet commun à exécution*. Un projet commun implique nécessairement une intention. Ce sont des synonymes. L’intention ne peut consister qu’en la volonté de réaliser l’objet de l’entente. [En italique dans l’original.]

Dans l’arrêt *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256, à la p. 276, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a qualifié l’infraction de complot de «crime incomplet ou préliminaire». En énonçant les éléments essentiels de l’infraction, il a noté, aux pp. 276 et 277:

Le mot «conspirer» vient de deux mots latins «con» et «spirare» qui signifient «souffler ensemble». Conspirer, c’est s’entendre. L’essence du complot criminel est la preuve de l’entente. Dans une accusation de complot, l’entente en soi est la substance de l’infraction: *Paradis c. R.*, à la p. 168. L’*actus reus* est le fait de l’entente: *D.P.P. v. Nock*, à la p. 66. L’entente à laquelle parviennent les conspirateurs peut envisager plusieurs actes ou infractions. Le nombre de participants n’est pas limité. De nouvelles personnes peuvent se joindre au projet en cours alors que d’autres peuvent l’abandonner. Aussi longtemps qu’il existe un plan général ininterrompu, des changements peuvent intervenir quant aux méthodes, aux conspirateurs ou aux victimes, sans que le complot prenne fin. L’enquête importante ne porte pas sur les actes accomplis conformément à l’entente, mais plutôt

referable and to which all of the alleged offenders were privy. [Emphasis added.]

Conspiracy is in fact a more “preliminary” crime than attempt, since the offence is considered to be complete before any acts are taken that go beyond mere preparation to put the common design into effect. The Crown is simply required to prove a meeting of the minds with regard to a common design to do something unlawful, specifically the commission of an indictable offence. See s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*.

A conspiracy must involve more than one person, even though all the conspirators may not either be identified, or be capable of being convicted. See for example *O'Brien, supra; Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960. Further, each of the conspirators must have a genuine intention to participate in the agreement. A person cannot be a conspirator if he or she merely pretends to agree. In *O'Brien*, Rand J. held at p. 670 that

a conspiracy requires an actual intention in both parties at the moment of exchanging the words of agreement to participate in the act proposed; mere words purporting agreement without an assenting mind to the act proposed are not sufficient.

Where one member of a so-called conspiracy is a police informant who never intends to carry out the common design, there can be no conspiracy involving that person. Nonetheless, a conspiracy can still exist between other parties to the same agreement. It is for this reason that the conspiracy in this case is alleged to involve Mr. Dynar and Mr. Cohen, and not the confidential informant “Anthony”.

There can be no doubt that a criminal conspiracy constitutes a serious offence that is properly extraditable. Indeed, it was so recognized in the 1976 treaty between Canada and the U.S. in force at the time of the sting operation. The crime has a long and malevolent history. Conspirators have plotted to overthrow monarchs from biblical times through the time of the Plantagenets and Tudors. Guy

sur la question de savoir s’il existe vraiment une entente commune dont les actes découlent et à laquelle participent tous les présumés responsables. [Nous soulignons.]

Le complot est en fait un crime plus «préliminaire» que la tentative, car cette infraction est considérée consommée avant l’accomplissement de tout acte qui dépasserait le stade des actes simplement préparatoires à la mise à exécution du projet commun. Le ministère public doit simplement prouver la rencontre des volontés concernant un projet commun en vue de l’accomplissement d’un acte illégal, plus précisément la perpétration d’un acte criminel. Voir l’al. 465(1)c) du *Code criminel*.

Un complot doit être le fait de plus d’une personne, même si tous les conspirateurs ne sont pas nécessairement connus ni susceptibles d’être déclarés coupables. Voir, par exemple, *O'Brien*, précité; *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960. En outre, chaque conspirateur doit avoir l’intention réelle de participer à l’entente. Une personne ne peut être un conspirateur si elle ne fait que prétendre acquiescer à l’entente. Dans l’arrêt *O'Brien*, le juge Rand a décidé, à la p. 670, que

[TRADUCTION] pour qu’il y ait complot, il doit y avoir une intention réelle des deux parties au moment où elles s’entendent pour participer à l’acte projeté; de simples paroles emportant apparemment acquiescement à l’acte projeté, sans aucune intention de le commettre, ne suffisent pas.

Lorsque l’un des supposés conspirateurs est un informateur de police qui n’a jamais eu l’intention de mettre le projet commun à exécution, il ne saurait être partie au complot. Un complot peut toutefois exister entre d’autres parties à la même entente. C’est pour cette raison que l’allégation de complot vise en l’espèce M. Dynar et M. Cohen, et non l’informateur «Anthony».

Il est bien établi qu’un complot criminel constitue une infraction grave qui peut à juste titre entraîner l’extradition. Le traité de 1976 entre le Canada et les États-Unis, qui était en vigueur au moment où a été menée l’opération d’infiltration, le reconnaît. Ce crime a une longue et sinistre histoire. Des conspirateurs ont comploté en vue de renverser des monarches depuis les temps

Fawkes conspired with others to blow up the parliament buildings. Today conspirators plot to carry out terrorist acts, to commit murders or to import forbidden drugs. Society is properly concerned with conspiracies since two or more persons working together can achieve evil results that would be impossible for an individual working alone. For example, it usually takes two or more conspirators to manufacture and secrete explosives or to arrange for the purchase, importation and sale of heroin. The very fact that several persons in combination agree to do something has for many years been considered to constitute “a menace to society”: *O’Brien, supra*, at p. 669. In fact, the scale of injury that might be caused to the fabric of society can be far greater when two or more persons conspire to commit a crime than when an individual sets out alone to do an unlawful act.

bibliques jusqu’à l’époque des Plantagenêts et des Tudors. Guy Fawkes a comploté avec d’autres personnes pour faire exploser les édifices du Parlement. Aujourd’hui, les conspirateurs complotent en vue de commettre des actes de terrorisme ou des meurtres ou d’importer des drogues interdites. La société a raison de s’inquiéter car deux ou plusieurs personnes agissant de concert peuvent parvenir à des résultats nuisibles qu’une personne seule ne pourrait jamais obtenir. Il faut, par exemple, plusieurs personnes pour fabriquer et cacher des explosifs ou pour organiser l’achat, l’importation et la vente d’héroïne. Le fait même que plusieurs personnes s’entendent pour accomplir quelque chose est considéré depuis nombre d’années comme une «menace pour la société»: *O’Brien, précité*, à la p. 669. En fait, les préjudices susceptibles d’être causés au tissu social sont beaucoup plus importants lorsque deux ou plusieurs personnes complotent en vue de commettre un crime que lorsqu’une personne décide seule de perpétrer un acte illégal.

90

As a result, it is obvious that the reason for punishing conspiracy before any steps are taken towards attaining the object of the agreement is to prevent the unlawful object from being attained, and therefore to prevent this serious harm from occurring. See Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 710. It is also desirable to deter similar conduct in the future. Those who conspire to do something that turns out to be impossible betray by their actions a propensity and aptitude to commit criminal acts; and there is no reason to believe that schemers who are thwarted on one occasion will not be successful on the next. Thus, the rationale for punishing conspirators coincides with the rationale for punishing persons for attempted crimes. Not only is the offence itself seen to be harmful to society, but it is clearly in society’s best interests to make it possible for law enforcement officials to intervene before the harm occurs that would be occasioned by a successful conspiracy or, if the conspiracy is incapable of completion, by a subsequent and more successful conspiracy to commit a similar offence.

De toute évidence, la répression du complot intervient avant l’accomplissement d’un acte visant à réaliser l’objet illégal de l’entente, et par conséquent en vue d’y faire obstacle afin d’empêcher que ce grave préjudice ne soit causé. Voir Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part* (2<sup>e</sup> éd. 1961), à la p. 710. Il est également souhaitable de décourager toute conduite similaire pour l’avenir. Les personnes qui complotent en vue d’accomplir ce qui s’avère impossible démontrent leur propension et leur aptitude à commettre des actes criminels et rien ne permet de croire qu’après un premier échec, elles n’obtiendront pas les résultats escomptés la fois suivante. Les raisons invoquées pour justifier la punition des auteurs de tentatives de crimes peuvent également l’être pour justifier celle des conspirateurs. Non seulement l’infraction en soi est considérée néfaste pour la société, mais encore l’intérêt de la société commande que les personnes chargées de l’application de la loi puissent intervenir avant que le préjudice que causerait le complot ne se réalise ou, s’il est irréalisable, avant qu’un nouveau complot en vue de commettre une infraction semblable ne réussisse.

(b) *Is Impossibility a Defence to Conspiracy?*

By virtue of the “preliminary” nature of the offence of criminal conspiracy, the mere fact that money was not transferred to Mr. Cohen for laundering by Mr. Dynar would not preclude a finding that a conspiracy existed between them. Criminal liability will still ensue, as long as the agreement and the common intention can be proved. Does it make any difference to the potential liability of the conspirators that they could not have committed the substantive offence even if they had done everything that they set out to do? Put another way, should conspirators escape liability because, owing to matters entirely outside their control, they are mistaken with regard to an attendant circumstance that must exist for their plan to be successful? Such a result would defy logic and could not be justified.

Impossibility as a defence to a charge of criminal conspiracy has received comparatively little attention by courts or academic writers. *Director of Public Prosecutions v. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654 (H.L.), is the leading English case which considered the applicability of the defence of impossibility in a charge of conspiracy. In that case, the conspiracy was found to consist of an agreement to produce cocaine on a particular occasion from a specific substance. The agreement was impossible to carry out because the substance chosen was incapable of producing cocaine. The impossibility of carrying out this agreement was the basis for the conclusion that the same distinction between factual and legal impossibility that we have criticized in the law of attempt ought to apply to the law of conspiracy. The respondent relies upon *Nock*, and urges the adoption of legal impossibility as a defence to criminal conspiracy in Canada. This submission cannot be accepted.

In England, *Nock* has been specifically overtaken by the *Criminal Attempts Act 1981*, s. 5, which now makes criminal liability for conspiracy

b) *L'impossibilité peut-elle être opposée à une accusation de complot?*

Étant donné la nature «préliminaire» de l'infraction de complot criminel, le simple fait que l'argent n'a pas été remis à M. Cohen pour être recyclé par M. Dynar ne fait pas obstacle à une conclusion de complot. Leur responsabilité pénale sera retenue dans la mesure où l'existence d'une entente et d'une intention commune peut être prouvée. Le fait qu'il était impossible pour les conspirateurs de commettre l'infraction matérielle précise même en prenant toutes les mesures prévues a-t-il une incidence quelconque sur leur responsabilité éventuelle? Autrement dit, les conspirateurs devraient-ils être exonérés parce que, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, ils se sont trompés quant à l'existence d'une circonstance dont dépend le succès de leur entreprise? Pareil résultat défierait la logique et serait injustifiable.

Le recours à l'impossibilité comme moyen de défense à une accusation de complot a comparativement très peu retenu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence. La décision *Director of Public Prosecutions c. Nock*, [1978] 2 All E.R. 654 (H.L.), est l'arrêt de principe en Angleterre sur la question de savoir si l'on peut opposer l'impossibilité à une accusation de complot. Dans cette affaire, le complot consistait en une entente en vue de produire de la cocaïne à une occasion donnée à partir d'une substance particulière. La mise à exécution de l'entente était impossible parce que la substance choisie ne pouvait pas produire de cocaïne. Le tribunal s'est fondé sur l'impossibilité de mettre l'entente à exécution pour conclure que la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit, que nous avons critiquée relativement à la tentative, devait s'appliquer au complot. L'intimé s'appuie sur l'arrêt *Nock*, et demande instamment à la Cour de reconnaître que l'impossibilité peut être invoquée à l'encontre d'une accusation de complot au Canada. Cet argument ne peut être retenu.

En Angleterre, l'arrêt *Nock* a été expressément écarté par la *Criminal Attempts Act 1981*, art. 5, qui permet maintenant que soient tenus pénalement

91

92

93

possible where the accused are mistaken as to an attendant circumstance that is necessary to prove the full offence. Effectively, this precludes the defence of legal impossibility as understood in *Nock, supra*, but preserves the defence for “imaginary crimes”. As we have seen, the latter term encompasses situations where individuals do something they believe contravenes the law when it does not. Thus, for example, in England it is not a crime to conspire to purchase Scotch whisky, because the purchase of that whisky is not a crime known to English law.

ment responsables d'un complot les accusés qui se trompent quant à l'existence d'une circonstance nécessaire pour établir la consommation de l'infraction. Cette disposition interdit, de fait, d'invoquer en défense l'impossibilité de droit au sens de l'arrêt *Nock*, précité, mais elle préserve le moyen de défense pour le «crime imaginaire». Comme nous l'avons vu, cette dernière expression s'entend notamment des cas où l'agent accomplit des actes en croyant qu'il contrevient à la loi, alors qu'il n'en est rien. Par exemple, en Angleterre, le fait de comploter pour acheter du whisky écossais ne constitue pas un crime parce que l'achat de ce type de whisky ne constitue pas un crime connu en droit anglais.

94 Section 465(1)(c) of the Canadian *Criminal Code* does not specifically state that criminal liability for conspiracy can ensue where the substantive offence is impossible to commit. However, even in the absence of such an explicit legislative direction, the analysis of the House of Lords in *Nock* should not be accepted. The case has been rightly subjected to both academic and judicial criticism, and to the extent that it is based on the same distinction between factual and legal impossibility that has been applied in the law of attempt, it too is conceptually untenable.

L'alinéa 465(1)c) du *Code criminel* du Canada ne prévoit pas expressément qu'une personne peut être tenue pénalement responsable d'un complot lorsque la perpétration de l'infraction matérielle précise est impossible. Néanmoins, même si la loi n'énonce pas un tel principe, l'analyse effectuée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Nock* ne devrait pas être retenue. Cet arrêt a été critiqué à juste titre par la doctrine et la jurisprudence. Dans la mesure où il repose sur la distinction établie entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit, qui a été appliquée en matière de tentative, il est tout aussi indéfendable sur le plan conceptuel.

95 In England, the acceptance of legal impossibility as a defence to conspiracy in *Nock* was predicated on the adoption by the House of Lords of the same position regarding the law of attempt: see *Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109. The House of Lords has now expressly overruled the *Haughton* decision in *R. v. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334. They did so on the basis that quite apart from the provisions of the *Criminal Attempts Act 1981*, the distinction between factual and legal impossibility is untenable in the law of attempt. The application of the distinction in *Nock* must now be questioned as well, even in the absence of legislative amendment. Accordingly, the desirability of using the *Nock* principles in Canada has been appropriately doubted by Cadsby Prov. Ct. J. in *R. v. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930. The New Zealand Court of Appeal has also rejected *Nock*,

En Angleterre, la reconnaissance de la défense d'impossibilité de droit invoquée à l'encontre d'une accusation de complot s'appuyait, dans l'arrêt *Nock*, sur la décision de la Chambre des lords de souscrire au même raisonnement en ce qui concerne la tentative: voir *Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109. La Chambre des lords a maintenant expressément renversé l'arrêt *Haughton* dans l'arrêt *R. c. Shivpuri*, [1986] 2 All E.R. 334, pour le motif qu'abstraction faite des dispositions de la *Criminal Attempts Act 1981*, la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit ne saurait tenir en ce qui a trait à la tentative. L'application de la distinction établie dans l'arrêt *Nock* doit maintenant être remise elle aussi en question, même en l'absence de modification législative. Ainsi, l'opportunité d'appliquer au Canada les principes énoncés dans l'arrêt *Nock* a été mise en

except perhaps in the case of “imaginary crimes”: *R. v. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257.

A number of Canadian academic authorities have also been justly critical of the use of the distinction between factual and legal impossibility in the law of conspiracy, and in particular, have criticized the *Nock* case for this reason. Most writers take the position that if the distinction between factual and legal impossibility is rejected in the case of attempt, it should *a fortiori* be rejected for conspiracy. Thus, for example, Colvin in *Principles of Criminal Law, supra*, at p. 358, indicates, in a discussion that deals primarily with the law of attempt, that he prefers the view that “impossibility of execution is never a defence to inchoate liability in Canada”. Since this position is clear in the *Criminal Code* with regard to attempt, “there is no good reason to treat conspiracy and other forms of inchoate liability any differently”.

Professor Stuart in *Canadian Criminal Law, supra*, at pp. 644-45, convincingly contends that the same rationale for rejecting the distinction between factual and legal impossibility in the law of attempt should apply to the law of conspiracy. He puts his position in this way (at p. 644):

If conspiracy is considered, as it has been suggested that it should, as a preventive crime owing its existence to the fact that it is a step, even though a limited one, towards the commission of a full offence, it is difficult to see why the approach to impossibility should differ.

According to Professor Alan Mewett and Morris Manning in *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 341, if it were not for the decision in *Nock*, the question as to whether impossibility should constitute a defence to the offence of

doute avec raison par le juge Cadsby de la Cour provinciale dans l'affaire *R. c. Atkinson*, [1987] O.J. No. 1930. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a aussi rejeté l'arrêt *Nock*, sauf peut-être dans le cas des «crimes imaginaires»: *R. c. Sew Hoy*, [1994] 1 N.Z.L.R. 257.

Un certain nombre d'auteurs canadiens ont aussi émis des critiques justifiées à l'endroit du recours à la distinction établie entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit en matière de complot; ils ont critiqué plus particulièrement l'arrêt *Nock* pour cette raison. La plupart des auteurs ont exprimé l'opinion que, s'il convient de rejeter la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit en ce qui a trait à la tentative, ce rejet s'impose à plus forte raison en ce qui a trait au complot. Par exemple, Colvin, dans *Principles of Criminal Law, op. cit.*, à la p. 358, indique, dans un exposé qui porte principalement sur les règles applicables à la tentative, qu'il est favorable à l'idée que [TRADUCTION] «l'impossibilité d'exécution ne constitue jamais un moyen de défense en matière de responsabilité secondaire au Canada». Ce principe étant clairement exprimé relativement à la tentative dans le *Code criminel*, [TRADUCTION] «aucun motif valable ne justifie qu'on traite différemment le complot et d'autres formes de responsabilité secondaire».

Dans *Canadian Criminal Law, op. cit.*, aux pp. 644 et 645, le professeur Stuart fait valoir de façon convaincante que le raisonnement suivi pour rejeter la distinction entre l'impossibilité de fait et l'impossibilité de droit en matière de tentative doit aussi s'appliquer en matière de complot. Voici l'explication qu'il donne (à la p. 644):

[TRADUCTION] Si le complot est considéré, tel qu'on l'a proposé, comme une infraction à vocation préventive parce qu'elle constitue une étape, bien que limitée, vers la perpétration d'une infraction parfaite, il est difficile d'imaginer pourquoi la question de l'impossibilité devrait être abordée différemment.

Selon les professeurs Alan Mewett et Morris Manning dans *Mewett & Manning on Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 341, si ce n'était l'arrêt *Nock*, la question de savoir si l'impossibilité peut être invoquée en défense à l'encontre d'une accu-

96

97

98

conspiracy ought not to arise at all. In *Nock*, the House of Lords held that because the offence can never materialize, “[t]here was no *actus reus* because there was no act of agreeing to commit an offence”. Mewett and Manning criticize this reasoning as unsound because “[i]t is wrong to think that there is something that can, in the abstract, be called an *actus reus*”. It is the agreement that is the *actus*, and the intention to do the act that is unlawful (the *mens rea*) that turns the agreement into an *actus reus*, or a “guilty act”. These authors would restrict the availability of the defence of impossibility to situations of “true” legal impossibility (which we have referred to as imaginary crimes), where persons conspire to do something that is not a crime known to law regardless of whether the facts are as the accused believe them to be.

sation de complot ne se poserait même pas. Dans l’arrêt *Nock*, la Chambre des lords a statué que, comme l’infraction ne peut jamais se matérialiser, [TRADUCTION] «[i]l n’y a pas d’*actus reus* parce qu’il n’y a pas eu d’entente en vue de commettre une infraction». Mewett et Manning condamnent ce raisonnement, le jugeant mal fondé parce qu’il [TRADUCTION] «[e]st erroné de croire qu’il existe ce qu’on pourrait, dans l’abstrait, appeler l’*actus reus*». C’est l’entente qui constitue l’*actus*, et l’intention d’accomplir l’acte illégal (la *mens rea*) qui transforme l’entente en un *actus reus*, ou en un «acte coupable». Ces auteurs restreindraient le recours à la défense d’impossibilité aux cas d’impossibilité de droit «véritables» (que nous avons qualifiés de crimes imaginaires), lorsque des personnes complotent en vue de commettre des actes qui ne constituent pas un crime en droit, peu importe que les faits aient été tels que les accusés les croyaient.

99

Canadian courts have only rarely considered this issue. In *R. v. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313, the Ontario Court of Appeal, in a case involving conspiracy to commit forgery, held at p. 315 that “[i]n a prosecution for conspiracy a conviction may not be registered if the operation for the commission of which the accused allegedly conspired would, if accomplished, not have made the accused guilty of the substantive offence”. The respondent obviously finds comfort in this case.

Les tribunaux canadiens se sont rarement prononcés sur la question. Dans l’arrêt *R. c. Chow Sik Wah*, [1964] 1 C.C.C. 313, la Cour d’appel de l’Ontario a statué, dans une affaire de complot en vue de commettre un faux, à la p. 315, que [TRADUCTION] «[d]ans une poursuite pour complot, une déclaration de culpabilité ne peut être prononcée si l’opération visée par le complot allégué n’aurait pu, si elle avait été réalisée, entraîner la culpabilité de l’accusé au titre de l’infraction matérielle précise». L’intimé considère manifestement cet arrêt comme favorable à sa cause.

100

Although some of the language in *Chow Sik Wah* suggests a more general acceptance of the defence of legal impossibility in a case of conspiracy, the case was decided on a much narrower basis. There the substantive offence was defined as involving the making of a false document, knowing it to be false. The resolution of the case turned on the definition of “false document”. Kelly J.A. held that the photograph of the false document was not itself a false document. Therefore, the crime could not be committed regardless of the intention of the accused. There was no issue as to mistaken belief regarding particular circumstances. The accused simply intended to do something which

Bien que certains passages de l’arrêt *Chow Sik Wah* laissent croire à une reconnaissance plus générale de l’impossibilité de droit comme moyen de défense dans une affaire de complot, la décision a une portée beaucoup plus étroite. En l’occurrence, l’infraction matérielle précise a été définie comme le fait de créer un faux document en le sachant faux. L’affaire reposait sur la définition de l’expression «faux document». Le juge Kelly de la Cour d’appel a conclu que la photographie du faux document n’était pas en soi un faux document. En conséquence, le crime ne pouvait être commis, peu importe l’intention des accusés. La question de la croyance erronée à des circonstances particulières

was not prohibited by law. In addition, Kelly J.A. found that the Crown had not established that the photograph was intended to be used to induce anyone to believe that the reproduced document was genuine.

*Chow Sik Wah* should only be accepted as authority for the proposition that impossibility can be a defence to a charge of conspiracy where the conspirators intend to commit an “imaginary crime”. This approach to impossibility and conspiracy has also been taken in older cases dealing with economic conspiracies: see for example *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, at p. 406, citing *R. v. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420.

None of these authorities stands in the way of a conclusion that, from a purely conceptual perspective, the distinction between factual and legal impossibility is as unsound in the law of conspiracy as it is in the law of attempt. As we concluded in discussing impossible attempts, cases of so-called “legal” impossibility turn out to be cases of factual impossibility and the distinction collapses, except in cases of “imaginary crimes”. Conspiracy to commit such fanciful offences of course cannot give rise to criminal liability.

Furthermore, like attempt, conspiracy is a crime of intention. The factual element — or *actus reus* — of the offence is satisfied by the establishment of the agreement to commit the predicate offence. This factual element does not have to correspond with the factual elements of the substantive offence. The goal of the agreement, namely the commission of the substantive offence, is part of the mental element — or *mens rea* — of the offence of conspiracy.

The conspiracy alleged in the case at bar involves the commission of an offence that requires knowledge of a circumstance as one of its essential elements. When a substantive offence

n’a pas été soulevée. Les accusés avaient simplement l’intention d’accomplir un acte non interdit par la loi. De plus, le juge Kelly de la Cour d’appel a conclu que le ministère public n’avait pas établi que la photographie était destinée à être utilisée pour inciter quelqu’un à croire que le document reproduit était authentique.

L’arrêt *Chow Sik Wah* ne devrait être invoqué pour affirmer que l’impossibilité peut être invoquée en défense à l’encontre d’une accusation de complot que si les conspirateurs avaient l’intention de commettre un «crime imaginaire». Cette façon d’aborder la question de l’impossibilité et du complot a été retenue dans la jurisprudence moins récente portant sur les complots économiques: voir, par exemple, *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, à la p. 406, où l’on cite *R. c. Whitchurch* (1890), 24 Q.B.D. 420.

Aucune de ces sources n’interdit de conclure que, sur le plan purement conceptuel, la distinction entre l’impossibilité de fait et l’impossibilité de droit n’est pas mieux fondée parce qu’il s’agit d’un complot plutôt que d’une tentative. Comme nous l’avons vu en analysant la tentative d’infraction impossible, la soi-disant impossibilité «de droit» est en réalité un cas d’impossibilité de fait et cette distinction ne vaut plus, sauf dans les cas de «crimes imaginaires». Un complot en vue de perpétrer une infraction aussi fantaisiste ne peut bien sûr pas engager la responsabilité pénale.

En outre, à l’instar de la tentative, le complot constitue un crime d’intention. L’élément matériel — ou *actus reus* — de l’infraction est établi par la preuve qu’il y a eu entente en vue de commettre l’infraction sous-jacente. Cet élément matériel ne doit pas nécessairement correspondre aux éléments matériels de l’infraction matérielle précise. Le but de l’entente, c’est-à-dire la perpétration de l’infraction matérielle précise, fait partie de l’élément moral — ou *mens rea* — de l’infraction de complot.

Le complot allégué en l’espèce vise la perpétration d’une infraction dont l’un des éléments essentiels est la connaissance d’un fait. Lorsqu’une infraction matérielle précise exige la connaissance

101

102

103

104

requires knowledge of a particular circumstance, the Crown is required to prove a subjective element, which is best described as belief that the particular circumstance exists. The Crown is also required to prove an objective element, namely the truth of the circumstance. It is the presence of the objective circumstance that translates the subjective belief into knowledge or "true belief".

105 However, since the offence of conspiracy only requires an intention to commit the substantive offence, and not the commission of the offence itself, it does not matter that, from an objective point of view, commission of the offence may be impossible. It is the subjective point of view that is important, and from a subjective perspective, conspirators who intend to commit an indictable offence intend to do everything necessary to satisfy the conditions of the offence. The fact that they cannot do so because an objective circumstance is not as they believe it to be does not in any way affect this intention. The intention of the conspirators remains the same, regardless of the absence of the circumstance that would make the realization of that intention possible. It is only in retrospect that the impossibility of accomplishing the common design becomes apparent.

106 If the failure of a conspiracy as a result of some defect in the attendant circumstances were to be considered to constitute "legal" impossibility and as such a defence to a charge of conspiracy, the fact that the conspirators are not culpable becomes a matter of pure luck, divorced from their true intentions. This result is unacceptable. Rather it would be consistent with the law of conspiracy to hold that the absence of the attendant circumstance has no bearing on the intention of the parties, and therefore no bearing on their liability.

107 It has long been accepted that conspirators can be punished for their agreement (*actus reus*) and their intention to commit the offence (*mens rea*). This is true even though the police intervene to prevent the conspirators from committing the substantive offence which was the aim of the conspiracy. By the same token, it should make no difference to the culpability of the conspirators if the

d'un fait particulier, le ministère public est tenu de prouver un élément subjectif, qu'on pourrait le mieux décrire comme la croyance en ce fait particulier. Il doit en outre établir un élément objectif, soit la réalité de ce fait. C'est l'existence de l'élément objectif qui transforme la croyance subjective en connaissance ou en «croyance conforme à la réalité».

Toutefois, comme l'infraction de complot exige seulement l'intention de commettre l'infraction matérielle précise, et non la perpétration de l'infraction même, il est indifférent, du point de vue objectif, que la perpétration de l'infraction puisse être impossible. C'est le point de vue subjectif qui importe et, de ce point de vue, les conspirateurs qui ont l'intention de commettre un acte criminel ont l'intention de prendre toutes les mesures nécessaires pour constituer l'infraction. L'impossibilité d'y parvenir parce qu'un fait objectif n'est pas tel qu'ils le croient n'a aucune incidence sur cette intention. L'intention des conspirateurs demeure la même, sans égard à l'absence du fait qui rendrait possible la réalisation de leur intention. Ce n'est que rétrospectivement qu'on pourra constater l'impossibilité de mettre à exécution leur projet commun.

S'il fallait considérer que l'échec d'un complot imputable à un concours de circonstances défavorables constitue une impossibilité «de droit» et peut de ce fait être invoqué à l'encontre d'une accusation de complot, l'innocence des conspirateurs serait le fruit du hasard et n'aurait aucun lien avec leur véritable intention. Ce résultat est inacceptable. Assurément, il serait conforme aux règles de droit applicables en matière de complot de décider que l'absence d'une circonstance particulière n'a aucun effet sur l'intention des parties et, partant, sur leur responsabilité.

Il est depuis longtemps admis que les conspirateurs sont punissables du fait de leur entente (*actus reus*) et de leur intention de commettre l'infraction (*mens rea*). Cela vaut même lorsque les policiers interviennent pour empêcher les conspirateurs de commettre l'infraction matérielle précise qu'ils complotaient de perpétrer. Il s'ensuit que la culpabilité des conspirateurs ne devrait pas être atténuée

police intervene in a way that makes the offence impossible to commit because, for example, the money to be laundered is not derived from crime. The conspirators could still be properly convicted on the basis that the agreement to do the unlawful object is considered dangerous to society and reprehensible in itself.

This approach does not substitute a different mental element for the offence of conspiracy from that required for the substantive offence of money laundering. In those offences that require knowledge, the mental element is belief. Therefore, the subjective state of mind of a money launderer is the belief that the money is derived from an illicit source. Similarly, the subjective state of mind of the person who conspires with others to launder money is also the belief that the money is derived from an illicit source. For the substantive offence to be committed, the objective circumstance — the existence of actual proceeds of crime — must also exist. But this is not the objective element of the offence of conspiracy. The essential element of conspiracy is the existence of the agreement to put the intention of the conspirators into effect.

It follows from all that has been said above that a conspiracy to commit a crime which cannot be carried out because an objective circumstance is not as the conspirators believed it to be is still capable of giving rise to criminal liability in Canada. Legal impossibility cannot be invoked as a defence to the charge.

(c) *Application of These Principles to this Case*

The only reason that the conspiracy alleged to exist between Mr. Dynar and Mr. Cohen was considered “impossible” was because one external circumstance — the existence of actual proceeds of crime — was absent. Yet, the absence of this circumstance is not a defence to a charge of conspiracy.

lorsque l'intervention des policiers rend la perpétration de l'infraction impossible, par exemple, parce que l'argent à recycler n'est pas d'origine criminelle. Les conspirateurs pourraient quand même être condamnés à bon droit parce que l'entente conclue en vue de réaliser l'objet illégal est jugée dangereuse pour la société et répréhensible en soi.

Ce raisonnement n'emporte pas, pour l'infraction de complot, la substitution d'un élément moral différent de celui qui est exigé pour l'infraction matérielle précise de recyclage des produits de la criminalité. S'agissant d'infractions exigeant la connaissance, l'élément moral est la croyance. En conséquence, l'état d'esprit subjectif requis de la personne qui recycle de l'argent est la croyance que l'argent provient d'une source illicite. De même, l'état d'esprit subjectif de la personne qui complotte avec d'autres en vue de recycler de l'argent consiste à croire que l'argent provient d'une source illicite. Pour que l'infraction matérielle précise soit commise, le fait objectif — l'existence de produits de la criminalité — doit aussi exister. Mais il ne s'agit pas là de l'élément objectif de l'infraction de complot. L'élément essentiel du complot est l'existence d'une entente conclue en vue de mettre à exécution l'intention des conspirateurs.

Il s'ensuit qu'il est encore possible, au Canada, d'être tenu pénalement responsable d'un complot en vue de commettre un crime impossible à consommer parce qu'un fait objectif n'est pas tel qu'on le croit. La défense d'impossibilité de droit ne peut être invoquée à l'encontre de cette accusation.

c) *Application de ces principes aux faits de l'espèce*

L'unique motif pour lequel le complot qu'auraient tramé M. Dynar et M. Cohen a été considéré «impossible» est l'absence d'une circonstance extérieure, savoir l'existence de produits de la criminalité. Pourtant, l'absence de cette circonstance ne constitue pas un moyen de défense relativement à une accusation de complot.

108

109

110

111 There is evidence that Mr. Dynar was a member of a conspiracy that included Mr. Cohen. On several occasions in the wiretapped conversations between Anthony and Mr. Dynar, Maurice Cohen was implicated as the intimate associate of Mr. Dynar in his money laundering operations. In the recorded conversations that took place between Mr. Cohen and Agent McCarthy in Buffalo, Mr. Cohen clearly indicated that he was working for Mr. Dynar and demonstrated a basic knowledge of the exchanges that took place between Mr. Dynar and Anthony. The very fact that Mr. Cohen showed up in Buffalo as arranged between Mr. Dynar and Anthony supports an inference that he and Mr. Dynar were acting in concert.

112 At a minimum, the evidence clearly supports the existence of an agreement to launder what the conspirators believed were the proceeds of crime. Furthermore, there is evidence that the agreement extended beyond the scheme that was being discussed in the "sting" operation. Mr. Dynar spoke of his operations as well-established, with worldwide affiliates, and of his ability to launder large sums of illicit money very quickly. Mr. Cohen demonstrated an intimate knowledge of the logistics of money laundering in Canada, which he indicated was a function of his association with Mr. Dynar. Finally, the appearance of Mr. Cohen in Buffalo, as arranged between Anthony and Mr. Dynar, was an overt act that suggested that Mr. Dynar's claims about his abilities, and about his association with Mr. Cohen, were not mere "puff" and exaggeration. It is reasonable to infer that Dynar's claims, pursuant to the agreement between Dynar and Cohen, were intended to be translated into action.

113 An RCMP officer, qualified as an expert in organized crime, testified to the interpretation of various references made by Mr. Dynar to the origin of the money. In the expert's opinion, Mr. Dynar was clearly under the impression that he would be laundering money derived from the

Des éléments de preuve tendent à établir que M. Dynar était partie à un complot auquel participait M. Cohen. À plusieurs reprises, dans les communications interceptées entre Anthony et M. Dynar, M. Cohen a été impliqué à titre de proche associé de M. Dynar dans ses activités de recyclage d'argent. Au cours des conversations enregistrées entre M. Cohen et l'agent McCarthy, à Buffalo, M. Cohen a clairement indiqué qu'il travaillait pour M. Dynar et il a démontré qu'il connaissait la teneur générale des propos échangés entre M. Dynar et Anthony. Le simple fait que M. Cohen se soit rendu à Buffalo conformément aux arrangements pris par M. Dynar et Anthony nous permet de déduire que lui et M. Dynar agissaient de concert.

La preuve appuie nettement, à tout le moins, l'existence d'une entente en vue de recycler ce que les conspirateurs croyaient être des produits de la criminalité. En outre, des éléments de preuve tendent à établir que l'entente ne se limitait pas au scénario discuté dans le cadre de l'opération d'infiltration policière. Aux dires de M. Dynar, ses activités étaient solidement établies, avec le concours d'acolytes répartis dans le monde entier, et il était en mesure de recycler très rapidement de fortes sommes de provenance illégale. M. Cohen a démontré qu'il connaissait très bien l'organisation matérielle du recyclage d'argent au Canada, en raison, selon lui, de son association avec M. Dynar. Enfin, en se présentant au rendez-vous de Buffalo, conformément aux arrangements pris entre Anthony et M. Dynar, M. Cohen a accompli un acte manifeste qui laisse entendre que les prétentions de M. Dynar concernant ses capacités et son association avec M. Cohen ne relevaient pas de la pure vantardise et de l'exagération. Il est raisonnable de conclure que les prétentions de M. Dynar, conformément à l'entente conclue entre lui et M. Cohen, devaient être extériorisées par des actes.

Un agent de la GRC, ayant qualité d'expert en matière de crime organisé, a témoigné sur l'interprétation à donner aux différentes allusions faites par M. Dynar au sujet de la provenance de l'argent. Selon cet expert, M. Dynar pensait sans l'ombre d'un doute que l'argent qu'il devait recy-

drug trade. The evidence discloses that Mr. Cohen was under the same impression. This is demonstrated by his desire to ensure that he was not detected by the Canadian border officials while transporting the funds into Canada. It can therefore be said that both alleged conspirators had the requisite intention to commit the substantive offence of laundering money.

It is clear that the evidence presented demonstrated a *prima facie* case for extradition purposes, since it would warrant committing Mr. Dynar and Mr. Cohen for trial for conspiracy in Canada if their conduct had taken place here. Keenan J. was therefore correct in holding that Mr. Dynar was extraditable on both the charge of attempt to launder money, and conspiracy to launder money.

#### B. *Disclosure in the Extradition Hearing: The Cross-Appeal*

Mr. Dynar cross-appeals from the decision of the Ontario Court of Appeal on the basis that he was not given a fair hearing. He argues that he did not receive adequate disclosure of the involvement of the Canadian investigating authorities in the gathering of the evidence that was the basis for the committal order. This lack of disclosure, he submits, justifies a new hearing at which full disclosure should be given, which in turn may provide him with the basis for arguing that a stay of proceedings is warranted.

Alternatively, it is submitted that he will argue at a new hearing that there was a violation of his right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* because the wire-tap evidence was gathered without judicial authorization. He also contends that there was a violation of his s. 7 rights on the basis of entrapment because the "sting" operation was allegedly set up without reasonable grounds to believe that an offence was being committed. The respondent conceded in oral argument that the ultimate goal of

cler provenait du trafic de stupéfiants. La preuve révèle que M. Cohen le pensait aussi. Il l'a démontré par son désir de tout faire pour ne pas être repéré par les douaniers à la frontière canadienne lorsqu'il ferait entrer l'argent au Canada. On peut donc affirmer que les deux conspirateurs présumés avaient l'intention nécessaire pour commettre l'infraction matérielle précise de recyclage des produits de la criminalité.

À l'évidence, les éléments de preuve produits ont établi la preuve *prima facie* requise dans une procédure d'extradition, car ils justifieraient que M. Dynar et M. Cohen soient cités à procès pour complot au Canada si les actes en cause avaient été accomplis dans notre pays. Le juge Keenan a donc eu raison de décider que M. Dynar pouvait être extradé pour les deux infractions reprochées: la tentative de recyclage d'argent et le complot en vue de recycler l'argent.

#### B. *La communication à l'audience d'extradition: le pourvoi incident*

M. Dynar a formé un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario pour le motif qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable. Il soutient ne pas avoir été suffisamment informé de la participation des enquêteurs canadiens aux mesures prises pour recueillir les éléments de preuve qui ont justifié la délivrance du mandat de dépôt. Il fait valoir que cette absence de communication justifie la tenue d'une nouvelle audience au cours de laquelle tous les éléments devraient lui être communiqués, ce qui pourra lui fournir des moyens pour justifier une demande de sursis d'instance.

Subsidiairement, il affirme qu'il soutiendra lors de la nouvelle audience, que son droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, n'a pas été respecté parce que l'interception des communications produites en preuve n'a pas été autorisée par un juge. Il prétend en outre qu'il y a eu atteinte aux droits que lui confère l'art. 7 parce qu'on lui a tendu un piège étant donné que l'opération d'infiltration policière aurait été menée en l'absence de motifs raisonnables de croire à la per-

114

115

116

these endeavours is either the exclusion of the evidence of the sting operation from the extradition proceedings, or a stay of proceedings. However, the nature of the extradition hearing, and the evidence relied upon by the Requesting State in the committal hearing, demonstrate that a new hearing is not warranted.

### (1) The Nature of the Extradition Hearing

117 The extradition process in Canada is governed by the *Extradition Act*, which translates into domestic law Canada's international obligations to surrender fugitives who have committed crimes in other jurisdictions: *McVey, supra*, at p. 508. The Act establishes a two-step process for determining whether a particular fugitive should be surrendered to a foreign jurisdiction for trial.

118 The first step, the committal hearing, is the judicial phase of the process in which the fugitive is brought before a judge who determines whether the evidence justifies surrender of the fugitive. If the Requesting State has made out its case, the fugitive is committed. If not, the fugitive is discharged. If the fugitive is committed for surrender, the warrant of committal, as well as any report from the judge presiding over the committal hearing, is forwarded to the Minister of Justice, who then makes the final decision whether the fugitive should be surrendered. This second phase of the process is political in nature and is not in issue in the cross-appeal. Rather, the cross-appeal puts in issue the level of procedural protection that the fugitive is entitled to receive during the judicial phase of the process — the committal hearing.

119 Under s. 13 of the *Extradition Act*, the committal proceeding is to be conducted "in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada". The purpose of the extradition hearing for a fugitive accused of a crime in another jurisdiction is outlined in s. 18(1)(b), which provides:

pétration d'une infraction. L'intimé a admis dans sa plaidoirie orale que ces efforts visaient en bout de ligne à obtenir soit l'exclusion de la preuve recueillie grâce à l'opération policière, soit un sur-sis d'instance. Toutefois, la nature de l'audience d'extradition et la preuve invoquée par l'État requérant à l'audience relative à l'incarcération font ressortir qu'une nouvelle audience n'est pas justifiée.

### (1) La nature de l'audience d'extradition

La procédure d'extradition au Canada est régie par la *Loi sur l'extradition* qui transpose en règles de droit interne les obligations internationales du Canada qui s'est engagé à extraditer les fugitifs ayant commis des crimes à l'étranger: *McVey*, précité, à la p. 508. La loi établit une procédure en deux étapes pour déterminer si le fugitif doit être livré à un pays étranger pour y être jugé.

La première étape, l'audience relative à l'incarcération, constitue la phase judiciaire du processus au cours de laquelle le fugitif comparait devant un juge pour que celui-ci détermine si la preuve justifie son extradition. Si l'État requérant établit le bien-fondé de sa demande, le fugitif est incarcéré. Dans le cas contraire, le fugitif est libéré. Si le fugitif est incarcéré en vue de son extradition, le mandat de dépôt, ainsi que tout rapport préparé par le juge qui a présidé l'audience relative à l'incarcération sont transmis au ministre de la Justice qui tranche alors de façon définitive la question de savoir si le fugitif doit être extradé. Cette deuxième phase du processus est de nature politique et n'est pas contestée dans le pourvoi incident. Le pourvoi incident porte plutôt sur l'étendue de la protection en matière de procédure à laquelle le fugitif a droit pendant la phase judiciaire du processus — l'audience relative à l'incarcération.

Aux termes de l'art. 13 de la *Loi sur l'extradition*, la procédure touchant l'incarcération «se déroule, dans la mesure du possible [...] comme [si le fugitif] comparait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada». Le but de l'audience d'extradition d'un fugitif accusé d'un crime commis à l'étranger est énoncé à l'al. 18(1)b):

18. (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada.

The extradition judge must determine whether the fugitive should be committed for surrender, which is to say whether a *prima facie* case has been demonstrated that would justify his committal for trial if his conduct had taken place in Canada.

The jurisdiction of the extradition judge is derived entirely from the statute and the relevant treaty. Pursuant to s. 3 of the Act, the statute must be interpreted as giving effect to the terms of the applicable treaty. La Forest J., writing for the majority in *McVey, supra*, at p. 519, stated that courts must find a statutory source for attributing a particular function to the extradition judge, and that “courts should not reach out to bring within their jurisdictional ambit matters that the Act has not assigned to them”. In particular, it was held in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 553, that

absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed. [Emphasis added.]

As a result, the role of the extradition judge has been held to be a “modest one”, limited to the determination of whether or not the evidence is sufficient to justify committing the fugitive for surrender: see, for example, *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286, at p. 296; *Mellino*, *supra*, at p. 553; *McVey, supra*, at p. 526.

One of the most important functions of the extradition hearing is the protection of the liberty

18. (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarcération du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l'État étranger ou sa libération conformément à la loi:

b) dans le cas où le fugitif n'est qu'accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition, lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

Le juge d'extradition doit déterminer s'il faut incarcérer le fugitif en vue de son extradition, c'est-à-dire qu'il décide si une preuve *prima facie* a été établie qui justifierait sa citation à procès si les actes qu'on lui reproche avaient été commis au Canada.

Les pouvoirs du juge d'extradition lui sont conférés exclusivement par la loi et le traité applicable. Aux termes de l'art. 3 de la loi, celle-ci doit recevoir une interprétation favorable à la mise en œuvre du traité applicable. Le juge La Forest a déclaré, au nom de la majorité, dans l'arrêt *McVey*, précité, à la p. 519, que les tribunaux doivent trouver un fondement législatif à chaque fonction particulière qu'ils attribuent à un juge d'extradition et que «les tribunaux ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard de questions que la Loi ne leur a pas confiées». Il a notamment été décidé ce qui suit, dans l'affaire *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 553:

... en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition. [Nous soulignons.]

En conséquence, le rôle du juge d'extradition a été jugé «modeste», limité à déterminer si la preuve est suffisante ou non pour justifier l'incarcération du fugitif en vue de son extradition: voir, par exemple, *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286, à la p. 296; *Mellino*, précité, à la p. 553; *McVey*, précité, à la p. 526.

L'une des fonctions les plus importantes de l'audience d'extradition consiste à protéger la liberté

of the individual. It ensures that an individual will not be surrendered for trial in a foreign jurisdiction unless, as previously mentioned, the Requesting State presents evidence that demonstrates on a *prima facie* basis that the individual has committed acts in the foreign jurisdiction that would constitute criminal conduct in Canada. See *McVey, supra*, at p. 519; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 245, *per* Laskin J. (as he then was); *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 515. The extradition judge may also have limited *Charter* jurisdiction under s. 9(3) of the amended *Extradition Act*, although it is not necessary to delineate the scope of that jurisdiction in this appeal.

122

A judge hearing an application for extradition has an important role to fulfil. Yet it cannot be forgotten that the hearing is intended to be an expedited process, designed to keep expenses to a minimum and ensure prompt compliance with Canada's international obligations. As La Forest J. stated for the majority in *McVey, supra*, at p. 551, "extradition proceedings are not trials. They are intended to be expeditious procedures to determine whether a trial should be held". In fact, in some contexts, a requirement for more "trial-like" procedures at the extradition committal stage may "cripple the operation of the extradition proceedings": *McVey, supra*, at p. 528. See also *Schmidt, supra*, at p. 516.

(2) The Application of the Charter to Extradition Proceedings

123

There is no doubt that the *Charter* applies to extradition proceedings. Yet s. 32 of the *Charter* provides that it is applicable only to Canadian state actors. Pursuant to principles of international comity as well, the *Charter* generally cannot apply extraterritorially: see, for example, *Schmidt, supra*, at pp. 518 and 527; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, at p. 571; *Mellino, supra*, at p. 552.

individuelle. Elle garantit qu'une personne ne sera pas extradée pour subir son procès à l'étranger à moins que l'État requérant ne présente, tel qu'il a été expliqué précédemment, une preuve établissant une apparence suffisante de la commission à l'étranger par cette personne d'actes qui constitueraient un crime au Canada. Voir *McVey*, précité, à la p. 519; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 245, le juge Laskin (plus tard Juge en chef); *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 515. Le juge d'extradition peut également être investi de pouvoirs limités concernant la *Charte* sous le régime du par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition*, modifiée, mais il n'est pas nécessaire de préciser la portée de cette compétence pour trancher le présent pourvoi.

Le juge saisi d'une demande d'extradition a un rôle important à jouer. Pourtant, il ne faut pas oublier que l'audience doit être un processus accéléré, conçu pour maintenir les dépenses à leur niveau le plus bas et pour garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada. Comme le juge La Forest l'a affirmé, au nom de la majorité dans l'arrêt *McVey*, précité, à la p. 551, «les procédures d'extradition ne sont pas des procès. Elles sont conçues comme des procédures expéditives pour déterminer s'il doit y avoir un procès». En fait, dans certains contextes, l'obligation de recourir à une procédure qui tient davantage du procès à l'étape de l'incarcération en vue de l'extradition pourrait «nuire au fonctionnement des procédures en matière d'extradition»: *McVey*, précité, à la p. 528. Voir aussi *Schmidt*, précité, à la p. 516.

(2) L'application de la Charte aux procédures d'extradition

Il est certain que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition. Néanmoins, l'art. 32 de la *Charte* précise qu'elle ne s'applique qu'aux représentants de l'État canadien. Du reste, en vertu des principes de la courtoisie internationale, la *Charte* ne saurait en règle générale recevoir d'application extraterritoriale: voir, par exemple, *Schmidt*, précité, aux pp. 518 et 527; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, à la p. 571; *Mellino*, précité, à la p. 552.

The *Charter* does therefore guarantee the fairness of the committal hearing. The Minister's discretion in deciding to surrender the fugitive may also attract *Charter* scrutiny. In both instances, s. 7 of the *Charter*, which provides that an individual has a right not to be deprived of life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, will be most frequently invoked. It is obvious that the liberty and security of the person of the fugitive are at stake in an extradition proceeding. The proceedings must therefore be conducted in accordance with the principles of fundamental justice: see A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 132; *Schmidt, supra*, at pp. 520-21.

Even where there is a sufficient involvement of Canadian authorities in the proceedings to justify applying the *Charter*, courts must proceed with caution. It has been observed that "judicial intervention must be limited to cases of real substance": *Schmidt, supra*, at p. 523. To do otherwise might all too easily place Canada in a position of violating its international obligations: see *La Forest's Extradition, supra*, at p. 25.

Mr. Dynar has not argued that the situation he will face in the United States is in any way oppressive or unacceptable. Indeed, before such an argument could succeed the fugitive would have to demonstrate that he will be subjected to egregious conduct that would "shock the conscience" or that would be "simply unacceptable": *Schmidt, supra*, at p. 522; *Allard, supra*, at p. 572. Rather the focus of Mr. Dynar's argument is on his entitlement under s. 7 of the *Charter* to procedural safeguards in the form of disclosure in connection with the extradition hearing.

(3) Applicable Procedural Safeguards at the Extradition Hearing

(a) The Right to Disclosure of Materials in the Hands of the Requesting State

Mr. Dynar's submission is that he was entitled to a high level of disclosure in the extradition pro-

La *Charte* garantit donc le caractère équitable de l'audience relative à l'incarcération. Le pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader le fugitif peut également faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans les deux cas, l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, sera le plus souvent invoqué. Il est évident que la liberté et la sécurité de la personne d'un fugitif sont en jeu dans une procédure d'extradition. Cette procédure doit donc se dérouler en conformité avec les principes de justice fondamentale: voir A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 132; *Schmidt, précité*, aux pp. 520 et 521.

Même lorsque les autorités canadiennes participent suffisamment à la procédure pour justifier l'application de la *Charte*, les tribunaux doivent faire preuve de prudence. On a fait remarquer que «l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose»: *Schmidt, précité*, à la p. 523. Agir autrement pourrait trop facilement placer le Canada dans une situation où il manquerait à ses obligations internationales: voir *La Forest's Extradition, op. cit.*, à la p. 25.

M. Dynar n'a pas prétendu que la situation dans laquelle il se retrouverait aux États-Unis serait oppressive ou inacceptable à quelque égard. En fait, pour invoquer un tel argument avec succès, le fugitif devrait démontrer qu'il subirait un traitement inusité qui «choque la conscience» ou qui est «simplement inacceptable»: *Schmidt, précité*, à la p. 522; *Allard, précité*, à la p. 572. M. Dynar a plutôt fait porter l'essentiel de ses arguments sur les garanties procédurales en matière de communication que lui accorde la *Charte* relativement à l'audience d'extradition.

(3) Garanties procédurales applicables à l'audience d'extradition

a) Le droit à la communication des éléments en la possession de l'État requérant

Selon M. Dynar, il a droit à une communication très étendue dans le cadre de la procédure d'ex-

124

125

126

127

ceeding so that he could make full answer and defence in accordance with his s. 7 *Charter* rights. The essence of Mr. Dynar's argument is that an attenuated version of the rules set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, should apply. Although the level of disclosure required in an extradition proceeding does not have to be definitively resolved in this case, some comments pertaining to this issue should be made.

128

Even though the extradition hearing must be conducted in accordance with the principles of fundamental justice, this does not automatically entitle the fugitive to the highest possible level of disclosure. The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Charter* vary according to the context of the proceedings in which they are raised. It is clear that there is no entitlement to the most favourable procedures imaginable: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 361-62. For example, more attenuated levels of procedural safeguards have been held to be appropriate at immigration hearings than would apply in criminal trials. See *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711. The same approach is equally applicable to an extradition proceeding. While it was stated in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 658, that the committal hearing in the extradition process is "certainly judicial in its nature and warrants the application of the full panoply of procedural safeguards", it was held that the extent and nature of procedural protection guaranteed by s. 7 of the *Charter* in an extradition proceeding will depend on the context in which it is claimed (at pp. 656-57).

129

The context and purpose of the extradition hearing will shape the level of procedural protection that is available to a fugitive. In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844, the position was put by the majority in this way:

dition afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière en conformité avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Pour l'essentiel, M. Dynar soutient qu'une version assouplie des règles établies dans les arrêts *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, doit s'appliquer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de l'étendue de la communication requise dans une procédure d'extradition, il y a lieu de formuler certaines remarques à ce sujet.

L'audience d'extradition doit respecter les principes de justice fondamentale, mais il ne s'ensuit pas que le fugitif a nécessairement droit à la communication la plus complète possible. Les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte* varient selon le contexte de la procédure dans le cadre de laquelle ils sont soulevés. À l'évidence, il n'existe pas de droit à la procédure la plus favorable qu'on puisse imaginer: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 361 et 362. Ainsi, on a jugé que des garanties procédurales moins strictes que celles applicables dans le cadre d'un procès criminel convenaient aux audiences en matière d'immigration. Voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711. Cette solution vaut également pour la procédure d'extradition. Certes, l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, à la p. 658, précise que l'audience relative à l'incarcération dans la procédure d'extradition est «certainement judiciaire de par sa nature et justifie l'application de toute la gamme des garanties en matière de procédure», mais il dit aussi que l'étendue et la nature de la protection procédurale garantie par l'art. 7 de la *Charte* dans une procédure d'extradition dépendra du contexte dans lequel elle est réclamée (aux pp. 656 et 657).

Le contexte et l'objet de l'audience d'extradition déterminent l'importance de la protection accordée au fugitif en matière de procédure. Dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 844, la Cour à la majorité s'est exprimée comme suit:

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

See also *Mellino*, *supra*, at p. 551.

It follows that it is neither necessary nor appropriate to simply transplant into the extradition process all the disclosure requirements referred to in *Stinchcombe*, *supra*, *Chaplin*, *supra*, and *O'Connor*, *supra*. Those concepts apply to domestic criminal proceedings, where onerous duties are properly imposed on the Crown to disclose to the defence all relevant material in its possession or control. This is a function of an accused's right to full answer and defence in a Canadian trial. However, the extradition proceeding is governed by treaty and by statute. The role of the extradition judge is limited and the level of procedural safeguards required, including disclosure, must be considered within this framework.

Procedures at the extradition hearing are of necessity less complex and extensive than those in domestic preliminary inquiries or trials. Earlier decisions have wisely avoided imposing procedural requirements on the committal hearing that would render it very difficult for Canada to honour its international obligations. Thus, in *Mellino*, *supra*, at p. 548, reservations were expressed about procedures that would permit an extradition hearing to become the forum for lengthy examinations of the reasons for delay in either seeking or undertaking extradition proceedings. La Forest J., for the majority, held that this would be "wholly out of keeping with extradition proceedings".

Bien que le processus d'extradition constitue une partie importante de notre système de justice pénale, il serait erroné de le faire correspondre au processus d'instance criminelle. Il est différent du processus criminel par son objet et sa procédure et, ce qui est le plus important, par les facteurs qui le rendent équitable. Contrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d'extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts.

Voir aussi *Mellino*, précité, à la p. 551.

Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire ni indiqué de transposer simplement dans le processus d'extradition toutes les exigences en matière de communication mentionnées dans les arrêts *Stinchcombe*, *Chaplin* et *O'Connor*, précités. Ces concepts s'appliquent aux procédures pénales internes, dans le cadre desquelles le ministère public est à juste titre tenu de s'acquitter de lourdes obligations quant à la communication à la défense de tous les documents pertinents qu'il a en sa possession ou sur lesquels il exerce son autorité. C'est le corollaire du droit de l'accusé à une défense pleine et entière dans un procès tenu au Canada. La procédure d'extradition, elle, est régie par les stipulations d'un traité et par la loi. Le rôle du juge d'extradition est limité et l'étendue des garanties procédurales à respecter, notamment en matière de communication, doit être établie en fonction de ce contexte.

Les règles régissant la procédure dans une audience d'extradition sont nécessairement moins complexes et moins détaillées que dans une enquête préliminaire ou un procès en droit interne. Les décisions antérieures ont judicieusement évité d'assujettir l'audience relative à l'incarcération à des exigences procédurales qui gêneraient l'exécution par le Canada de ses obligations internationales. Ainsi, des réserves ont été exprimées dans l'arrêt *Mellino*, précité, à la p. 548, relativement aux règles de procédure qui feraient de l'audience d'extradition le cadre d'un examen minutieux des motifs du retard à demander l'extradition ou à engager une procédure d'extradition. Le juge La Forest a déclaré, au nom de la majorité, que cette fonction «ne conv[enait] guère à des procédures d'extradition».

130

131

132

The statutory powers of an extradition judge are limited. The hearing judge may receive sworn evidence offered to show the truth of the charge or conviction (s. 14), receive evidence to show that the particular crime is not an extradition crime (s. 15), and take into account sworn, duly authenticated depositions or statements taken in a foreign state (s. 16). The obligation on the Requesting State is simply to establish a *prima facie* case for the surrender of the fugitive and it is not required to go further than this. The committal hearing is neither intended nor designed to provide the discovery function of a domestic preliminary inquiry. See *Philippines (Republic) v. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321 (C.A.), at pp. 328-39, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. Specifically, disclosure of the relationship between United States and Canadian authorities in an investigation is not a requirement imposed on the Requesting State under either the Act or the treaty.

133

It was emphasized in *Mellino, supra*, at p. 555, that one of the practical difficulties with attributing jurisdiction to an extradition judge to adjudicate on matters such as unreasonable delay caused by officials either in Canada or the Requesting State is the "limited information available to an extradition judge and his jurisdictional inability to obtain it". Any requirement for disclosure that is read into the Act as a matter of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* will therefore necessarily be constrained by the limited function of the extradition judge under the Act, and by the need to avoid imposing Canadian notions of procedural fairness on foreign authorities.

134

The Requesting State concedes that the fugitive is entitled to know the case against him. See *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), aff'd [1996] 1 S.C.R. 467. In light of the purpose of the hearing, however, this would simply entitle him to disclosure of materials on which the Requesting State is relying to establish its *prima facie* case.

Les pouvoirs conférés par la loi au juge d'extradition sont limités. Le juge qui préside l'audience peut recevoir sous serment les témoignages visant à établir la véracité de l'accusation ou l'existence de la condamnation (art. 14), recevoir les témoignages visant à établir que le crime en cause ne constitue pas un crime donnant lieu à l'extradition (art. 15) et tenir compte des dépositions ou déclarations faites sous serment dans un État étranger et dûment authentifiées (art. 16). L'État requérant doit simplement produire une preuve *prima facie* du bien-fondé de l'extradition du fugitif, rien de plus. L'audience relative à l'incarcération n'a pas pour objet d'assurer la communication prévue dans une enquête préliminaire en droit interne et elle n'a pas été conçue à cette fin. Voir *Philippines (Republic) c. Pacificador* (1993), 14 O.R. (3d) 321 (C.A.), aux pp. 328 à 339, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x. Plus précisément, ni la loi ni le traité n'obligent l'État requérant à révéler les rapports entre les États-Unis et les autorités canadiennes dans le cadre d'une enquête.

On a souligné, à la p. 555 de l'arrêt *Mellino*, précité, que l'une des difficultés pratiques à laquelle se heurterait le juge d'extradition appelé à trancher des questions telles le caractère déraisonnable d'un retard imputable aux fonctionnaires du Canada ou de l'État requérant est «le peu d'informations dont dispose un juge d'extradition et son défaut de compétence pour obtenir de plus amples renseignements». Toute obligation de communication que l'on considérerait comme prévue par la loi au nom de la justice fondamentale reconnue à l'art. 7 de la *Charte* serait donc nécessairement restreinte en raison du rôle limité attribué au juge d'extradition par la loi et de la nécessité d'éviter d'imposer les notions canadiennes relatives à l'équité procédurale aux autorités étrangères.

L'État requérant reconnaît au fugitif le droit d'être informé de la preuve qu'il devra réfuter. Voir *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), conf. par [1996] 1 R.C.S. 467. Compte tenu de l'objet de l'audience, toutefois, le fugitif n'aurait droit qu'à la communication des éléments sur lesquels l'État requérant s'appuie pour établir sa preuve *prima facie*.

Mr. Dynar does not argue that he did not receive adequate disclosure of the materials that were being relied upon to establish the *prima facie* case against him. It follows that, in light of the limited nature of extradition hearing, no additional disclosure was required and there is no foundation to Mr. Dynar's claim that he was not treated fairly in the hearing before Keenan J.

(b) *No Justiciable Charter Issue Arises in this Case*

Quite simply, no justiciable *Charter* issue arises in light of the evidence adduced and the nature of an extradition hearing. Mr. Dynar took advantage of telephone facilities to carry out his activities in the United States. He also sent Mr. Cohen to Buffalo to pick up the money. It does not matter that he physically did not leave Canada at any point. The actions of Dynar and Cohen were sufficient to bring them within the jurisdiction of the United States. The affidavit evidence submitted by the Requesting State discloses that the evidence was gathered by American authorities, on American soil, for an American investigation. Any attempt to demonstrate involvement of Canadian authorities acting in conjunction with American authorities simply cannot alter this basic fact.

*R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, considered an informal cooperative arrangement between Canadian and U.S. law enforcement officials. Canada was seeking the return from the State of California of a Canadian accused of murder. The fugitive was apprehended by the police in California who, at the request of the Canadian authorities, questioned him. Although the conduct of the investigation was lawful in the United States, the police failed to advise the fugitive of his rights to counsel in the manner that would be required by the *Charter*. The fugitive argued that the statement he made to the California police should accordingly be excluded from his Canadian trial. McLachlin J., writing for the Court, held that in order to find a violation of the *Charter*, it would be necessary to hold that the California police were subject to the *Charter*. This would "run counter to the settled rule that a state is

M. Dynar ne prétend pas avoir obtenu une communication incomplète des éléments invoqués à l'appui de la preuve *prima facie* présentée contre lui. Par conséquent, compte tenu de la nature limitée de l'audience d'extradition, aucune communication additionnelle n'était nécessaire et la prétention de M. Dynar voulant qu'il n'ait pas été traité équitablement à l'audience présidée par le juge Keenan est sans fondement.

b) *Absence de question justiciable des tribunaux ayant trait à la Charte*

Compte tenu de la preuve produite et de la nature de l'audience d'extradition, l'instance ne soulève tout simplement aucune question ayant trait à la *Charte* susceptible d'être tranchée par les tribunaux. M. Dynar s'est servi du réseau téléphonique pour exercer ses activités aux États-Unis. Il a également envoyé M. Cohen à Buffalo pour prendre l'argent. Peu importe qu'il n'ait jamais quitté le Canada. Les agissements de M. Dynar et M. Cohen suffisaient pour les assujettir à la compétence des États-Unis. L'affidavit produit par l'État requérant révèle que la preuve a été recueillie par les autorités américaines, en territoire américain, aux fins d'une enquête américaine. Tenter d'établir la participation des autorités canadiennes qui auraient agi de concert avec les autorités américaines n'y changera rien.

L'arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, portait sur une coopération officieuse entre les personnes chargées de l'application de la loi au Canada et aux États-Unis. Le Canada tentait d'obtenir le renvoi au Canada d'un Canadien accusé de meurtre qui se trouvait dans l'État de Californie. Le fugitif a été arrêté par les policiers de la Californie qui l'ont interrogé, à la demande des autorités canadiennes. L'enquête s'est déroulée en conformité avec le droit américain, mais les policiers n'ont pas informé le fugitif de son droit à l'assistance d'un avocat selon les exigences établies par la *Charte*. Le fugitif a fait valoir que la déclaration faite aux policiers de la Californie ne devait donc pas être admise en preuve dans le cadre de son procès au Canada. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a statué que pour conclure à l'existence d'une violation de la *Charte*, il fallait d'abord con-

135

136

137

only competent to enforce its laws within its own territorial boundaries” (p. 215).

138 McLachlin J. went on to state at p. 216 that “[t]he practice of cooperation between police of different countries does not make the law of one country applicable in the other country”. She added at p. 217 that:

Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state’s sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken. . . .

Finally, she concluded at p. 220 that “[e]ven if one could somehow classify them as ‘agents’ of the Canadian police, so long as they operated in California they would be governed by California law”. The existence of a cooperative arrangement between jurisdictions, whether informal or formal, does not change these principles.

139 If the foreign police are not governed by the *Charter*, then the evidence gathered by them cannot be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. It is true that there are limited circumstances in which evidence might be excluded without resorting to s. 24(2). This exception might apply if the evidence is gathered by the foreign authorities in such an abusive manner that its admission would be *per se* unfair under s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at pp. 571-72; *Terry*, *supra*, at pp. 218-19. But both *Harrer* and *Terry* involve evidence gathered by foreign authorities for use in a Canadian trial. This limited exception is of no assistance to Mr. Dynar, who is arguing

clure que les policiers de la Californie étaient assujettis à la *Charte*. Pareille conclusion «irait à l’encontre de la règle bien établie selon laquelle un État n’a de compétence pour faire appliquer ses lois qu’à l’intérieur de ses propres frontières territoriales» (p. 215).

Le juge McLachlin a ajouté, à la p. 216, que «[l]a pratique de la coopération entre les policiers de différents pays ne rend pas les lois d’un pays applicables dans un autre». Elle a poursuivi son raisonnement, à la p. 217:

La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d’un policier ou d’un organisme étranger d’aider la police canadienne ne peut diminuer l’exclusivité de la souveraineté d’un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l’ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité en question se déroule. . . .

Enfin, elle a conclu, à la p. 220, que «[m]ême s’ils pouvaient de quelque façon être qualifiés de «mandataires» de la police canadienne, dans la mesure où ils agissaient en Californie, ils étaient assujettis aux lois de la Californie». L’existence d’une coopération, officielle ou officieuse, entre les deux ressorts ne modifie pas ces principes.

Si les policiers étrangers ne sont pas assujettis à la *Charte*, la preuve qu’ils recueillent ne peut être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Certes, dans certaines circonstances, la preuve pourrait être exclue sans que soit invoqué le par. 24(2). Ce serait le cas si la preuve avait été recueillie par les autorités étrangères de façon si abusive que son admission serait en soi inéquitable au sens de l’art. 7 de la *Charte*. Voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, aux pp. 571 et 572; *Terry*, précité, aux pp. 218 et 219. Mais les arrêts *Harrer* et *Terry* portent tous les deux sur la preuve recueillie par des autorités étrangères en vue d’un procès canadien. Cette exception n’est d’aucun secours à M. Dynar

for the exclusion of evidence in an extradition hearing.

Although a fugitive might be able to argue that the admission of some evidence at an extradition hearing was *per se* unfair under s. 7 of the *Charter*, Mr. Dynar could not have successfully made this argument. The wiretap evidence was gathered in Nevada, in conformity with the law of the United States, but in a manner that would be unacceptable in Canada. However, the fact that evidence was obtained in the foreign jurisdiction in a way that does not comply with our *Charter* is not enough on its own to render the proceeding so unfair that the evidence should be excluded: *Harrer, supra*, at p. 573. Considerations of this nature must always be balanced against the need to ensure that Canada's international obligations are honoured, to foster cooperation between investigative authorities in different jurisdictions, and to avoid indirectly forcing the foreign authorities to adopt procedural safeguards that resemble our own in order to successfully obtain the surrender of a fugitive.

Mr. Dynar contends that as a result of the Requesting State's non-disclosure, there is no evidentiary record on the basis of which he can even attempt to make a *Charter* argument. Yet the evidence presented by the Requesting State does disclose enough information to conclude that there is simply no "air of reality" to the contention that Mr. Dynar could establish a *Charter* violation by the Canadian officials in the gathering of the evidence. The evidence before Keenan J. included the affidavit of Agent Matthews. It clearly reveals that the FBI had been interested in the activities of Mr. Dynar for some time; that Matthews himself was aware of previous occasions on which Mr. Dynar had admitted to laundering large sums of money in the State of Nevada, and that he initiated the investigation on the basis of his suspicions regarding Mr. Dynar's telephone call to Lucky Simone. The affidavit provides a sufficient basis to conclude that the investigation, the evidence and the prosecution were essentially American. No

qui demande l'exclusion de la preuve dans le cadre d'une audience d'extradition.

Bien qu'un fugitif puisse faire valoir que l'admission d'une preuve quelconque dans le cadre d'une audience d'extradition est inéquitable en soi au sens de l'art. 7 de la *Charte*, M. Dynar n'aurait pu avoir gain de cause sur ce point. La preuve obtenue par écoute électronique a été recueillie au Nevada en conformité avec le droit américain, mais selon des modalités qui seraient inacceptables au Canada. Toutefois, le fait que la preuve a été obtenue dans un ressort étranger selon des modalités qui ne respectent pas la *Charte* canadienne ne suffit pas en soi pour rendre la procédure inéquitable à tel point que la preuve doive être exclue: *Harrer*, précité, à la p. 573. Des considérations de cette nature doivent toujours être soupesées en regard de la nécessité d'assurer le respect par le Canada de ses obligations internationales, afin de favoriser la coopération entre enquêteurs de ressorts différents et d'éviter de forcer indirectement les autorités étrangères à établir des garanties procédurales semblables aux nôtres pour obtenir l'extradition d'un fugitif.

M. Dynar prétend qu'en raison du manquement par l'État requérant à l'obligation de communiquer, il n'y a pas d'éléments de preuve au dossier sur lesquels il pourrait se fonder, ne serait-ce que pour tenter d'invoquer la *Charte*. Or la preuve produite par l'État requérant révèle suffisamment de renseignements pour justifier que l'on conclue à l'absence de «vraisemblance» de la prétention selon laquelle M. Dynar pourrait établir que les fonctionnaires canadiens ont violé la *Charte* en recueillant la preuve. Parmi les éléments versés aux débats devant le juge Keenan figurait un affidavit de l'agent Matthews. Il révèle clairement que le FBI s'intéressait aux activités de M. Dynar depuis quelque temps, que l'agent Matthews lui-même savait que M. Dynar avait déjà admis à d'autres occasions avoir recyclé d'importantes sommes d'argent dans l'État du Nevada et qu'il avait amorcé l'enquête en raison des soupçons qu'avait éveillés chez lui l'appel téléphonique de M. Dynar à Lucky Simone. Cet affidavit fournit

amount of cooperation by the Canadian authorities could change this.

142 The facts of the instant appeal illustrate the logical soundness of the *Terry* decision. The reason for exercising extreme caution in excluding foreign evidence from consideration in the extradition process on *Charter* grounds is that it is difficult to imagine how such evidence could be excluded without indirectly applying the *Charter* extraterritorially to the foreign jurisdiction. If this concern applies where the foreign evidence is being used in a Canadian trial (*Terry, supra*), it must *a fortiori* be a very significant if not a governing factor where the foreign evidence is to be used in a foreign trial.

143 It is true that the fugitive is entitled to be committed only on the basis of evidence that is legally admissible according to the law of the province in which the committal hearing takes place: see *La Forest's Extradition, supra*, at p. 160. But it has been consistently and properly held that the *Charter* generally does not apply extraterritorially. As a result, Canadian courts cannot impose upon foreign evidence the standards of admissibility that have developed in the jurisprudence dealing with s. 24(2) of the *Charter*.

144 Mr. Dynar was entitled to a fair hearing before the extradition judge, and in our opinion he received one. He was not entitled to disclosure from the Requesting State beyond the production of the evidence that it was relying upon to establish its *prima facie* case. In any event, the evidence provided by the Requesting State did contain sufficient information to conclude that the evidence was gathered entirely in the United States, by American officials, for an American trial. It follows that no justiciable *Charter* issue can arise in this case. In these circumstances, a new hearing is simply not justified.

suffisamment d'éléments pour étayer la conclusion que l'enquête, la preuve et la poursuite étaient essentiellement américaines. L'étendue de la coopération des autorités canadiennes n'y aurait pu rien changer.

Les faits à l'origine du présent pourvoi illustrent la justesse de l'arrêt *Terry*. S'il faut faire preuve d'une prudence extrême avant d'exclure une preuve étrangère pour des motifs fondés sur la *Charte* dans une procédure d'extradition, c'est parce qu'il est difficile d'imaginer comment on pourrait y parvenir sans assujettir indirectement le ressort étranger à la *Charte* en donnant à celle-ci une portée extraterritoriale. Si ce problème se pose lorsque la preuve étrangère est utilisée dans un procès qui se déroule au Canada (*Terry, précité*), il doit à plus forte raison constituer un facteur très important, sinon déterminant, lorsque la preuve doit être utilisée dans un procès tenu à l'étranger.

Certes, le fugitif a le droit de n'être incarcéré que sur la foi d'une preuve légalement admissible en vertu du droit de la province dans laquelle a lieu l'audience relative à l'incarcération: voir *La Forest's Extradition, op. cit.*, à la p. 160. Mais d'après une jurisprudence constante et juste, la *Charte* ne reçoit pas, en règle générale, d'application extraterritoriale. Par conséquent, les tribunaux canadiens ne peuvent soumettre la preuve étrangère aux normes d'admissibilité élaborées par la jurisprudence portant sur le par. 24(2) de la *Charte*.

M. Dynar avait droit à un procès équitable devant le juge d'extradition et, selon nous, il l'a obtenu. Il n'avait pas droit à la communication d'autres éléments que ceux que l'État requérant a produits pour établir la preuve *prima facie*. Quoi qu'il en soit, la preuve fournie par l'État requérant comportait suffisamment de renseignements pour mener à la conclusion que la preuve a été recueillie entièrement aux États-Unis, par des fonctionnaires américains, en vue d'un procès devant se dérouler aux États-Unis. L'instance ne saurait donc soulever aucune question justiciable des tribunaux ayant trait à la *Charte*. Dans les circonstances, une nouvelle audience n'est tout simplement pas justifiée.

(c) *Disclosure of Materials in the Hands of the Canadian Authorities*

Mr. Dynar argued that even if he was not entitled to additional disclosure from the American authorities, he was entitled to disclosure of the materials in the hands of the Canadian authorities. Since no justiciable *Charter* issue can arise from the potential involvement of the Canadian authorities in the gathering of evidence in this case, it is not necessary to consider the degree of disclosure that might be required in other circumstances.

Similarly, it is not necessary to resolve the scope of the jurisdiction of the extradition judge under s. 9(3) of the amended *Extradition Act* in a case where sufficient Canadian state involvement could be demonstrated. Perhaps it will suffice to observe that as a result of the enactment of the section, the extradition judge is a “court of competent jurisdiction” pursuant to s. 24 of the *Charter*, provided that the presiding judge normally fulfills that function. Any further analysis of this issue must await a case when it is dispositive of the appeal.

The facts presented in this case preclude any recourse to the *Charter* in the committal hearing and the cross-appeal must be dismissed.

VI. Conclusion

In the result, therefore, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the cross-appeal is dismissed. The order of Keenan J. committing the fugitive for extradition and the Minister of Justice’s decision to surrender the fugitive are reinstated.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. — I agree with Justices Cory and Iacobucci on the disposition of this appeal but disagree with their conclusion that an attempt to com-

c) *Divulgence des éléments en la possession des autorités canadiennes*

M. Dynar a soutenu que, même s’il n’avait pas droit à la communication de renseignements additionnels de la part des autorités américaines, il avait le droit d’obtenir celle des éléments qui sont en la possession des autorités canadiennes. Étant donné qu’aucune question justiciable des tribunaux ayant trait à la *Charte* ne peut être soulevée par la participation potentielle des autorités canadiennes à l’obtention de la preuve en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner l’étendue de la divulgation qui pourrait être exigée dans d’autres circonstances.

De même, il n’est pas nécessaire de trancher la question de l’étendue de la compétence conférée au juge d’extradition par le par. 9(3) de la *Loi sur l’extradition*, modifiée, dans un cas où une participation suffisante de l’État canadien pourrait être établie. Peut-être suffit-il de préciser qu’en conséquence de l’entrée en vigueur de cette disposition, le juge d’extradition est «un tribunal compétent» au sens de l’art. 24 de la *Charte*, à condition que le juge qui préside l’audience exerce normalement cette fonction. Avant de pousser l’analyse de cette question, il convient d’attendre que sa solution soit déterminante quant à l’issue d’un pourvoi.

Les faits exposés en l’espèce font obstacle à tout recours à la *Charte* à l’audience relative à l’incarcération et le pourvoi incident doit être rejeté.

VI. Conclusion

Par ces motifs, le pourvoi est donc accueilli, l’arrêt de la Cour d’appel infirmé et le pourvoi incident rejeté. L’ordonnance portant incarcération du fugitif en vue de son extradition prononcée par le juge Keenan et la décision du ministre de la Justice d’extrader le fugitif sont rétablies.

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — Je suis d’accord avec les juges Cory et Iacobucci quant à la solution qu’ils proposent d’apporter au présent pourvoi, mais con-

145

146

147

148

149

mit an offence under s. 24 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, can be found on the present facts.

150 It should not be a criminal attempt to do acts which, if completed, would not amount to an offence in Canada. I, like the New Zealand Court of Appeal (*R. v. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980), the House of Lords (*Haughton v. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109), the New York Court of Appeals (*People v. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906)) and the Ontario Court of Appeal in the present case ((1995), 25 O.R. (3d) 559), cannot grasp the notion that the intention to do an act coupled with some activity thought to be criminal is sufficient to find the accused guilty of an attempt when that which was attempted was not an offence under the *Criminal Code*.

151 My colleagues have carefully described the different elements of mistake of fact and mistake of law and conclude there is no difference between the two when raised as a defence of impossibility to a criminal charge. To them the only defence of impossibility is when the crime is imaginary. The debate over the defence of mistake of fact as opposed to mistake of law has engaged judges, academics and legislators for at least 150 years. The issue in this appeal can be resolved without solving the controversy over the attempt to commit crimes inherently impossible to commit. This is because in this appeal the elements of the offence are missing.

152 The problem can best be illustrated by the following hypothetical facts. A purchases goods from B at a fraction of their acknowledged true value. A believes that he is getting such a bargain because the goods are stolen, and admits this to the police. After investigating, the police determine that the goods were not stolen, and that A simply got a good deal. Has the purchaser nonetheless committed an offence? My colleagues say yes, that A committed the offence of attempted possession of

trairement à mes collègues, j'estime que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure à la tentative d'infraction prévue à l'art. 24 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Ce ne devrait pas être criminel que de tenter d'accomplir des actes qui, s'ils étaient menés à terme, ne constitueraient pas une infraction au Canada. Personnellement, tout comme la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande (*R. c. Donnelly*, [1970] N.Z.L.R. 980), la Chambre des lords (*Haughton c. Smith*, [1973] 3 All E.R. 1109), la Cour d'appel de New York (*People c. Jaffe*, 78 N.E. 169 (1906)) et la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce ((1995), 25 O.R. (3d) 559), je n'arrive pas à comprendre comment l'intention, jointe à des actes tenus pour criminels, suffit pour conclure que l'accusé est coupable de tentative, alors que ce qu'il a tenté de faire ne constitue pas une infraction visée par le *Code criminel*.

Mes collègues ont décrit soigneusement les différents éléments de l'erreur de fait et de l'erreur de droit et ils concluent qu'il n'existe aucune différence entre les deux lorsque l'erreur sert de fondement à la défense d'impossibilité opposée à une accusation criminelle. Selon eux, l'impossibilité ne peut être invoquée en défense qu'à l'encontre d'un crime imaginaire. Le débat sur la distinction entre la défense d'erreur de fait et la défense d'erreur de droit alimente la réflexion des juges, des universitaires et des législateurs depuis au moins 150 ans. La question en litige dans le présent pourvoi peut être tranchée sans que soit résolue la controverse sur la tentative des crimes qui, de par leur nature, sont impossibles à commettre. En effet, les éléments de l'infraction ne sont pas réunis en l'espèce.

L'hypothèse suivante illustre bien le problème. A achète des biens à B pour une fraction de leur juste prix. A croit qu'il peut les obtenir à si bon marché parce qu'ils ont été volés et il l'avoue à la police. Après enquête, la police découvre que les biens n'ont pas été volés et que A a simplement fait une bonne affaire. L'acheteur a-t-il néanmoins commis une infraction? Mes collègues disent que oui. Ils estiment que A a commis l'infraction de tentative de possession de biens volés. Je ne suis

stolen goods. I disagree. Section 24 requires, on its plain meaning as an element of the offence, that that which was intended to be done be an offence.

### I. Attempt

In order for the extradition judge to commit the respondent Dynar for extradition to the United States the “double criminality” rule must be satisfied. This requires the judge to consider whether the conduct alleged, if it had occurred in Canada, would be a criminal offence. The appellant Crown submits that Dynar, on the facts of this appeal, could be convicted of attempting to launder money or of entering into a conspiracy to launder money under Canadian law. I doubt that the offence of attempt could be made out on the facts of this case as the sum of the activity and intention of Dynar did not amount to an attempt pursuant to s. 24.

An attempt is defined in s. 24(1) of the *Criminal Code*:

24. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

It is inescapable that there must be an underlying offence capable of being committed before we can consider the elements of the attempt offence. It is accepted by my colleagues that on the facts here what Dynar did would not amount to a criminal offence in Canada. This is because he did not “know” that the money sought to be laundered was the proceeds of crime, as it was not. The money was a prop of the police in the sting operation. In my view, since Dynar did not knowingly attempt to launder the proceeds of crime, it cannot be said he had the “intent to commit an offence” for purposes of s. 24(1).

pas d'accord. Il ressort clairement de l'art. 24 que l'un des éléments de l'infraction est que le résultat recherché constitue une infraction.

### I. La tentative d'infraction

Pour que le juge d'extradition puisse ordonner l'incarcération de l'intimé Dynar en vue de son extradition aux États-Unis, la règle de la «double incrimination» doit être respectée. Le juge doit se demander si les agissements reprochés, s'ils avaient eu lieu au Canada, constitueraient une infraction criminelle. Le ministère public appelant soutient que Dynar, compte tenu des faits de l'espèce, pourrait être déclaré coupable de tentative de recyclage des produits de la criminalité ou de complot en vue de recycler des produits de la criminalité en droit canadien. Je doute que l'infraction de tentative puisse être établie à partir des faits de l'espèce, étant donné que les agissements de Dynar, conjugués à son intention, ne constituaient pas une tentative aux termes de l'art. 24.

La tentative est définie au par. 24(1) du *Code criminel*:

24. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

Indubitablement, il doit y avoir une infraction sous-jacente susceptible d'être commise, avant que l'on puisse examiner les éléments de l'infraction de tentative. Mes collègues acceptent que, vu les faits, les agissements de Dynar ne constitueraient pas une infraction criminelle au Canada. Il en est ainsi parce que Dynar ne «savait» pas que l'argent à recycler était le produit de la criminalité, puisque ce n'était pas le cas. L'argent était un accessoire utilisé par la police au cours d'une opération d'infiltration. À mon avis, étant donné que Dynar n'a pas tenté en connaissance de cause de recycler les produits de la criminalité, on ne peut affirmer qu'il avait l'«intention de commettre une infraction» aux termes du par. 24(1).

153

154

155

Section 462.31 of the *Criminal Code* defines the offence of money laundering:

**462.31** (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated drug offence; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated drug offence. [Emphasis added.]

To the same effect is s. 19.2 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1:

**19.2** (1) No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds and knowing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an offence under section 4, 5 or 6; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an offence under section 4, 5 or 6. [Emphasis added.]

The substantive offence under either the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act* requires that the accused deal with proceeds knowing that all or a part of those proceeds were obtained or derived directly or indirectly as a result of crime.

156

Knowledge requires truth. The offence of money laundering could not be committed when the proceeds are not the actual proceeds of crime.

L'article 462.31 du *Code criminel* définit l'infraction de recyclage des produits de la criminalité dans les termes suivants:

**462.31** (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée en matière de drogue;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée en matière de drogue. [Je souligne.]

L'article 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, va dans le même sens:

**19.2** (1) Commet une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement:

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction prévue aux articles 4, 5 ou 6;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada et qui, au Canada, aurait constitué une telle infraction. [Je souligne.]

L'infraction matérielle précise exige, tant dans le *Code criminel* que dans la *Loi sur les stupéfiants*, que l'accusé utilise des produits sachant qu'ils proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement, de la perpétration d'une infraction criminelle.

La connaissance est indissociable de la vérité. L'infraction de recyclage des produits de la criminalité ne peut pas être commise si les sommes à recycler ne sont pas effectivement des produits de la criminalité.

The appellant Crown has submitted, however, that the Court should define the word “knowing” within s. 462.31 to mean “believing” so as to impose a conviction for the substantive offence when an accused believes what he is laundering is the proceeds of crime. The appellant submits that if Dynar had actually received clean monies from a law enforcement agency and laundered them, he should be convicted of money laundering, despite the fact that he has not laundered the proceeds of crime. However, the plain meanings of “knowing” and “believing” are different. The late Prof. Glanville Williams in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983) stated at p. 160:

The word “know” refers exclusively to true knowledge; we are not said to “know” something that is not so. Belief, on the other hand, can include a mistaken belief, a subjective conviction whether right or wrong.

A useful comparison can be drawn to the wording of the substantive offence under which Dynar has been charged in the United States. *United States Code*, Title 18, § 1956(a)(3) provides as follows:

#### § 1956. Laundering of monetary instruments

(a) . . .

(3) Whoever, with the intent —

(A) to promote the carrying on of specified unlawful activity;

(B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or

(C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law,

conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20

157  
Le ministère public appelant a soutenu, cependant, que la Cour devrait donner au mot «sachant», employé à l’art. 462.31, le sens du mot «croyant», de manière à entraîner une déclaration de culpabilité quant à l’infraction matérielle précise lorsque l’accusé croit que ce qu’il recycle est le produit de la criminalité. L’appelant soutient que si Dynar avait effectivement reçu de l’argent propre d’un organisme chargé de l’application de la loi et qu’il l’avait recyclé, il aurait dû être déclaré coupable de recyclage des produits de la criminalité, malgré le fait qu’il n’aurait pas recyclé des produits de la criminalité. Pourtant, le sens ordinaire des mots «sachant» et «croyant» n’est pas le même. Le regretté professeur Glanville Williams dans *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), a affirmé à la p. 160:

[TRADUCTION] Le mot «savoir» renvoie exclusivement à la connaissance véritable; l’on ne peut affirmer «savoir» sans connaître la vérité. En revanche, une croyance peut être erronée, puisqu’il s’agit d’une conviction subjective, juste ou erronée.

158  
Il est utile d’examiner le libellé de l’infraction matérielle précise dont Dynar a été accusé aux États-Unis. Le par. 1956(a)(3) du titre 18 du *United States Code* porte que:

[TRADUCTION]

#### § 1956. Recyclage d’instruments monétaires

(a) . . .

(3) Quiconque, avec l’intention

(A) de favoriser la poursuite d’une activité illégale désignée;

(B) de dissimuler ou de masquer la nature, le lieu, la provenance, la propriété ou le contrôle d’un bien qu’on croit être le produit d’une activité criminelle désignée;

(C) de se soustraire à l’obligation de présenter un rapport d’opération conformément à la loi d’un État ou à la loi fédérale,

mène ou tente de mener une opération financière concernant un bien présenté comme étant le produit d’une activité criminelle désignée, ou un bien utilisé pour mener ou faciliter une activité illégale désignée, sera condamné en vertu du présent titre à une amende ou à

years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term “represented” means any representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section. [Emphasis added.]

It is apparent that the offence is defined differently in the United States than here in Canada. The initial requirement is not “knowing” but “believing”. As well by including “property represented to be the proceeds of specified unlawful activity” within the meaning of the proceeds of crime, the U.S. law specifically makes a money-laundering “sting” a legitimate avenue of criminal investigation and prosecution. Our substantive money-laundering section is not drafted in that way.

159 Parliament could easily draft legislation which makes belief the mental element of a crime. Consider s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, which reads:

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

By this section if a person believes that the substance he or she is trafficking in is a narcotic, the person is guilty whether or not it is a narcotic. It is evident that Parliament is aware of its options and its choice of “knowing” as a requirement for an offence under s. 462.31 of the *Criminal Code* and s. 19.2 of the *Narcotic Control Act* rather than “believing” should be respected.

160 There are several sections of the *Criminal Code* where different meanings are implied for the two words. For the use of “knowing” alone see:

s. 163(2)(a) (selling or possessing obscene materials), which requires that the accused

une peine d'emprisonnement maximale de 20 ans, ou à l'une et l'autre. Pour l'application du présent paragraphe et du paragraphe (2), le terme «présenté» signifie toute déclaration faite par un agent responsable de l'application de la loi ou par une autre personne à la demande ou avec l'approbation d'un agent fédéral autorisé à enquêter ou à exercer des poursuites en rapport avec les manquements au présent article. [Je souligne.]

Il est évident que l'infraction n'est pas définie de la même façon aux États-Unis qu'ici au Canada. La première exigence n'est pas la «connaissance», mais la «croyance». De même, en incluant [TRADUCTION] «un bien présenté comme étant le produit d'une activité criminelle désignée» dans la définition des produits de la criminalité, le droit américain permet expressément le recours à la ruse pour faire croire à un projet de recyclage d'argent, afin de mener une enquête policière et d'exercer des poursuites. Notre article créant l'infraction de recyclage des produits de la criminalité n'est pas rédigé de cette façon.

Le législateur pourrait facilement adopter un texte qui fasse de la croyance l'élément moral d'un crime. Examinons le par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*:

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

En vertu de ce paragraphe, si une personne croit que la substance dont elle fait le trafic est un stupéfiant, elle est coupable, qu'il s'agisse ou non d'un stupéfiant. Il est évident que le législateur est conscient des options qui s'offrent à lui et le choix du mot «sachant» plutôt que du mot «croyant» pour indiquer une exigence quant à la perpétration de l'infraction visée à l'art. 462.31 du *Code criminel* ou à l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants* devrait être respecté.

Des sens différents doivent implicitement être donnés à ces deux mots dans plusieurs articles du *Code criminel*. Pour l'utilisation des mots «sachant», «sciemment» et «sait» employés seuls, voir:

L'alinéa 163(2)a) (vente ou possession de publications obscènes), qui exige que l'accusé,

“knowingly, without lawful justification or excuse” sells, displays or possesses obscene material;

s. 181 (spreading false news), which requires that the accused wilfully publish a statement “he knows is false” (note that this section was found to be unconstitutional by this Court in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731 (“*Zundel (No. 2)*”);

s. 300 (defamatory libel), which requires that the accused publish “a defamatory libel that he knows is false”;

s. 354(1) (possession of property obtained by crime), which requires that the accused possess a property or thing “knowing” that all or part of the property or thing was obtained by or derived directly or indirectly from crime.

In contrast, see:

s. 495(1)(a) (the standard for warrantless arrest): a peace officer may arrest without warrant a person who, “on reasonable grounds, he believes has committed . . . an indictable offence”.

For the disjunctive use of both knowing and believing see s. 196(4)(a). Parliament obviously intended these two words to have different meanings.

Canadian courts have authoritatively interpreted “knowing” to require the thing to actually be true before it can be known. See *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, where the Ontario Court of Appeal held that s. 181 of the *Criminal Code* (spreading news knowing it to be false) requires proof that the statement published was actually false. The accused could not “know” he was publishing news that was false unless such news actually was false. In *Zundel (No. 2)*, *supra*, McLachlin J. summarized the elements of s. 181 at p. 747:

[T]he Crown, to succeed, must establish beyond a reasonable doubt the following propositions:

«sciemment et sans justification ni excuse légitime», vende, expose à la vue du public ou ait en sa possession des publications obscènes;

L'article 181 (diffusion de fausses nouvelles), qui exige que l'accusé ait volontairement publié une déclaration «qu'il sait fausse» (noter que cet article a été déclaré inconstitutionnel par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 («*Zundel (n° 2)*»);

L'article 300 (libelle diffamatoire), qui exige que l'accusé publie «un libelle diffamatoire qu'il sait être faux»;

Le paragraphe 354(1) (possession de biens criminellement obtenus), qui exige que l'accusé ait en sa possession un bien ou une chose «sachant» que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement de la perpétration d'un crime.

À comparer avec:

L'alinéa 495(1)a) (la norme applicable aux arrestations sans mandat), qui porte qu'un agent de la paix peut arrêter sans mandat une personne qui, «d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis [. . .] un acte criminel».

Pour une utilisation disjunctive des mots «sachant» et «croyant», voir l'al. 196(4)a). Il est évident que le législateur avait l'intention de donner des sens différents à ces deux mots.

Les tribunaux canadiens ont statué péremptoirement que le mot «sachant» exige que l'objet de connaissance soit vrai pour être connu; voir l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, où la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'art. 181 du *Code criminel* (diffuser une nouvelle que l'on sait fausse) exige la preuve que la déclaration publiée était réellement fausse. L'accusé ne pouvait «savoir» qu'il diffusait une fausse nouvelle que si cette nouvelle était réellement fausse. Dans *Zundel (n° 2)*, précité, le juge McLachlin a résumé les éléments de l'art. 181 à la p. 747:

[P]our avoir gain de cause, le ministère public doit prouver les propositions suivantes hors de tout doute raisonnable:

1. That the accused published a false statement, tale or news;
2. That the accused knew the statement was false; and
3. That the statement causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest. [Emphasis added.]

This decision recognized that s. 181 required the statement that was made to actually be false.

1. L'accusé a publié une déclaration, une histoire ou une nouvelle fausse;
2. L'accusé savait que la déclaration était fausse;
3. La déclaration cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. [Je souligne.]

Cet arrêt reconnaît que l'art. 181 exigeait que la déclaration en question soit réellement fausse.

162

It has long been a staple of Canadian jurisprudence that s. 354(1), possession of goods "knowing" them to be stolen, requires the goods to actually be stolen goods before an accused can "know" they were. This is made clear in *R. v. Streu*, [1989] 1 S.C.R. 1521. The accused's belief that the goods were stolen was not enough to ground a conviction for possession of goods knowing them to be stolen. The Court referred with approval to the statement of Dickson J.A. (later C.J.C.) in *R. v. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171 (Man. C.A.), at p. 177, that, "[i]n order for an accused to be found guilty of the offence of receiving stolen goods it is essential the Crown prove beyond reasonable doubt . . . [t]hat the goods are stolen goods". To now equate "knowing" with "believing" would reverse long established authority to the contrary.

Depuis longtemps la jurisprudence canadienne est fixée: le par. 354(1) (possession de biens, «sachant» qu'ils ont été volés) exige que les biens soient effectivement des biens volés pour qu'un accusé puisse «savoir» qu'ils le sont. Cela a été dit clairement dans l'arrêt *R. c. Streu*, [1989] 1 R.C.S. 1521. Le fait que l'accusé ait cru que les biens avaient été volés n'a pas suffi pour justifier une déclaration de culpabilité pour possession de biens, sachant qu'ils étaient volés. La Cour s'est reportée avec approbation à l'affirmation du juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *R. c. Vogelle and Reid*, [1970] 3 C.C.C. 171 (C.A. Man.), à la p. 177, selon laquelle [TRADUCTION] «[a]fin qu'un accusé soit déclaré coupable de l'infraction de receler des biens volés, il est essentiel que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable [. . .] [q]ue les biens sont des biens volés». Considérer maintenant que les mots «sachant» et «croyant» ont un sens équivalent renverserait une jurisprudence bien établie affirmant le contraire.

163

In addition, Parliament is in the process of amending s. 462.31 to include the phrase "knowing or believing" with the *Criminal Law Improvement Act, 1996* (Bill C-17). Bill C-17 will amend both statutes in the way that the appellant would have this Court amend them. Parliament is the proper place to pursue these changes.

En outre, par le projet de loi C-17, *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, le législateur a entrepris de modifier l'art. 462.31 de manière à y faire figurer les mots «sachant ou croyant». Le projet de loi modifiera les deux lois dans le sens où l'appelant voudrait que notre Cour le fasse. Le Parlement est l'organe compétent pour décider de ces changements.

164

The substantive offence of money laundering, as it stands unamended, cannot be committed without the actual proceeds of crime being present. The accused cannot "know" that what he is laundering is the proceeds of crime unless the proceeds are the proceeds of crime. We cannot "know" what is not

L'infraction de recyclage des produits de la criminalité, dans sa formulation actuelle, ne peut pas être perpétrée sans l'existence de produits de la criminalité. L'accusé ne peut pas «savoir» que ce qu'il recycle est le produit de la criminalité à moins que ce produit ne soit effectivement le pro-

true. On this point, I agree with my colleagues in their conclusion at para. 47 that

[b]ecause the money that the U.S. undercover agents asked Mr. Dynar to launder was not in fact the proceeds of crime, Mr. Dynar could not possibly have known that it was the proceeds of crime. Therefore, even if he had brought his plan to fruition, he would not have been guilty of any completed offence known to Canadian law.

My colleagues however, have an alternative position. They posit that despite the fact that laundered proceeds must be the actual proceeds of crime before an accused can knowingly launder them, the accused can be convicted of attempting to launder proceeds of crime when he has laundered that which he believes to be actual proceeds. I cannot agree. There must be an underlying offence before an accused could attempt to commit anything. If there is no offence there can be no attempt.

My colleagues state that the knowledge requirement of the money laundering offence does not constitute the accused's *mens rea*. For my part, I do not understand the need to divide the "knowledge" of the accused into subjective and objective components, which my colleagues labour at in paras. 68 through 74 of their reasons. Parliament, perhaps to avoid metaphysics, chose to use a single word to represent the mental element of this offence. We need go no further than their choice. Since the accused did not have knowledge, the *mens rea* of the offence, he cannot be said to have attempted it.

Moreover, it does not logically, on the plain meaning of the word, make sense to say the respondent attempted to launder the proceeds of crime. The respondent only attempted to launder what the FBI provided. It presumably made no difference to him whether the money to be laundered was from crime or legal activity. In fact, what he attempted to do was launder money that was not

duit de la criminalité. Celui qui «sait» connaît forcément la vérité. Sur ce point, je suis d'accord avec la conclusion tirée par mes collègues au par. 47:

Étant donné que l'argent que les agents d'infiltration américains ont demandé à M. Dynar de recycler n'était pas réellement le produit de la criminalité, M. Dynar ne pouvait savoir qu'il s'agissait du produit de la criminalité. Par conséquent, même s'il avait pu réaliser son plan, il n'aurait été coupable d'aucune infraction consommée connue en droit canadien.

Mes collègues, toutefois, font une seconde affirmation. Ils posent en principe que, même si les produits à recycler doivent être des produits de la criminalité pour qu'un accusé puisse les recycler en connaissance de cause, l'accusé peut être déclaré coupable de tentative de recyclage des produits de la criminalité lorsqu'il a recyclé ce qu'il croit être de tels produits. Je ne peux être d'accord. Il doit y avoir une infraction sous-jacente pour qu'un accusé puisse tenter de commettre quoi que ce soit. Sans infraction, il ne peut y avoir de tentative d'infraction.

Mes collègues affirment que la connaissance exigée pour l'infraction de recyclage des produits de la criminalité ne constitue pas la *mens rea* de l'accusé. Pour ma part, je ne comprends pas la nécessité d'une division de la «connaissance» de l'accusé en une composante subjective et une composante objective, division sur laquelle mes collègues peinent aux par. 68 à 74 de leurs motifs. Le législateur, en vue peut-être d'éviter les abstractions de la métaphysique, a choisi de n'utiliser qu'un seul mot pour désigner l'élément moral de cette infraction. Nous n'avons pas besoin d'aller plus loin. Étant donné que l'accusé n'avait pas la connaissance, *mens rea* de l'infraction, on ne peut dire qu'il a tenté de la commettre.

Qui plus est, il n'est pas logique, compte tenu du sens ordinaire des mots, de dire que l'intimé a tenté de recycler des produits de la criminalité. L'intimé a seulement tenté de recycler ce que le FBI devait lui fournir. On peut supposer que cela l'indifférait que l'argent à recycler soit le produit de la criminalité ou le produit d'une activité légale. En fait, ce qu'il a tenté de faire, c'est de recycler

165

166

167

tainted. There was no offence that could be committed. The laundering of legal proceeds is an imaginary crime.

168 Parliament's proposed amendments (Bill C-17, noted above) relate to money laundering only. If my colleagues are correct, the result of their reasons would apply a lower standard of criminal liability to all offences of attempt.

169 In the absence of a defence of impossibility certain unusual circumstances will result in convictions for criminal offences. As previously noted, a person who possesses goods believing them to be stolen will be convicted of a crime whether or not the goods are actually stolen. If the goods are not stolen, the accused will be convicted for his or her state of mind alone. Criminal law should not patrol people's thoughts. The ecclesiastical courts may find the intentions of the accused immoral but the *Criminal Code* does not make them criminal. Other common law courts have agreed that these facts do not give rise to criminal liability. See *Haughton v. Smith, supra*; *Jaffe, supra*; *Donnelly, supra* (dealing with legislation almost identical to s. 24(1)).

170 My colleagues' opinion leads to the conclusion that the long line of cases referred to earlier and culminating in *Streu, supra*, were cases where the wrong charge was laid. In *Streu*, this Court discussed in depth the evidence that could be used to prove that goods in possession of an accused were actually stolen. However, if my colleagues are correct, that was an unnecessary exercise as the Crown does not need to prove the goods were actually stolen. The accused in such cases could be charged with attempted possession of stolen goods instead of actual possession of stolen goods. Then, all that is relevant is the accused's belief. A common way of inferring an accused's intention to possess stolen goods is to show that he or she purchased them at a fraction of their true value. From this the inference is made that the accused believed

de l'argent non entaché d'illégalité. Aucune infraction ne pouvait être commise. Le recyclage des produits d'une activité licite est un crime imaginaire.

Les modifications que le législateur se propose d'apporter (le projet de loi C-17, mentionné ci-dessus) se rapportent au recyclage d'argent seulement. Si mes collègues ont raison, leur décision conduirait à l'application d'une norme moins exigeante en matière de responsabilité pénale à toutes les infractions de tentative.

En l'absence de la défense d'impossibilité, certaines circonstances inhabituelles entraîneront des déclarations de culpabilité en matière pénale. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, la personne qui possède des biens qu'elle croit volés sera déclarée coupable d'un crime, que ces biens aient été effectivement volés ou non. S'il ne s'agit pas de biens volés, l'accusé sera déclaré coupable en raison de son seul état d'esprit. Le droit pénal ne devrait pas scruter les consciences. Les tribunaux ecclésiastiques peuvent conclure à l'immoralité des intentions de l'accusé, mais le *Code criminel* n'en fait pas des infractions criminelles. D'autres tribunaux de common law ont convenu que de tels faits n'engagent pas la responsabilité pénale; voir *Haughton c. Smith*, précité; *Jaffe*, précité; *Donnelly*, précité (relativement à un texte de loi presque identique au par. 24(1)).

L'opinion de mes collègues mène à la conclusion que dans les nombreuses décisions mentionnées précédemment et dont l'arrêt *Streu*, précité, représente le point culminant, les mauvaises accusations ont été portées. Dans *Streu*, notre Cour a examiné en profondeur les éléments de preuve qui pouvaient être utilisés pour établir que les biens en possession de l'accusé avaient effectivement été volés. Toutefois, si mes collègues ont raison, c'était inutile étant donné que le ministère public n'a pas à prouver que les biens ont réellement été volés. L'accusé, dans des affaires comme celles-là, pourrait être accusé de tentative de possession de biens volés au lieu de possession de biens volés. Alors, tout ce qui importe, c'est ce que croit l'accusé. Habituellement, on établit l'intention de l'accusé de posséder des bien volés en prouvant qu'il

the goods to be stolen. Removing the need for the Crown to show that the goods were actually stolen makes the potential for unjust results simply too great. The threshold for conviction of possession of stolen property should not be so substantially lowered.

Section 163 of the *Criminal Code* makes the knowing distribution of obscene material a crime. Assume the police arrest the owner of a video store and confiscate his entire inventory of videotapes. Before viewing any of the videotapes, the police question the owner of the store as to their contents. The owner states that the videotapes depict all manner of degrading and violent sexual acts. In short, he admits his belief that the videotapes he was offering to rent contained “indecent or obscene material”, as those words have been defined. The police view the actual videotapes, and discover that nothing obscene at all is depicted. The video store owner was simply mistaken as to what was contained in the videos. Has he nonetheless committed a crime? If my colleagues are correct the owner is guilty of attempting to distribute obscene material.

An example of the necessary result that follows from my colleagues’ view was adverted to in one of the earliest cases of “impossible attempts”. Part of Baron Bramwell’s judgment in *R. v. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497 (C.C.A.), was that he could not accede to a view of the law which allowed an accused to be “convicted of attempting to steal [his own umbrella]”. The hypothetical he refers to is as follows. An accused, with intent to steal, takes an umbrella from a rack containing many umbrellas. It later turns out that the umbrella the accused thought he was stealing was actually his own which he had forgotten was also in the rack. My colleagues would convict this accused of

se les est procurés à une fraction de leur juste valeur. On en conclut que l’accusé croyait que les biens étaient des biens volés. Dispenser le ministre public de prouver que les biens ont effectivement été volés, c’est tout simplement s’exposer à de trop grands risques d’injustices. Les conditions minimales à remplir pour obtenir une déclaration de culpabilité pour possession de biens volés ne devraient pas être réduites à ce point.

L’article 163 du *Code criminel* réprime le fait de distribuer sciemment des publications obscènes. Supposons que la police arrête le propriétaire d’un club vidéo et qu’elle confisque tout le stock des enregistrements vidéo. Avant de visionner ces enregistrements, la police interroge le propriétaire quant à leur contenu. Le propriétaire affirme qu’ils montrent toutes sortes d’actes sexuels violents et dégradants. Bref, il admet qu’il est persuadé que les enregistrements qu’il offrait en location comportent «des choses obscènes ou une documentation obscène», selon la définition qui a été donnée à ces termes. La police visionne les enregistrements en question et découvre qu’ils ne comportent rien d’obscène. Le propriétaire du club vidéo s’était simplement fait une idée erronée de leur contenu. A-t-il quand même commis un crime? Si mes collègues ont raison, le propriétaire est coupable d’avoir tenté de distribuer des publications obscènes.

L’un des premiers arrêts portant sur les «tentatives d’infractions impossibles» a donné un exemple du résultat auquel conduit nécessairement l’opinion de mes collègues. Dans l’arrêt *R. c. Collins* (1864), 9 Cox C.C. 497 (C.C.A.), le baron Bramwell a notamment affirmé qu’il ne pouvait accepter une interprétation de la loi qui permettrait que l’accusé puisse être [TRADUCTION] «déclaré coupable d’avoir tenté de voler [son propre parapluie]». Il renvoie à l’hypothèse suivante: l’accusé prend, avec l’intention de le voler, un parapluie placé dans un porte-parapluies qui en contient plusieurs. Il s’avère ultérieurement que le parapluie que l’accusé croyait voler était en fait le sien, et qu’il avait oublié qu’il se trouvait là. Mes collègues déclareraient cet accusé coupable de tenta-

171

172

attempted theft. I prefer the answer given by Baron Bramwell 130 years ago.

tive de vol. Je préfère la réponse que le baron Bramwell a donnée il y a 130 ans.

173

The late Prof. Glanville Williams, an ally of my colleagues, is with them a strong opponent of the position I have adopted in these reasons. He was compelled, however, to agree that his analysis leads to a conviction in the following circumstance. A person who sincerely believes in the practice of voodoo sticks a pin into a doll, believing it will cause the death of another. Professor Williams concludes this is an attempt to murder. See *Criminal Law — The General Part* (2nd ed. 1961) and “Attempting the Impossible — A Reply” (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 49, at p. 52, where Professor Williams states that: “The answer to the particular question is that the act of voodoo is proximate to the victim’s death *in the voodooist’s mind*” (emphasis in original). I doubt that the framers of the *Criminal Code* intended a conviction in this circumstance.

Le regretté professeur Glanville Williams, allié de mes collègues, s’oppose vivement, comme eux, au point de vue que j’adopte dans les présents motifs. Cependant, il a dû reconnaître que son analyse entraîne une déclaration de culpabilité dans les circonstances suivantes. Une personne qui croit sincèrement au vaudou enfonce une épingle dans une figurine, persuadée que cela entraînera la mort d’une personne. Le professeur Williams conclut qu’il s’agit d’une tentative de meurtre. Voir *Criminal Law — The General Part* (2<sup>e</sup> éd. 1961) et «Attempting the Impossible — A Reply» (1979-80), 22 *Crim L.Q.* 49, à la p. 52, où le professeur Williams affirme: [TRADUCTION] «La réponse à cette question précise est que l’acte vaudou est une cause immédiate de la mort de la victime *dans l’esprit du vaudouisant*» (en italique dans l’original). Je doute que les rédacteurs du *Code criminel* aient voulu qu’il y ait déclaration de culpabilité dans ces circonstances.

174

I cannot agree with my colleagues that these results are the intended consequences of the enactment of s. 24(1). I do not think any of these factual circumstances should result in criminal prosecution. Section 24(1) requires an offence. If there is in fact no offence, no matter what the belief, one cannot be a party to the non-existent offence.

Je ne peux convenir avec mes collègues que de telles conséquences sont celles que recherchait le législateur en adoptant le par. 24(1). Je crois qu’aucune de ces circonstances de fait ne devrait aboutir à une déclaration de culpabilité. Le paragraphe 24(1) nécessite une infraction. Si, en fait, il n’y a pas d’infraction, peu importe ce que l’on croit, l’on ne peut y être partie puisqu’elle n’existe pas.

175

Prof. Glanville Williams has also pointed out some of the “absurdity” that can arise from adopting what he calls the “putative fact” approach to attempts. This appears to be the approach adopted by my colleagues, as it allows a conviction for attempt by simply relying upon what the attempter believed to be true. In “The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*”, [1986] *Cambridge L.J.* 33, Williams points out the most problematic results of this theory (at pp. 81-82):

Le professeur Glanville Williams a aussi montré quelques-unes des absurdités auxquelles peut mener, en matière de tentative, l’adoption de ce qu’il appelle l’approche des «faits putatifs». Il semble que ce soit l’approche adoptée par mes collègues, car elle donne lieu à une déclaration de culpabilité pour tentative sur la seule foi de ce que l’auteur de la tentative croyait être vrai. Dans «The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*», [1986] *Cambridge L.J.* 33, Williams indique quelles sont les conséquences les plus problématiques de cette théorie (aux pp. 81 et 82):

(1) The putative fact approach would in practice result in setting aside the temporal and spatial limits upon the penal law. Suppose a penal statute comes into force at midnight. A man may think he is acting at 12:05 a.m. (after it has come into force), when in fact he was acting at 11:55 p.m. (before it came into force). Is he guilty of attempting to commit what would be an offence under the Act if his facts were right? (Observe that this is not a question of mistake of law, a mistake as to what the Act says; the mistake concerns the facts.) A man may think he is acting within the bounds of territorial jurisdiction, when he is in fact acting just outside those bounds. Or a person who is not a British citizen but who believes he is a British citizen (as a result of mistaking his birth-place) may assist an enemy abroad. Is he guilty of attempted treason? If a person is not subject to the law of treason, how can he be guilty of attempted treason?

(2) My second type of problem concerns a particular type of justification. A statute may make it an offence to pursue some activity without a licence. A person may act believing he has no licence, when in fact he has one. For example, a driver stopped by the police may untruthfully assert that his wife was driving; the police question him closely, and it transpires that he was driving, and believed he had been disqualified from driving, but in fact he had not. Is he guilty of attempting to drive while disqualified? It needs no demonstration that an affirmative answer would be strange, though it is apparently the answer that was intended to be given (in theory) under the Criminal Attempts Act. [The Act adopted the putative fact theory.]

(3) The third hypothetical is somewhat similar. In the old case of *Dadson* [(1850), 2 Den. 5, 169 E.R. 407], the defendant arrested a person for unlawfully cutting and taking wood, and shot him to prevent him escaping. The person arrested had twice been convicted before, and the arrest (and, at that date, the shooting) would consequently have been lawful if the defendant had known this; but he did not know it, so the arrest (and, consequently, the shooting) was held to be unlawful. There is a strong argument for saying that the decision was wrong. Like the putatively disqualified driver, the defendant was in fact licensed by law to do the act he

## [TRANSDUCTION]

(1) L'approche des faits putatifs aurait en pratique pour conséquence d'annuler les limites temporelles et spatiales en matière de droit pénal. Supposons qu'une loi pénale entre en vigueur à minuit. Un homme peut penser qu'il accomplit un acte 5 minutes après minuit (donc après l'entrée en vigueur), alors qu'en fait, il a agi à 23 h 55 (soit avant l'entrée en vigueur). Est-il coupable d'avoir tenté de commettre ce qui aurait été une infraction en vertu de la loi s'il avait eu l'heure juste? (À noter qu'il ne s'agit pas d'une erreur de droit, d'une erreur quant à ce que la loi dit; l'erreur porte sur les faits.) Un homme peut penser qu'il accomplit un acte à l'intérieur des limites territoriales d'un ressort, alors qu'en fait, il accomplit cet acte juste à l'extérieur de ces limites. Ou une personne qui n'est pas citoyen britannique, mais croit qu'elle l'est (par suite d'une erreur quant à son lieu de naissance), aide un ennemi à l'étranger. Est-elle coupable de tentative de trahison? Si une personne n'est pas assujettie aux règles de droit relatives à la trahison, comment peut-elle être coupable de tentative de trahison?

(2) Le deuxième genre de problèmes porte sur un type particulier de justification. Une loi peut sanctionner l'exercice sans permis d'une activité quelconque. Une personne peut accomplir un acte, croyant qu'elle n'a pas de permis, alors qu'elle en a un. Par exemple, un conducteur arrêté par la police peut faussement affirmer que son épouse conduisait; la police l'interroge de manière plus serrée et elle découvre qu'il conduisait alors qu'il croyait erronément en avoir perdu le droit. Est-il coupable d'avoir tenté de conduire alors qu'il n'en avait pas le droit? Manifestement, une réponse affirmative serait étrange, encore que ce soit apparemment la réponse que le législateur a voulu donner (en théorie) en édictant la Criminal Attempts Act. [La *Criminal Attempts Act* adoptait la théorie des faits putatifs.]

(3) La troisième hypothèse est quelque peu semblable. Dans l'arrêt ancien *Dadson* [(1850), 2 Den. 5, 169 E.R. 407], le défendeur avait arrêté une personne parce qu'elle avait coupé et pris illégalement du bois, et il lui avait tiré dessus pour l'empêcher de fuir. La personne arrêtée avait été déclarée coupable deux fois déjà et l'arrestation (et, à cette époque, l'utilisation d'une arme à feu) aurait donc été légale si le défendeur l'avait su; mais il ne le savait pas et, par conséquent, l'arrestation (de même que l'utilisation d'une arme à feu) a été déclarée illégale. Des raisons valables permettraient d'affirmer que cette décision est erronée. Comme dans le cas

did, although he did not know it. To all outward seeming his act was lawful, and his ignorance of fact should not have made his otherwise [lawful] [the article actually uses the word "unlawful" here, but it is clear Williams meant "lawful"] act a crime. The policy of this rule was accepted by Parliament in the Criminal Law Act 1967, s. 2(2), where it is provided that "any person may arrest without warrant anyone who is, or whom he, with reasonable cause, suspects to be, in the act of committing an arrestable offence." [See our *Criminal Code* s. 27.] The wording means that a person committing an arrestable offence can be validly arrested even though the arrester lacks a reasonable cause for suspecting him, and even though he does not suspect him. The state of the arrester's mind is irrelevant once it is established that the objective facts justifying an arrest were present. If this is the proper rule, it would seem to follow that the arrester is not only guiltless of assault and false imprisonment in arresting, but is (or should be) guiltless of an attempt to commit these crimes. Yet on the putative fact theory of attempt, he would be guilty of an attempt if, on the facts as he believed them to be, his act would have been criminal. A similar problem can arise in cases of self-defence, where a person's act is in fact necessary in self-defence but he does not realise this.

These are strong reasons to be cautious in accepting the theory adopted by my colleagues. Prof. Williams suggests that these problems that flow from the elimination of "impossibility" as a defence should be cured by legislation. The uncertainties noted by Prof. Williams lead me to the conclusion that the entire area of "impossible attempts" is a problem that should be dealt with by Parliament.

176 My view is similar to that adopted by the Law Reform Commission of Canada in Working Paper 45, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985), where it discussed

du conducteur putativement sans droit de conduire, le défendeur était de fait légalement autorisé à agir comme il l'a fait, bien qu'il ne l'ait pas su. Selon toute apparence, ce qu'il a fait était légal, et sa méconnaissance des faits ne devrait pas transformer son acte à tous égards [légal] [dans l'article, le mot «illégal» est employé ici mais à l'évidence, Williams voulait dire «légal»] en un crime. La politique sous-tendant cette règle a été incorporée par le Parlement dans le par. 2(2) de la Criminal Law Act 1967, qui prévoit que [TRADUCTION] «toute personne peut arrêter sans mandat une personne qui est, ou qu'il croit, pour des motifs raisonnables, être sur le point de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être arrêtée» [voir l'art. 27 de notre *Code criminel*]. Il ressort de la lecture de cette disposition qu'une personne qui commet une infraction pour laquelle elle est susceptible d'être arrêtée peut valablement être arrêtée même si la personne qui effectue l'arrestation n'a pas de motifs raisonnables d'avoir des soupçons ou même si elle ne la soupçonne pas. L'état d'esprit de la personne qui effectue l'arrestation n'est pas pertinent une fois que les faits objectifs justifiant l'arrestation ont été établis. Si c'est la règle qu'il faut appliquer, il devrait s'ensuivre que la personne qui a effectué l'arrestation est non seulement innocente des voies de fait et de l'emprisonnement fautif qui a suivi l'arrestation, mais qu'elle est (ou devrait être) innocente de tentative de ces crimes. Pourtant, suivant la théorie des faits putatifs en matière de tentative, elle serait coupable de tentative si, vu les faits, tels qu'elle les croyait, son acte était criminel. Un problème similaire peut se poser dans les affaires de légitime défense, où les actes d'une personne sont en fait nécessaires pour assurer sa défense, mais qu'elle ne s'en rend pas compte.

Il y a lieu de se montrer prudent à l'égard de la théorie adoptée par mes collègues. Le professeur Williams donne à entendre que ces problèmes suscités par l'élimination de l'«impossibilité» comme moyen de défense devraient être résolus par la législation. Les incertitudes notées par le professeur Williams m'amènent à conclure que toute la question des «tentatives d'infractions impossibles» est un problème dont la solution relève du législateur.

Mon point de vue est semblable à celui qu'a adopté la Commission de réforme du droit du Canada dans le Document de travail 45, intitulé *La responsabilité secondaire: complicité et infractions*

the classic hypothetical of the man who intends to steal an umbrella (at p. 33):

Where D tries to “steal” his own property, why should he not be liable for attempted theft? Like the unsuccessful pickpocket, he has wrongful intent and does an act towards it. On the other hand, the pickpocket intends to commit a specific offence, while the “self-stealer” only intends wrong in the abstract (to steal). The former’s act can, if successful, be a theft; the latter’s can be no crime at all. True, he could be blamed for being prepared to take the property, no matter whose it is, and break the law in general but this is not, as the law now stands, a criminal offence. Unless our whole approach to criminal law changes, he cannot incur liability.

The Commission recommended that Parliament not amend the *Criminal Code* to make “legally impossible attempts” into crimes, stating that “[t]here should be no liability for [attempting] crimes inherently impossible to commit or acts not qualifying in law as criminal” (p. 36).

## II. Conspiracy

I agree with my colleagues that the offence of conspiracy to launder money can be made out on these facts. The gravamen of the offence of conspiracy is the agreement to commit a crime. It was open to the extradition judge to conclude that there was sufficient evidence of an agreement between Dynar and Cohen to commit the offence of money laundering.

The charges of attempt and conspiracy in this case can be distinguished as follows. The charge of conspiracy was based on the agreement to commit the general offence of money laundering, whereas the attempt charge was restricted to the attempted laundering of the money that was to have been

*inchoatives* (1985), où est analysée l’hypothèse classique de l’homme qui a l’intention de voler un parapluie (aux pp. 37 et 38):

Si une personne tente de «voler» ce qui lui appartient, pourquoi ne devrait-elle pas être responsable de tentative de vol? Tout comme le pickpocket dont la tentative est infructueuse, elle a l’intention de nuire et accomplit une action pour concrétiser cette intention. En revanche, tandis que le pickpocket a le dessein de commettre une infraction spécifique, notre «voleur», lui, n’a qu’une intention de nuire abstraite (le vol). Dans le premier cas, l’infraction peut être commise, alors que dans le second, elle ne peut absolument pas l’être. Bien sûr, on pourrait blâmer le «voleur» du fait qu’il était disposé à prendre le bien en question (peu importe à qui il appartenait) et donc, d’une manière générale, à violer la loi, mais d’après le droit en vigueur, il ne s’agit pas là d’une infraction. À moins que notre façon d’aborder le droit pénal ne change du tout au tout, sa responsabilité pénale ne sera jamais engagée.

La Commission a recommandé que le législateur ne modifie pas le *Code criminel* de manière à incriminer les «tentatives d’infractions impossibles en droit», affirmant qu’«[a]ucune responsabilité pénale ne devrait être imputée pour des actions tendant à la consommation d’une infraction qu’il est impossible de commettre, ou d’actes qui ne sont pas qualifiés d’infraction par le droit pénal» (à la p. 41).

## II. Le complot

Je conviens avec mes collègues que les faits de l’espèce permettent d’établir l’infraction de complot en vue de recycler des produits de la criminalité. Le fondement de l’infraction de complot est l’entente en vue de commettre un crime. Il était loisible au juge d’extradition de conclure qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve d’une entente entre Dynar et Cohen en vue de commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité.

Il est possible en l’espèce d’établir une distinction entre la tentative et le complot de la façon suivante. L’accusation de complot était fondée sur l’entente de commettre l’infraction générale de recyclage des produits de la criminalité, alors que l’accusation de tentative se limitait à la tentative de

provided by the authorities in the sting operation. No proceeds, of crime or otherwise, need be present to commit the offence of conspiracy.

### III. Conclusion

179

Since it is only necessary to find probable grounds that any extraditable offence has been committed, Dynar was properly ordered extradited on the conspiracy charge. In the result I agree with the disposition of Cory and Iacobucci JJ., and would allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Robert Hubbard and Croft Michaelson, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.*

recycler l'argent qui aurait été fourni par les autorités lors d'une opération d'infiltration. Aucun produit, de la criminalité ou de toute autre activité, n'est nécessaire pour la perpétration de l'infraction de complot.

### III. Conclusion

Étant donné qu'il est seulement nécessaire d'établir la probabilité de la perpétration d'une infraction donnant lieu à l'extradition, l'ordonnance d'extradition prononcée contre Dynar a été rendue à juste titre à l'égard de l'accusation de complot. En définitive, je suis d'accord avec la solution proposée par les juges Cory et Iacobucci et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs des appelants: Robert Hubbard et Croft Michaelson, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.*

**Margaret Smith** *Appellant*

v.

**Carole Arndt and Dennis Jackson** *Respondent*

INDEXED AS: ARNDT v. SMITH

File No.: 24943.

1997: January 29; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Negligence — Medical malpractice — Causation — Mother contracting chickenpox while pregnant — Child born with disabilities resulting from mother's chickenpox — Mother suing doctor for costs associated with raising child — Whether loss caused by doctor's failure to advise properly of risk — Appropriate test of causation.*

A sued her physician S for costs associated with rearing her daughter, who was congenitally injured by chickenpox A had contracted during her pregnancy. She contended that had S properly advised her of the risk of injury to her fetus, she would have terminated the pregnancy and avoided the costs she now incurs. S contended that A would not have terminated the pregnancy even if she had been fully advised, and therefore asserted that the loss claimed was not caused by the failure to advise of risk. The trial judge dismissed A's claim. Evaluating her testimony at trial that she would have had an abortion against the fact that she desired a child, that she was sceptical of "mainstream" medical intervention, that an abortion in the second trimester held increased risks and that an abortion would have required the approval of a committee on health grounds, the trial judge concluded that A would not, on a balance of probabilities, have aborted the pregnancy. Also supportive of the trial judge's conclusion was evidence that the risk of serious injury to the fetus was very small and medical advisers would have recommended against an abortion. The Court of Appeal held that the trial judge had applied the wrong test and directed a new trial.

**Margaret Smith** *Appelante*

c.

**Carole Arndt et Dennis Jackson** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ARNDT c. SMITH

N° de greffe: 24943.

1997: 29 janvier; 1997: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Négligence — Faute médicale — Causalité — Mère ayant contracté la varicelle pendant sa grossesse — Enfant né avec une incapacité résultant de la varicelle de la mère — La mère a intenté une action contre le médecin pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever l'enfant — La perte a-t-elle été causée par l'omission du médecin de bien l'informer du risque? — Critère approprié de la causalité.*

A a intenté une action contre S pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever sa fille atteinte d'une maladie congénitale due à la varicelle qu'elle a contractée pendant sa grossesse. Elle a prétendu que si S l'avait bien informée du risque d'atteinte à son fœtus, elle aurait interrompu sa grossesse et évité ces frais. S a soutenu que A n'aurait pas recouru à l'avortement même si elle avait obtenu toute l'information et qu'en conséquence, la perte alléguée n'a pas été causée par l'omission de l'informer du risque. Le juge de première instance a rejeté l'action de A. Après avoir soupesé, d'une part, son témoignage au procès selon lequel elle aurait avorté, et d'autre part, le fait qu'elle désirait un enfant, qu'elle ne croyait pas beaucoup à la médecine «traditionnelle», qu'un avortement au deuxième trimestre était plus risqué et qu'il aurait fallu l'approbation d'un comité d'avortement thérapeutique, le juge a conclu que A, selon la prépondérance des probabilités, n'aurait pas interrompu sa grossesse. Cette conclusion s'appuyait également sur la preuve que le risque d'une affection grave pour le fœtus était très faible et que les spécialistes de la santé se seraient prononcés contre l'avortement. La cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait appliqué un critère erroné et elle a ordonné un nouveau procès.

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

A's claims for economic loss are not barred by s. 3(1)(a) of the British Columbia *Limitation Act*, which provides a two-year limitation period in actions for "damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury", because they do not relate to personal injury either to A or to her daughter.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ.: When determining whether the loss claimed by A was caused by S's failure to advise of the risk the court should adopt the modified objective test set out in *Reibl v. Hughes*. The test enunciated relies on a combination of objective and subjective factors in order to determine whether the failure to disclose actually caused the harm of which the plaintiff complains. It requires that the court consider what the reasonable patient in the plaintiff's circumstances would have done if faced with the same situation. The trier of fact must take into consideration any "particular concerns" of the patient and any "special considerations affecting the particular patient" in determining whether the patient would have refused treatment if given all the information about the possible risks. The "reasonable person" who sets the standard for the objective test must be taken to possess the patient's reasonable beliefs, fears, desires and expectations. While evidence of reasonable fears and concerns can thus be taken into account, purely subjective fears which are not related to the material risks should not be considered. The modified objective test strikes a reasonable balance, which cannot be obtained through either a purely objective or a purely subjective approach. A purely subjective approach fails to take into account the inherent unreliability of the self-serving assertion of a plaintiff, while the purely objective standard might result in undue emphasis being placed on the medical evidence, essentially resulting in a test which defers completely to medical wisdom.

It is appropriate to infer from the evidence in this case that a reasonable person in the plaintiff's position would not have decided to terminate her pregnancy in the face of the very small increased risk to the fetus posed by her exposure to the virus which causes chickenpox. While A did make a very general inquiry concerning the risks associated with maternal chickenpox, there was nothing

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

La demande présentée par A à l'égard de la perte économique n'est pas prescrite par l'al. 3(1)a) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, qui dispose que les actions se prescrivent par deux ans dans le cas des «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens, y compris la perte économique découlant du préjudice», parce qu'elle ne concerne pas un préjudice causé à la personne de A ou de sa fille.

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major:* Pour déterminer si la perte subie par A a été causée par l'omission de S de l'informer du risque, la cour doit adopter le critère objectif modifié, exposé dans *Reibl c. Hughes*. Le critère énoncé comprend une combinaison de facteurs objectifs et subjectifs qui permettent de déterminer si l'omission de divulguer a vraiment causé le préjudice dont se plaint le demandeur. Il commande que le tribunal évalue ce que le patient raisonnable, placé dans la même situation que le demandeur, aurait fait s'il avait eu à choisir. Le juge des faits doit prendre en considération les «inquiétudes particulières» du patient et «toute considération spéciale touchant [le] patient» quand il tranche la question de savoir si ce dernier aurait refusé le traitement, s'il avait reçu tous les renseignements au sujet des risques possibles. Il faut tenir pour acquis que la «personne raisonnable» en fonction de laquelle la norme est établie, possède les croyances, les craintes, les désirs et les attentes raisonnables du patient. Si la preuve des craintes et des inquiétudes raisonnables peut être prise en considération, les craintes purement subjectives qui ne sont pas reliées aux risques importants ne doivent pas être prises en compte. Le critère objectif modifié représente un équilibre raisonnable, que ne permettrait pas d'obtenir une méthode purement objective ou purement subjective. Une méthode purement subjective ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérent de la déclaration intéressée du demandeur, alors que l'adoption d'une norme purement objective pourrait nous amener à accorder une importance excessive à la preuve médicale, et donc essentiellement à nous en remettre exclusivement à l'appréciation des médecins.

On peut à bon droit inférer de la preuve qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'aurait pas décidé d'interrompre sa grossesse, une fois informée de l'augmentation très faible du risque auquel le virus qui cause la varicelle exposait le fœtus. Certes, A a posé une question très générale au sujet des risques associés à la varicelle chez la femme

to indicate to the doctor that she had a particular concern in this regard. Further, factors such as A's desire for children and her suspicion of the mainstream medical profession can be taken into consideration when determining what a reasonable person in her position would have done if informed of the risks. As found by the trial judge, the failure to disclose some of the risks to the fetus associated with maternal chickenpox did not affect A's decision to continue the pregnancy to term. It follows that the failure to disclose did not cause the financial losses for which she is seeking compensation.

*Per McLachlin J.:* This case raises the hypothetical question of what the plaintiff would have done had the physician discharged her duty to disclose. General tort principles suggest that this question is a purely factual inquiry to be answered by reference to all the evidence. This may include evidence from the plaintiff at trial as to what she would have done, but it also includes relevant evidence of her situation, circumstances and mindset at the time the decision would have been made. The trial judge must look at all the evidence and determine whether the plaintiff would have taken the suggested course on a balance of probabilities. The approach suggested by the fundamental principles of tort law is subjective, in that it requires consideration of what the plaintiff at bar would have done. However, it incorporates elements of objectivity; the plaintiff's subjective belief at trial that she would have followed a certain course stands to be tested by her circumstances and attitudes at the time the decision would have been made as well as the medical advice she would have received at the time.

The trial judge applied the right test in this case and did not err in dismissing the action on the ground that A had failed to establish that S's failure to advise her of the risk to her fetus from chickenpox caused the loss associated with the rearing of her disabled daughter. While he paid lip service to the reasonable person test, he resolved the issue of causation by asking what the plaintiff herself would have done in all the circumstances. He considered a number of external circumstances, including the fact that an abortion in the second trimester would have been riskier than an earlier abortion and the need to obtain the approval of a committee for any abortion. He went on to consider factors going to A's state of mind, including the fact that she very much wanted to have a child, that she had a natural skepticism of mainstream medicine and had so informed

enceinte, mais aucun indice ne pouvait permettre au médecin de croire que ce point l'inquiétait particulièrement. De plus, des facteurs comme le désir de A d'avoir des enfants et son scepticisme envers la médecine traditionnelle peuvent être pris en compte dans la détermination de ce qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait fait si elle avait été informée des risques. Comme l'a conclu le juge de première instance, l'omission de divulguer certains des risques d'atteinte au fœtus associés à la varicelle chez la mère n'a pas joué dans la décision de A de le mener à terme. Il s'ensuit que l'omission de divulguer n'a pas causé les pertes financières pour lesquelles elle demande réparation.

*Le juge McLachlin:* La présente affaire soulève la question hypothétique de savoir ce que le demandeur aurait fait si le médecin avait rempli son obligation. Les principes généraux de la responsabilité délictuelle indiquent que cette question est purement factuelle et doit être tranchée selon l'ensemble de la preuve, laquelle peut inclure le témoignage du demandeur sur ce qu'il aurait fait, mais aussi des éléments de preuve pertinents quant à sa situation, aux circonstances et à son état d'esprit au moment où la décision aurait été prise. Le juge de première instance doit tenir compte de l'ensemble de la preuve et déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si le demandeur aurait agi de la manière qu'il affirme maintenant. La méthode tirée des principes fondamentaux du droit de la responsabilité délictuelle est subjective, en ce qu'elle requiert l'examen de ce que le demandeur en cause aurait fait. Toutefois, elle comprend des éléments d'ordre objectif; la croyance subjective du demandeur exprimée au procès quant à la conduite qu'il aurait adoptée doit être appréciée au regard de sa situation et de ses attitudes au moment où la décision aurait été prise, ainsi que des conseils médicaux qu'il aurait reçus à ce moment.

Le juge de première instance a appliqué le bon critère et n'a pas commis d'erreur en rejetant l'action pour le motif que A n'a pas établi que l'omission par S de l'informer du risque que comportait la varicelle pour son fœtus avait causé la perte encourue pour élever sa fille handicapée. Bien qu'il ait examiné pour la forme le critère de la personne raisonnable, il a tranché la question de la causalité en se demandant ce que la demanderesse aurait fait, quant à elle, compte tenu de toutes les circonstances. Il a pris en compte un certain nombre de circonstances extérieures, dont le risque plus élevé que comporte un avortement au deuxième trimestre par rapport à un avortement pratiqué plus tôt et la nécessité d'obtenir l'approbation d'un comité d'avortement. Il a aussi pris en considération des facteurs se rapportant à l'état d'esprit de A, dont son vif désir d'avoir un enfant,

S and that she stated she did not want an ultrasound scan of the developing fetus. The fact that the medical profession would not have recommended an abortion in these circumstances also supports the trial judge's conclusion that A would not have chosen an abortion had she been advised of the very small increased risk to the fetus posed by chickenpox.

*Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting):* As found by McLachlin J., the appropriate test of causation in the present circumstances is not to ask what the "reasonable person" would have done in A's position, but is to ask what A herself would have done had she been fully apprised of the risks to the fetus resulting from her chickenpox. The trial judge did not apply the appropriate test, however, but applied an objective test. He repeatedly referred to the pivotal role played in his causation analysis by the "reasonable and prudent expectant mother" and did not consider A's evidence that she would have aborted the fetus if fully informed of the relevant risks because of his view of the objective nature of the causation test. At best, the trial judge's reasons are unclear on the question of which test for causation was applied. This lack of clarity itself would warrant a new trial. In the further alternative, even if the trial judge did purport to apply a nominally subjective test, the failure to consider A's testimony would constitute an error of law justifying a new trial.

### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634.

By McLachlin J.

**Considered:** *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Laferrrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Chatterton v. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills v. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716; *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643; *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553; *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Young v. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264; *Bernard v.*

son scepticism naturel envers la médecine traditionnelle dont elle avait informé S et le fait qu'elle a dit ne pas avoir voulu que son fœtus soit soumis à une échographie. Le fait que le corps médical n'aurait pas recommandé l'avortement dans ces circonstances appuie aussi la conclusion du juge de première instance que A n'aurait pas choisi l'avortement si elle avait été informée de l'augmentation très faible du risque auquel la varicelle exposait le fœtus.

*Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents):* Comme le conclut le juge McLachlin, le critère approprié de la causalité dans le cas présent ne consiste pas à se demander ce qu'aurait fait une «personne raisonnable» placée dans la même situation que A, mais bien ce que cette dernière aurait fait si elle avait été informée adéquatement des risques d'atteinte à son fœtus que comportait la varicelle. Le juge de première instance n'a toutefois pas appliqué le bon critère de la causalité, mais un critère objectif. Il s'est reporté à plusieurs reprises, dans son analyse de la causalité, à l'importance décisive du concept de la «femme enceinte raisonnable et prudente» et il n'a pas tenu compte du témoignage de A selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée adéquatement des risques pertinents, en raison de son point de vue sur la nature objective du critère de la causalité. Au mieux, les motifs du juge de première instance ne précisent pas clairement quel critère de la causalité a été appliqué. Ce manque de clarté est en soi de nature à justifier un nouveau procès. Subsidièrement encore, même si le juge de première instance prétendait appliquer un critère subjectif de nom, le défaut de tenir compte du témoignage de A constituerait une erreur de droit justifiant un nouveau procès.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; **arrêt mentionné:** *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt examiné:** *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; **arrêts mentionnés:** *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Chatterton c. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills c. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716; *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643; *Ellis c. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553; *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Young c. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264; *Bernard*

*Char*, 903 P.2d 667 (1995); *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (1979); *Smith v. Reisig*, 686 P.2d 285 (1984); *Arena v. Gingrich*, 733 P.2d 75 (1987); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Martin v. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163.

### Statutes and Regulations Cited

*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(1)(a).

### Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.

Fontigny, Nadine. "When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited" (1996), 4 *Health L. Rev.* 17.

"Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548.

Osborne, Philip H. Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264.

Osborne, Philip H. "Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment" (1985), 33 C.C.L.T. 131.

Robertson, Gerald. "Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 423.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66, dismissing the respondents' claim against the appellant physician. Appeal allowed, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

*Christopher E. Hinkson, Q.C.*, and *Andrew F. Wilkinson*, for the appellant.

*Nathan H. Smith*, for the respondents.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — I have had the benefit of reading the cogent reasons of McLachlin J. I agree with her analysis regarding the *Limitation Act* issue and with her disposition of this appeal. However,

*c. Char*, 903 P.2d 667 (1995); *Scott c. Bradford*, 606 P.2d 554 (1979); *Smith c. Reisig*, 686 P.2d 285 (1984); *Arena c. Gingrich*, 733 P.2d 75 (1987); *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Martin c. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163.

### Lois et règlements cités

*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(1)a).

### Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.

Fontigny, Nadine. «When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited» (1996), 4 *Health L. Rev.* 17.

«Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548.

Osborne, Philip H. Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264.

Osborne, Philip H. «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment» (1985), 33 C.C.L.T. 131.

Robertson, Gerald. «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*» (1991), 70 *R. du B. can.* 423.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66, qui avait rejeté la demande des intimés contre le médecin appelant. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

*Christopher E. Hinkson, c.r.*, et *Andrew F. Wilkinson*, pour l'appelante.

*Nathan H. Smith*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — J'ai eu l'avantage de lire les motifs convaincants de ma collègue le juge McLachlin. Je souscris à son analyse concernant la *Limitation Act*, ainsi qu'à la solution qu'elle

I come to a different conclusion as to the test which should be applied when determining whether the loss claimed by the plaintiff was caused by the doctor's failure to advise of the risk.

2 The starting point for this question must be *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, which set out the basic principles for assessing causation in cases involving allegations of negligence by doctors. *Reibl* involved an action by a patient against a surgeon for failing to warn him of the risk of paralysis associated with the elective surgery performed by that surgeon. One of the defences raised was that even if the surgeon had disclosed all of the risks of the procedure, the plaintiff would nonetheless have gone ahead with the operation. In other words, the physician disputed whether his negligent failure to disclose had, in fact, caused the plaintiff's loss.

3 The question presented to the Court was how to determine whether the patient would have actually chosen to decline the surgery if he had been properly informed of the risks. In trying to craft the appropriate test, Laskin C.J. for a unanimous Court quoted with approval an article from the *New York University Law Review*, entitled "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548. The article distinguished between a subjective test, which asks whether the particular patient would have foregone treatment if properly informed, and an objective test, which asks whether the average prudent person in the patient's position would have foregone treatment if informed of all material risks. The authors preferred the objective test, since the subjective standard suffered from what they deemed to be a "gross defect": "[I]t depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness" (p. 550).

4 Laskin C.J. shared the authors' concerns about the subjective test, and rejected the pure subjective

proposer d'apporter au présent pourvoi. Toutefois, j'arrive à une conclusion différente quant au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si la perte subie par la demanderesse a été causée par l'omission du médecin de l'informer du risque.

Pour trancher cette question, le point de départ doit être *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, où sont énoncés les principes fondamentaux d'établissement de la causalité dans les litiges comportant des allégations de négligence contre des médecins. Dans cette affaire-là, un patient avait intenté une action contre un chirurgien lui reprochant de ne pas l'avoir informé du risque de paralysie que comportait l'opération facultative qu'il avait pratiquée. L'un des moyens de défense invoqués a été que, même si le chirurgien avait divulgué tous les risques que présentait l'intervention, le demandeur aurait néanmoins choisi d'être opéré. Autrement dit, le médecin a mis en doute le lien de cause à effet entre sa négligence, savoir l'omission de divulguer, et la perte du demandeur.

La Cour était appelée à décider du critère applicable pour déterminer si le patient aurait effectivement choisi de ne pas subir l'intervention chirurgicale s'il avait été bien informé des risques. Cherchant à établir le critère approprié, le juge en chef Laskin, au nom de la Cour à l'unanimité, a cité et approuvé un article de la *New York University Law Review*, intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548. Dans cet article, les auteurs font une distinction entre un critère subjectif, où l'on se demande si le patient aurait refusé le traitement s'il avait été renseigné adéquatement, et un critère objectif, où l'on se demande si une personne prudente placée dans la situation du patient et mise au fait de tous les risques importants, aurait refusé le traitement. Les auteurs préfèrent la norme objective, puisque la norme subjective présente ce qu'ils estiment être un [TRADUCTION] «défaut flagrant»: «elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur» (p. 550).

Le juge en chef Laskin, partageant les inquiétudes des auteurs au sujet du critère subjectif, a

approach to causation. He explained at p. 898 that the plaintiff's testimony as to what he or she would have done, had the doctor given an adequate warning, is of little value:

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery. Yet, to apply a subjective test to causation would, correlatively, put a premium on hindsight, even more of a premium than would be put on medical evidence in assessing causation by an objective standard.

In other words, the plaintiff would always testify that the failure to warn was the determining factor in his or her decision to take the harmful course of action. Accordingly the subjective test would necessarily cause the trier of fact to place too much weight on inherently unreliable testimony.

While an objective test would prevent an inappropriate emphasis being placed on the plaintiff's testimony, Laskin C.J. thought that a purely objective test also presented problems. At p. 898, he discussed his paramount concern with an approach based on the actions of a hypothetical reasonable person:

... a vexing problem raised by the objective standard is whether causation could ever be established if the surgeon has recommended surgery which is warranted by the patient's condition. Can it be said that a reasonable person in the patient's position, to whom proper disclosure of attendant risks has been made, would decide against the surgery, that is, against the surgeon's recommendation that it be undergone? The objective standard of what a reasonable person in the patient's position would do would seem to put a premium on the surgeon's assessment of the relative need for the surgery and on supporting medical evidence of that need. Could it be reasonably refused?

repoussé la norme purement subjective en matière de causalité. À la p. 898, il a expliqué que le témoignage du demandeur concernant le choix qu'il aurait fait, si le médecin l'avait bien informé, a peu de valeur:

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir. Cependant, l'application d'un critère subjectif à la causalité aurait pour effet corrélatif d'accorder un avantage à l'examen en rétrospective, un avantage encore plus grand que celui dont bénéficierait la preuve médicale si on évaluait la causalité selon une norme objective.

Autrement dit, le demandeur témoignera dans tous les cas que l'omission de l'avertir des risques a été le facteur déterminant dans la décision qui s'est avérée préjudiciable. En conséquence, en appliquant un critère subjectif, le juge des faits accorderait nécessairement trop de poids à un témoignage intrinsèquement peu crédible.

Tout en reconnaissant qu'un critère objectif empêcherait d'accorder une importance excessive au témoignage du demandeur, le juge en chef Laskin a toutefois estimé qu'un critère purement objectif faisait lui aussi problème. À la p. 898, il formule la préoccupation primordiale suscitée chez lui par une méthode fondée sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable hypothétique:

... la norme objective pose un problème troublant, savoir si l'on pourrait établir la causalité lorsque le chirurgien a recommandé une opération qui est justifiée par l'état du patient. Pouvons-nous dire qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient, à qui les risques que comporte l'opération auraient été bien divulgués, déciderait de ne pas subir l'opération contrairement à la recommandation du chirurgien? La norme objective de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la situation du patient semble donner un avantage à l'évaluation du chirurgien quant à la nécessité relative de l'opération et à la preuve médicale à l'appui de cette nécessité. Pouvait-on raisonnablement refuser de la subir?

In short, the purely objective standard might result in undue emphasis being placed on the medical evidence, essentially resulting in a test which defers completely to medical wisdom.

6 To balance the two problems, Laskin C.J. opted for a modified objective test for causation, which he set out at length at pp. 898-900 :

I think it is the safer course on the issue of causation to consider objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery is in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con becomes therefore very material. And so too are any special considerations affecting the particular patient. For example, the patient may have asked specific questions which were either brushed aside or were not fully answered or were answered wrongly. In the present case, the anticipation of a full pension would be a special consideration, and, while it would have to be viewed objectively, it emerges from the patient's particular circumstances. So too, other aspects of the objective standard would have to be geared to what the average prudent person, the reasonable person in the patient's particular position, would agree to or not agree to, if all material and special risks of going ahead with the surgery or foregoing it were made known to him. Far from making the patient's own testimony irrelevant, it is essential to his case that he put his own position forward.

The adoption of an objective standard does not mean that the issue of causation is completely in the hands of the surgeon. Merely because medical evidence establishes the reasonableness of a recommended operation does not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it, if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risks of surgery or no surgery are balanced would reduce the force, on an objective appraisal, of the surgeon's recommendation. Admittedly, if the risk of foregoing the surgery would be considerably graver to a patient than the risks attendant upon it, the objective standard would favour exoneration of the surgeon who has not made the required disclosure. Since liability rests only in negligence, in a failure to disclose material risks, the issue of causation would be in the patient's hands on a subjective test, and would, if his evidence was accepted, result inevitably in liability unless, of course, there was a finding that there

Bref, l'adoption de la norme purement objective pourrait nous amener à accorder une importance excessive à la preuve médicale, et donc essentiellement à nous en remettre exclusivement à l'appréciation des médecins.

Pour sortir de ce dilemme, le juge en chef Laskin a proposé un critère objectif modifié en matière de causalité, qu'il a exposé en détail aux pp. 898 à 900:

J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre devient donc très pertinent. Il en est de même de toute considération spéciale touchant un patient donné. Par exemple, le patient peut avoir posé des questions précises qui ont été écartées ou auxquelles on a partiellement ou faussement répondu. En l'espèce, l'espérance d'une pension intégrale serait une considération spéciale qui, bien qu'on doive la considérer objectivement, se dégage de la situation particulière du patient. De même, d'autres aspects de la norme objective devraient être appliqués à ce qu'une personne prudente, une personne raisonnable placée dans la situation particulière du patient, accepterait ou refuserait si elle connaissait tous les risques importants ou particuliers que comporte l'opération ou l'absence d'opération. Ainsi, loin d'être non pertinent, le témoignage du patient est essentiel à sa réclamation.

L'adoption d'une norme objective ne signifie pas que la question de la causalité est entièrement dans les mains du chirurgien. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. D'ailleurs, si le risque que présente le refus de subir l'opération était considérablement plus grave pour un patient que les risques qu'elle comporte, la norme objective favorisera sans contester l'exonération du chirurgien qui n'a pas fait la divulgation requise. Puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'ac-

was no breach of the duty of disclosure. In my view, therefore, the objective standard is the preferable one on the issue of causation.

In saying that the test is based on the decision that a reasonable person in the patient's position would have made, I should make it clear that the patient's particular concerns must also be reasonably based; otherwise, there would be more subjectivity than would be warranted under an objective test. Thus, for example, fears which are not related to the material risks which should have been but were not disclosed would not be causative factors. However, economic considerations could reasonably go to causation where, for example, the loss of an eye as a result of non-disclosure of a material risk brings about the loss of a job for which good eyesight is required. In short, although account must be taken of a patient's particular position, a position which will vary with the patient, it must be objectively assessed in terms of reasonableness.

These words are as persuasive today as they were when they were written. The test enunciated relies on a combination of objective and subjective factors in order to determine whether the failure to disclose actually caused the harm of which the plaintiff complains. It requires that the court consider what the reasonable patient in the circumstances of the plaintiff would have done if faced with the same situation. The trier of fact must take into consideration any "particular concerns" of the patient and any "special considerations affecting the particular patient" in determining whether the patient would have refused treatment if given all the information about the possible risks.

This Court recently had occasion to reconsider the modified objective test in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. La Forest J. for the majority held that a subjective test was appropriate for an action against a manufacturer of breast implants when determining whether the failure to warn of the risks associated with the implants caused the harm. However, he specifically supported the continuing application of the modified objective standard in negligence actions between a doctor and patient. He emphasized at p. 675 the

ception de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable; sinon, la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif. Ainsi, par exemple, les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité. Toutefois, on pourrait rattacher des considérations économiques à la causalité lorsque, par exemple, la perte d'un œil suite à la non-divulgaration de risques importants entraîne la perte d'un emploi qui requiert une bonne vision. En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.

Ces observations sont tout aussi convaincantes aujourd'hui qu'elles l'étaient au moment où elles ont été faites. Le critère énoncé comprend une combinaison de facteurs objectifs et subjectifs qui permettent de déterminer si l'omission de divulguer a vraiment causé le préjudice dont se plaint le demandeur. Il commande que le tribunal évalue ce que le patient raisonnable, placé dans la même situation que le demandeur, aurait fait s'il avait eu à choisir. Le juge des faits doit prendre en considération les «inquiétudes particulières» du patient et «toute considération spéciale touchant [le] patient» quand il tranche la question de savoir si ce dernier aurait refusé le traitement, s'il avait reçu tous les renseignements au sujet des risques possibles.

Notre Cour a récemment eu l'occasion de réexaminer le critère objectif modifié dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634. Au nom de la majorité, le juge La Forest a décidé qu'il convenait d'appliquer un critère subjectif dans une action contre un fabricant de prothèses mammaires pour déterminer si l'omission de faire une mise en garde contre les risques inhérents à l'utilisation des prothèses avait causé le préjudice. Toutefois, il a explicitement déclaré qu'il fallait continuer d'appliquer le critère objectif modifié dans une action

unique policy concerns associated with the doctor-patient relationship, which justify the modification of the usual approach to causation followed in other tortious actions.

... the duty of the doctor is to give the best medical advice and service he or she can give to a particular patient in a specific context. It is by no means coterminous with that of the manufacturer of products used in rendering that service. The manufacturer, on the other hand, can be expected to act in a more self-interested manner. In the case of a manufacturer, therefore, there is a greater likelihood that the value of a product will be overemphasized and the risk underemphasized. It is, therefore, highly desirable from a policy perspective to hold the manufacturer to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these products.

To elaborate on the distinction between manufacturers and doctors, I believe it is important to note that negligence actions against members of the medical profession based on a failure to warn will inevitably be hypothetical, because they are based on constructing what would have happened if the patient had been fully informed of the risks of a procedure. This introduces a degree of uncertainty into the analysis. Often, this uncertainty will be increased by the difficulty of determining the extent of a doctor's obligation to inform in a case where, based upon his or her professional knowledge and experience, the doctor believed that the risk was too insignificant to warrant advising the patient of it. On the other hand, pharmaceutical manufacturers have no reason not to provide the medical profession at least, if not the public generally, with all available information concerning the medication they put on the market. It follows that it is eminently sensible to apply a more flexible standard of causation to doctors than to manufacturers.

intentée par un patient contre un médecin pour négligence. À la p. 675, il met en évidence les considérations de principe particulières, rattachées à la relation patient-médecin, qui justifient la modification de la méthode habituellement suivie en matière de causalité dans les autres types d'action en responsabilité civile délictuelle:

... le devoir du médecin est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Il ne coïncide aucunement avec celui du fabricant des produits utilisés dans la prestation de ces services. On peut s'attendre à ce que le fabricant, pour sa part, agisse de façon plus intéressée. Dans son cas, il y a donc une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée et les risques minimisés. Il est donc hautement souhaitable, sur le plan des principes, de lui appliquer une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits.

Au sujet de la distinction établie entre fabricants et médecins, je tiens à souligner que les actions pour négligence dirigées contre des membres du corps médical et fondées sur l'omission de divulguer sont inévitablement hypothétiques, parce qu'elles reposent sur l'interprétation de ce qui se serait passé si le patient avait été bien informé des risques que comportait une intervention chirurgicale. L'analyse comporte donc un degré d'incertitude. Souvent, cette incertitude sera augmentée par la difficulté que pose la détermination de l'étendue de l'obligation du médecin d'informer dans les cas où, en faisant fond sur ses connaissances et son expérience professionnelles, le médecin a jugé que le risque était trop peu important pour justifier une mise en garde au patient. En revanche, les fabricants de produits pharmaceutiques n'ont aucune raison de ne pas fournir au moins aux médecins, sinon à l'ensemble de la population, tous les renseignements qu'ils possèdent sur le médicament qu'ils mettent en marché. Il s'ensuit qu'il est éminemment judicieux d'appliquer une norme de causalité plus souple dans le cas des médecins que dans celui des fabricants.

8

Sopinka J. (McLachlin J. concurring) wrote a dissenting opinion in *Hollis*, but he joined with the majority in endorsing the modified objective test from *Reibl*. He also elaborated upon the advan-

Le juge Sopinka a émis une opinion dissidente (partagée par le juge McLachlin) dans *Hollis*, mais a souscrit à l'instar de la majorité au critère objectif modifié établi dans *Reibl*. Il a également exposé

tages of this approach to causation. A subjective approach, he explained, fails to take into account the inherent unreliability of the self-serving assertion of a plaintiff. The plaintiff may honestly believe that he would not have consented to a procedure if all the risks were disclosed. However, this is only the plaintiff's opinion about what he would have done in a situation which never arose. As such, the opinion may be honestly held and given, but rejected by the trier of fact. As Sopinka J. stated at pp. 688-89:

In evaluating the opinion, the trier of fact must discount its probity not only by reason of its self-serving nature, but also by reason of the fact that it is likely to be coloured by the trauma occasioned by the failed procedure. For this reason, the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. [Emphasis in original.]

At p. 690, Sopinka J. stated his preference for the modified objective standard:

The *Reibl* approach is a more reliable method of determining what [the plaintiff's] choice would have been. The subjective test places too much of a premium on the plaintiff's present belief as to what it would have been.

In the end, therefore, both the majority and minority judgments explicitly endorsed the continued application of the modified objective test from *Reibl* for negligence actions by a patient against a doctor. The decision in *Hollis* is a very strong and recent affirmation of the *Reibl* test and should not be lightly disregarded.

Some of the criticisms directed at the *Reibl* test may stem from confusion as to what Laskin C.J. intended in his adoption of a modified objective test. The uncertainty surrounds the basic premise that the test depends upon the actions of a reasonable person in the plaintiff's circumstances. Which aspects of the plaintiff's personal circumstances should be attributed to the reasonable person?

les avantages de cette méthode pour déterminer la causalité. La méthode subjective, a-t-il expliqué, ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérent de la déclaration intéressée du demandeur. Celui-ci peut être tout à fait sincère lorsqu'il affirme qu'il n'aurait pas consenti à l'opération si tous les risques lui avaient été divulgués. Cependant, il s'agit seulement de son opinion sur la conduite qu'il aurait adoptée dans une situation qui ne s'est pas produite. L'opinion peut donc être formée et donnée honnêtement, sans pour autant être admise par le juge des faits. Comme le dit le juge Sopinka, aux pp. 688 et 689:

Dans l'appréciation de cette opinion, le juge des faits doit accorder moins d'importance à sa probité non seulement à cause du caractère intéressé qu'elle revêt, mais aussi parce qu'elle risque d'être influencée par le traumatisme occasionné par l'intervention manquée. C'est pourquoi la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. [Souligné dans l'original.]

À la p. 690, il dit préférer la norme objective modifiée:

Le critère suivi dans l'arrêt *Reibl* est une méthode plus fiable pour déterminer quel aurait été [l]e choix [du demandeur]. Le critère subjectif accorde un avantage trop grand à la croyance actuelle du demandeur quant à ce qu'aurait été son choix.

En dernière analyse, donc, tant la majorité que la minorité ont explicitement déclaré qu'il convenait de continuer d'appliquer le critère objectif modifié, énoncé dans *Reibl*, dans les actions pour négligence intentées par des patients contre un médecin. La décision *Hollis*, qui est très récente, réaffirme très vigoureusement le critère de *Reibl* et ne doit pas être écartée à la légère.

Certaines des critiques visant le critère de *Reibl* s'expliquent peut-être par la confusion au sujet de ce que le juge en chef Laskin avait à l'esprit en adoptant un critère objectif modifié. L'incertitude concerne la prémisse fondamentale voulant que le critère repose sur ce qu'aurait fait une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur. Quels sont les aspects de la situation particulière

There is no doubt that objectively ascertainable circumstances, such as a plaintiff's age, income, marital status, and other factors, should be taken into consideration. However, Laskin C.J. didn't stop there. He went on and stated that "special considerations" affecting the particular patient should be considered, as should any "specific questions" asked of the physician by the patient. In my view this means that the "reasonable person" who sets the standard for the objective test must be taken to possess the patient's reasonable beliefs, fears, desires and expectations. Further, the patient's expectations and concerns will usually be revealed by the questions posed. Certainly, they will indicate the specific concerns of the particular patient at the time consent was given to a proposed course of treatment. The questions, by revealing the patient's concerns, will provide an indication of the patient's state of mind, which can be relevant in considering and applying the modified objective test.

du demandeur qui doivent être attribués à la personne raisonnable? Il ne fait aucun doute que des caractéristiques objectivement vérifiables, telles que l'âge, le revenu, l'état matrimonial, etc., doivent être prises en compte. Toutefois, le juge en chef Laskin est allé plus loin. Il a dit qu'il y avait lieu de tenir compte de toute «considération spéciale» touchant un patient donné, ainsi que des «questions précises» qu'il a pu poser au médecin. Il faut donc, à mon sens, tenir pour acquis, eu égard au critère objectif, que la «personne raisonnable» en fonction de laquelle la norme est établie, possède les croyances, les craintes, les désirs et les attentes raisonnables du patient. En outre, les attentes et les inquiétudes du patient seront d'ordinaire révélées par les questions qu'il a posées. Sans aucun doute, elles permettront de connaître les inquiétudes particulières du patient en cause au moment où il a consenti au traitement proposé. En révélant les inquiétudes du patient, les questions fourniront une indication de son état d'esprit, qui peut être pertinent dans l'examen et dans l'application du critère objectif modifié.

10

An example may serve to illustrate this. Imagine a patient considering plastic surgery on his nose. During a pre-operative consultation, the patient asks if the surgery will affect his sense of smell. The physician fails to fairly and adequately explain the attendant risks to this sensory function and does not mention that a certain percentage of patients suffer a permanent loss of a small fraction of their ability to smell. After the surgery, the patient can no longer smell with the same acuity food that is cooking. Under Laskin C.J.'s test in *Reibl*, the patient's question about the risks to his sense of smell are clearly relevant. The question posed suggests that the patient had a special concern about losing the sense of smell. This is not an unreasonable concern. The loss of a keen sensory perception of smell which is so closely related to the sense of taste is crucial to both those who artistically prepare and those who have a particular appreciation for finely prepared food. This special fear of the loss of a keen sense of smell could be considered by the trier of fact in determining whether the reasonable person with the particular

Je vais le démontrer par un exemple. Imaginons un patient qui songe à la chirurgie esthétique pour son nez. Au cours d'une consultation avant l'opération, il demande au chirurgien si son odorat sera émoussé par suite de l'intervention. Ce dernier ne lui explique pas complètement et adéquatement les risques inhérents pour son odorat et ne mentionne pas qu'un certain pourcentage de patients subissent une perte minime permanente de l'odorat. Après l'opération, le patient ne sent plus aussi bien les aliments qui cuisent. Selon le critère énoncé par le juge en chef Laskin dans *Reibl*, la question posée par le patient au sujet des risques de perte de l'odorat est de toute évidence pertinente, indiquant qu'il s'inquiétait précisément de ce risque. Cette inquiétude n'a rien de déraisonnable. La diminution de l'acuité de l'odorat, sens qui est étroitement lié au goût, est critique pour les artistes culinaires et pour ceux qui apprécient particulièrement la bonne cuisine. Cette crainte particulière de perte d'acuité de l'odorat pourrait être prise en compte par le juge des faits pour déterminer si la personne raisonnable manifestant l'inquiétude particulière du deman-

expressed concern of the plaintiff would have consented to the proposed course of treatment if all the risks had been disclosed.

As another example, let us consider a patient who asks his doctor about a proposed procedure, and particularly poses questions as to whether there might be any effect on his hearing, without advising the doctor of his particular passion for the singing of operatic sopranos. If the doctor fails to inform the patient of the possibility that the procedure could limit his ability to hear in the upper ranges, the *Reibl* test would allow the trier of fact to consider the questions posed by the patient in determining whether he would have consented to the proposed treatment if he had been properly informed of all the risks. Again, the questions asked by this patient may act as an indication of his own reasonable fears and concerns, which are appropriate modifiers of the hypothetical reasonable person.

As further evidence that the patient's state of mind is relevant to the *Reibl* test, Laskin C.J. goes on at pp. 899-900 to caution that the trier of fact may only take into account those particular concerns of the patient which are reasonable:

[T]he patient's particular concerns must also be reasonably based. . . . Thus, for example, fears which are not related to the material risks which should have been but were not disclosed would not be causative factors.

Clearly, evidence of reasonable fears and concerns can be taken into consideration and this is evidence which could go to establishing the plaintiff's subjective state of mind. Therefore, it is apparent that Laskin C.J. intended that the reasonable subjective beliefs of the patient should be attributed to the hypothetical reasonable person used to set the objective standard in order to properly reflect the circumstances of the plaintiff.

If the patient's fears and beliefs were not considered when assessing how the "reasonable person in the patient's position" would have responded had all risks of a procedure been disclosed, absurd ver-

deur aurait consenti à l'intervention proposée si tous les risques lui avaient été divulgués.

Prenons un autre exemple. Un patient pose à son médecin, au sujet d'une opération proposée, des questions qui touchent en particulier ses conséquences sur son ouïe, sans l'informer qu'il se passionne pour les voix de sopranos. Si le médecin ne l'informe pas de la possibilité que l'opération affecte sa capacité de percevoir les aigus, le critère de *Reibl* permettrait au juge des faits de tenir compte des questions posées par le patient pour déterminer s'il aurait consenti au traitement proposé s'il avait été informé adéquatement de tous les risques. Encore une fois, les questions posées par le patient tendent à établir ses propres craintes et inquiétudes raisonnables, que le tribunal peut à bon escient prêter en retour à la personne raisonnable hypothétique.

Pour preuve que l'état d'esprit du patient est pertinent par rapport au critère établi dans *Reibl*, je vais citer un autre passage où le juge en chef Laskin, aux pp. 899 et 900, signale que le juge des faits ne peut tenir compte des inquiétudes particulières du patient que si elles sont raisonnables:

[L]es inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable [. . .] Ainsi, par exemple, les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité.

De toute évidence, la preuve des craintes et des inquiétudes raisonnables peut être prise en considération; en outre, elle peut servir à établir l'état d'esprit subjectif du demandeur. En conséquence, il appert que le juge en chef Laskin voulait que les croyances subjectives raisonnables du patient soient attribuées à la personne raisonnable hypothétique en fonction de laquelle la norme objective est établie, de façon à refléter correctement la situation du demandeur.

Des verdicts absurdes pourraient résulter du défaut de prendre en compte les craintes et les croyances du patient, au moment de déterminer comment la «personne raisonnable placée dans la

11

12

13

dicts could be produced. For example, let us suppose that a plaintiff brought an action based on her doctor's failure to disclose that there was a very significant risk of her giving birth to a disabled child, that the risk was material and the only issue was causation. If the plaintiff's beliefs are not to be considered, the trier of fact could conclude that a reasonable person in the position of the plaintiff would have chosen to terminate the pregnancy and find in favour of the patient even if the plaintiff was so resolutely and unalterably opposed to abortion that she would never have terminated the pregnancy. The failure to disclose would not have been the actual cause of the harm. Despite this, under the purely objective standard, the plaintiff could recover. This example demonstrates why it is important to include some subjective aspects in the assessment of what the reasonable person in the position of the plaintiff would have done if all the risks had been disclosed.

14

Laskin C.J. carefully noted that purely subjective fears which are not related to the material risks should not be taken into account in applying the modified objective test. In other words, fears which are idiosyncratic, which do not relate directly to the material risks of a proposed treatment and which would often be unknown to a physician, cannot be considered. This is what ensures that the objective standard truly is based on the actions of a "reasonable person". It means that a doctor will not be held responsible for damages attributable to a plaintiff's idiosyncrasies. It ensures that a plaintiff would not be able to successfully prove causation simply by demonstrating an irrational fear which, had the physician disclosed all the risks, would have convinced the plaintiff to forego medical treatment. For example, if a doctor failed to tell the patient that one of the risks of a procedure was an allergic reaction which could cause a temporary red rash on the skin, and the patient had an irrational belief that a rash is a highly significant and dangerous sign of evil spirits in the body, the patient could not successfully prove causation by demonstrating that he would

situation du patient» aurait agi si tous les risques que comporte une intervention chirurgicale lui avaient été divulgués. Par exemple, supposons qu'une demanderesse ait intenté une action fondée sur l'omission du médecin de divulguer un risque très élevé de mise au monde d'un enfant handicapé, que le risque soit important et que la seule question à trancher soit la causalité. S'il convient de ne pas tenir compte des croyances de la demanderesse, le juge des faits pourrait conclure qu'une personne raisonnable placée dans la situation de celle-ci aurait choisi d'avorter, et donner gain de cause à la patiente, même si la demanderesse était si résolument et immuablement opposée à l'avortement qu'elle n'aurait jamais interrompu sa grossesse. L'omission de divulguer n'aurait pas été la cause véritable du préjudice. Et pourtant, selon la norme purement objective, la demanderesse pourrait avoir gain de cause. Cet exemple montre pourquoi il importe d'inclure certains aspects subjectifs dans l'appréciation de ce qu'une personne raisonnable aurait fait à la place du demandeur si tous les risques avaient été divulgués.

Le juge en chef Laskin a pris soin de faire remarquer que les craintes purement subjectives qui ne sont pas reliées aux risques importants ne doivent pas être prises en compte dans l'application du critère objectif modifié. Autrement dit, les craintes qui sont propres au patient, qui ne se rapportent pas directement aux risques importants d'un traitement proposé et dont le médecin ignorera souvent l'existence, ne peuvent pas être prises en compte. C'est ce qui garantit que la norme objective est vraiment fondée sur ce qu'aurait fait une «personne raisonnable». Cela signifie que le médecin ne sera pas tenu responsable des dommages attribuables aux particularités du demandeur. Cela garantit qu'un demandeur ne pourrait pas démontrer la causalité simplement en faisant la preuve d'une crainte irrationnelle qui, si le médecin avait divulgué tous les risques, aurait convaincu le demandeur de renoncer au traitement médical. Par exemple, si le médecin a omis de dire au patient qu'un des risques inhérents à l'intervention était une réaction allergique pouvant causer une urticaire temporaire et que le patient ait cru, irrationnellement, que l'urticaire était un signe très

not have proceeded with the treatment on the basis of this irrational fear.

*Reibl* is a very significant and leading authority. It marks the rejection of the paternalistic approach to determining how much information should be given to patients. It emphasizes the patient's right to know and ensures that patients will have the benefit of a high standard of disclosure. At the same time, its modified objective test for causation ensures that our medical system will have some protection in the face of liability claims from patients influenced by unreasonable fears and beliefs, while still accommodating all the reasonable individual concerns and circumstances of plaintiffs. The test is flexible enough to enable a court to take into account a wide range of the personal circumstances of the plaintiff, and at the same time to recognize that physicians should not be held responsible when the idiosyncratic beliefs of their patients might have prompted unpredictable and unreasonable treatment decisions.

The *Reibl* test has had the desired effect of ensuring that patients have all the requisite information to make an informed decision regarding the medical procedure they are contemplating. Members of the medical and legal professions are familiar with its requirements. It strikes a reasonable balance, which cannot be obtained through either a purely objective or a purely subjective approach. A purely subjective test could serve as an incitement for a disappointed patient to bring an action. The plaintiff will invariably state with all the confidence of hindsight and with all the enthusiasm of one contemplating an award of damages that consent would never have been given if the disclosure required by an idiosyncratic belief had been made. This would create an unfairness that cannot be accepted. It would bring inequitable and unnecessary pressure to bear upon the overburdened medical profession. On the other hand, a purely objective test which would set the standard by a

grave et dangereux de la présence de mauvais esprits dans le corps, le patient ne pourrait pas faire ainsi la preuve de la causalité en montrant qu'il n'aurait pas accepté le traitement en raison de cette crainte irrationnelle.

*Reibl* est un arrêt de principe très important. Il marque le rejet de l'attitude paternaliste dans la détermination de la teneur des renseignements qu'il faut donner aux patients. Il met l'accent sur le droit du patient de savoir et fait en sorte que les patients profitent d'une norme de divulgation très élevée. Néanmoins, le critère objectif modifié qu'il établit en matière de causalité fait en sorte que notre système médical jouisse d'une certaine protection contre les actions en responsabilité intentées par des patients influencés par des craintes et des croyances déraisonnables, tout en tenant compte de toutes les inquiétudes et particularités raisonnables des demandeurs. Le critère est assez souple pour permettre au tribunal de prendre en compte un large éventail des particularités du demandeur, tout en reconnaissant que les médecins ne doivent pas être tenus responsables lorsque les croyances particulières de leurs patients ont pu les amener à prendre, relativement au traitement, des décisions imprévisibles et déraisonnables.

Le critère de *Reibl* a eu l'effet voulu: faire en sorte que les patients reçoivent tous les renseignements requis pour prendre une décision éclairée au sujet de l'intervention chirurgicale qu'ils envisagent. Les membres des corps médical et juridique connaissent bien ses exigences. Il représente un équilibre raisonnable, que ne permettrait pas d'obtenir une méthode purement objective ou purement subjective. Un critère purement subjectif pourrait inciter les patients déçus à engager une action en justice. Le demandeur dira invariablement avec toute la confiance que lui donne l'avantage du recul et avec tout l'enthousiasme de celui qui anticipe une indemnité qu'il n'aurait jamais donné son consentement si la divulgation commandée par une croyance particulière lui avait été faite. L'injustice qui en résulterait est inacceptable; une pression inéquitable serait exercée inutilement sur un corps médical surchargé. Par ailleurs, un critère purement objectif qui établirait la norme en fonction

15

16

reasonable person without the reasonable fears, concerns and circumstances of the particular plaintiff would unduly favour the medical profession.

17

It has been said that a subjective test, despite its dangers, is the most logical. Yet pure logic cannot achieve the fairness attained by the application of *Reibl* test. It is said that there is nothing to distinguish between the subjective test and the modified objective test. If that were the case there could be no grounds for complaint from those who favour the subjective test. Yet in my view there is a very real distinction. The modified objective test serves to eliminate from consideration the honestly held but idiosyncratic and unreasonable or irrational beliefs of patients. The *Reibl* test is fair and has recently been approved in the *Hollis* case. No useful purpose would be served by changing it. Indeed, to do so may unnecessarily add to the high cost of providing medical care. In short, I see no reason to abandon the modified objective test to causation set down in *Reibl*, a test which asks whether a reasonable person in the circumstances of the plaintiff would have consented to the proposed treatment if all the risks had been disclosed.

18

Turning now to this appeal, it is appropriate to infer from the evidence that a reasonable person in the plaintiff's position would not have decided to terminate her pregnancy in the face of the very small increased risk to the fetus posed by her exposure to the virus which causes chickenpox. Ms. Arndt did make a very general inquiry concerning the risks associated with maternal chickenpox. However, it should not be forgotten that the risk was indeed very small. In the absence of a specific and clearly expressed concern, there was nothing to indicate to the doctor that she had a particular concern in this regard. It follows that there was nothing disclosed by Ms. Arndt's question which could be used by the trier of fact as an indication of a particular fear regarding the possibility of giving birth to a disabled child which should be attributed to the hypothetical reasonable person in the patient's situation. Further, factors such as the plaintiff's desire for children and her suspicion of

d'une personne raisonnable dénuée des craintes, inquiétudes et particularités individuelles propres au demandeur, favoriserait indûment les médecins.

On a dit qu'un critère subjectif, en dépit de ses dangers, était le plus logique. Pourtant, la logique seule ne saurait assurer l'équité que permet l'application du critère de *Reibl*. D'aucuns prétendent que rien ne distingue le critère subjectif et le critère objectif modifié. Si tel était le cas, ceux qui préféreraient le critère subjectif n'auraient pas de sujet de plainte. Néanmoins, j'estime qu'il est possible d'opérer une distinction très réelle. Le critère objectif modifié permet de ne pas tenir compte des croyances sincères mais particulières des patients, qui sont déraisonnables ou irrationnelles. Le critère de *Reibl* est équitable et a récemment été approuvé dans l'arrêt *Hollis*. Il ne serait pas utile de le modifier. En effet, modifier ce critère serait risquer d'accroître inutilement le coût élevé des soins de santé. Bref, je ne vois aucune raison d'abandonner le critère objectif modifié en matière de causalité qui est énoncé dans l'arrêt *Reibl* et qui consiste à déterminer si une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait consenti au traitement proposé si tous les risques avaient été divulgués.

Pour ce qui est du présent pourvoi, on peut à bon droit inférer de la preuve qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'aurait pas décidé d'interrompre sa grossesse, une fois informée de l'augmentation très faible du risque auquel le virus qui cause la varicelle exposait le fœtus. Madame Arndt a posé une question très générale au sujet des risques associés à la varicelle chez la femme enceinte. Toutefois, il ne faut pas oublier que le risque était, de fait, très faible. La patiente n'ayant pas manifesté clairement une inquiétude au sujet de ce risque précis, aucun indice ne pouvait permettre au médecin de croire que ce point l'inquiétait particulièrement. Il s'ensuit que le juge des faits ne pouvait déduire de la question posée par M<sup>me</sup> Arndt aucune indication d'une crainte particulière, relativement à la possibilité de donner naissance à un enfant handicapé, qu'il convenait d'attribuer à la personne raisonnable hypothétique placée dans la situation de la

the mainstream medical profession can be taken into consideration when determining what a reasonable person in the plaintiff's position would have done if informed of the risks. It is not necessary to assess the relative importance these beliefs would have in the determination of the question of causation. It is sufficient to observe that all these are factors indicating the state of mind of the plaintiff at the time she would have had to make the decision, and therefore may be properly considered by the trier of fact. I agree with the trial judge that the failure to disclose some of the risks to the fetus associated with maternal chickenpox did not affect the plaintiff's decision to continue the pregnancy to term. It follows that the failure to disclose did not cause the financial losses for which the plaintiff is seeking compensation.

I would allow this appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge. The defendant should have her costs of the proceedings in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. (dissenting) — We have read the reasons of our colleague McLachlin J. We agree with her analysis of the *Limitation Act* issue and also agree with much of her analysis on causation. In particular, we agree that the appropriate test of causation in the present circumstances is not to ask what the "reasonable person" would have done in the position of the plaintiff Ms. Arndt, but rather the appropriate test is to ask what Ms. Arndt herself would have done had she been fully apprised of the risks to the fetus resulting from her chickenpox. We respectfully disagree, however, with McLachlin J.'s proposed disposition of the present appeal.

McLachlin J. concludes that the trial judge in the instant case applied the appropriate test of cau-

patiente. De plus, des facteurs comme le désir de la demanderesse d'avoir des enfants et son scepticisme envers la médecine traditionnelle peuvent être pris en compte dans la détermination de ce qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait fait si elle avait été informée des risques. Il n'est pas nécessaire d'évaluer l'importance relative de ces croyances pour trancher la question de la causalité. Il suffit de faire observer que ce sont tous des facteurs indiquant l'état d'esprit de la demanderesse au moment où elle aurait eu à prendre sa décision et que, par conséquent, ils peuvent à juste titre être pris en considération par le juge des faits. Je suis d'avis comme le juge de première instance que l'omission de divulguer certains des risques d'atteinte au fœtus associés à la varicelle chez la mère n'a pas joué dans la décision de la demanderesse de le mener à terme. Il s'ensuit que l'omission de divulguer n'a pas causé les pertes financières pour lesquelles elle demande réparation.

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance. La défenderesse a droit à ses dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI (dissidents) — Nous avons lu les motifs de notre collègue le juge McLachlin. Nous souscrivons à son analyse de la question relative à la *Limitation Act*, ainsi qu'à une grande partie de son analyse concernant la causalité. En particulier, nous sommes d'avis comme elle que le critère approprié de la causalité dans le cas présent ne consiste pas à se demander ce qu'aurait fait une «personne raisonnable» placée dans la même situation que la demanderesse M<sup>me</sup> Arndt, mais bien ce que cette dernière aurait fait si elle avait été informée adéquatement des risques d'atteinte à son fœtus que comportait la varicelle. En toute déférence, nous ne pouvons cependant pas souscrire à la solution que le juge McLachlin propose d'apporter au présent pourvoi.

Elle conclut que le juge de première instance en l'espèce a appliqué le bon critère de la causalité en

19

20

21

sation by asking himself whether the particular plaintiff at bar would have carried the fetus to term had she been fully apprised of the risks. She states at para. 34 that while the trial judge “allud[ed] to a ‘reasonable person’ test, [he] asked himself whether, on all the evidence, the plaintiff would have chosen to abort her pregnancy had she been advised of the risk of injury to her fetus from her chickenpox.” She further states at para. 69 that the trial judge simply “paid lip service to the reasonable person test”. We cannot agree with her conclusion in this regard.

22 In our view, the trial judge applied an objective test. In the alternative, at best the reasons for judgment are unclear as to which test was applied. In the further alternative, even if the trial judge did purport to apply a nominally subjective test, in doing so, he wrongly disregarded the testimony of the plaintiff, on the basis that it could play no role in his causation analysis. The presence of any one of these alternatives necessitates a new trial.

23 Certain portions of the judgment are consistent with the application of a subjective test. For example, as McLachlin J. points out, the trial judge stated ((1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, at p. 223):

In the case at bar, I find Ms. Arndt would have chosen in foresight to carry Miranda to full term had she been fully cognizant of all the risks and the chance of such risks occurring.

24 However, in our opinion, other parts of the trial judge’s reasons indicate that the causation test applied was not subjective, as McLachlin J. maintains, but rather objective. On more than one occasion, the trial judge emphasized the need to determine causation according to an objective standard. For example, he said (at p. 222):

If a physician fails to warn his or her patient of all material risks, the issue of whether that patient would have requested a therapeutic abortion had she been

se demandant si la demanderesse en cause aurait mis son enfant au monde si elle avait été bien informée des risques. Elle dit, au par. 34: «Le juge de première instance a certes fait allusion au critère de la «personne raisonnable», mais il s’est demandé, à la lumière de tous les éléments de preuve, si la demanderesse aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée du risque que son fœtus soit affecté par la varicelle.» Elle ajoute, au par. 69, que le juge de première instance a simplement «examiné pour la forme le critère de la personne raisonnable». Nous nous trouvons dans l’obligation d’exprimer notre désaccord avec sa conclusion sur ce point.

À notre avis, le juge de première instance a appliqué un critère objectif. Subsidiairement, au mieux les motifs du jugement ne disent pas clairement quel critère a été appliqué. Subsidiairement encore, même s’il prétendait appliquer un critère subjectif de nom, en appliquant celui-ci, le juge a écarté à tort le témoignage de la demanderesse, parce que ce témoignage ne pouvait pas jouer dans son analyse de la causalité. La possibilité de tirer l’une ou l’autre de ces conclusions subsidiaires justifie la tenue d’un nouveau procès.

Certaines parties du jugement sont conciliables avec l’application d’un critère subjectif. Par exemple, comme le juge McLachlin le souligne, le juge de première instance dit ce qui suit ((1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, à la p. 223):

[TRADUCTION] J’estime que M<sup>me</sup> Arndt aurait, a priori, choisi de mettre Miranda au monde si elle avait reçu toute l’information sur la nature et la probabilité des risques auxquels son fœtus était exposé.

Toutefois, à notre avis, d’autres parties des motifs du juge de première instance indiquent que le critère de la causalité appliqué n’est pas subjectif, comme l’affirme le juge McLachlin, mais objectif. Plus d’une fois, le juge de première instance a mis en évidence la nécessité de déterminer la causalité selon une norme objective. Par exemple, il dit ceci (à la p. 222):

[TRADUCTION] Si le médecin n’avertit pas sa patiente de tous les risques importants, le juge des faits doit, en tenant compte de la patiente et de sa situation particu-

advised of those risks must be determined objectively by the trier of fact after taking into account the patient and her particular circumstances. [Emphasis added.]

And, later in his reasons (at p. 230):

[W]here a pregnant woman has not been fully warned of all risks faced by her fetus, and then makes an uninformed consent regarding abortion, the law dictates that trial judges must determine, on an objective basis, whether or not a “reasonable and prudent” expectant mother would have undergone a therapeutic abortion had she been adequately warned. [Emphasis added.]

The most telling argument against the view that the trial judge applied a subjective test is his treatment of the evidence of the plaintiff. Under the subjective test, the function of the objective evidence is to test the reliability of the plaintiff's assertion as to what her conduct would have been if properly warned. The plaintiff's evidence is crucial in this regard. While the plaintiff's evidence must be evaluated by reference to its reasonableness, in the final analysis it is the plaintiff's evidence that is either accepted or rejected. In the instant case, having adverted to the plaintiff's testimony that she would have aborted the fetus if fully informed of the relevant risks, the trial judge goes on to imply that this testimony is not relevant. He said (at p. 235):

Given my finding of Dr. Smith's negligence, I must now determine if Ms. Arndt would have aborted her fetus had she received sufficient information. Ms. Arndt testified that she would have aborted her pregnancy if she had been told of “any risk of abnormalities at all”. I must, however, determine this issue objectively, replacing the actual plaintiff with the “reasonable and prudent” expectant mother. [Emphasis added.]

Thus, the trial judge repeatedly referred to the pivotal role played in his causation analysis by the “reasonable and prudent expectant mother” and did not consider the plaintiff's evidence because of his

lière, trancher objectivement la question de savoir si la patiente aurait demandé un avortement thérapeutique si elle avait été informée de ces risques. [Nous soulignons.]

Puis, il ajoute (à la p. 230):

[TRADUCTION] [L]orsqu'une femme enceinte n'a pas été avertie adéquatement de tous les risques auxquels son fœtus est exposé, et donne son consentement à l'avortement sans détenir toute l'information nécessaire, la loi commande que le juge de première instance détermine, objectivement, si une femme enceinte «raisonnable et prudente» se serait soumise à un avortement thérapeutique si elle avait été avertie adéquatement. [Nous soulignons.]

L'argument le plus révélateur contre la thèse voulant que le juge de première instance ait appliqué un critère subjectif est la façon dont il a traité le témoignage de la demanderesse. Suivant le critère subjectif, la fonction de la preuve objective est de permettre de vérifier la plausibilité de l'assertion du demandeur sur la conduite qu'il aurait adoptée s'il avait été averti adéquatement. Le témoignage du demandeur est très important à cet égard. Quoiqu'il doive être apprécié selon la norme du caractère raisonnable, en dernière analyse, c'est le témoignage du demandeur qui est soit accepté, soit rejeté. En l'espèce, après s'être référé au témoignage de la demanderesse selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée adéquatement des risques pertinents, le juge de première instance a donné à entendre que ce témoignage n'était pas pertinent. Voici ce qu'il dit (à la p. 235):

[TRADUCTION] Étant donné que j'ai conclu à la négligence de la D<sup>re</sup> Smith, je dois maintenant déterminer si M<sup>me</sup> Arndt aurait opté pour l'avortement s'il elle avait reçu suffisamment d'information. Cette dernière a témoigné qu'elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée d'un «risque de malformation quel qu'il soit». Je dois, toutefois, trancher cette question objectivement, en substituant à la demanderesse en cause une femme enceinte «raisonnable et prudente». [Nous soulignons.]

En conséquence, le juge de première instance s'est reporté à plusieurs reprises, dans son analyse de la causalité, à l'importance décisive du concept de la «femme enceinte raisonnable et prudente» et

view of the objective nature of the causation test. Given these clear statements by the trial judge, we cannot agree with McLachlin J.'s conclusion that, in fact, the trial judge applied a subjective test. On the contrary, we would conclude that the trial judge purported in substance to apply an objective test. At best, the trial judge's reasons are unclear on the question of which test for causation was applied. This lack of clarity itself would warrant a new trial.

27 Even if it is held that the trial judge did apply a subjective test, the failure to consider the testimony of the plaintiff would constitute an error of law. As set out above, while disregard for the plaintiff's testimony may be consistent with an objective test for causation, it is not consistent with the subjective test, a test which seeks to ascertain how this plaintiff would have acted if fully informed of the relevant risks. Of course, a trial judge need not accept the plaintiff's evidence, but he or she must at least consider it in determining whether this particular plaintiff would have acted differently had the negligence not occurred. Therefore, in our view, even if the trial judge applied a subjective test, he erred in refusing to consider Ms. Arndt's testimony.

28 To illustrate the importance of testimony in this context, suppose a hypothetical plaintiff is negligently ill-informed of the risks of a particular medical treatment and the treatment goes awry, causing injury to the plaintiff. Suppose further that there is evidence that almost every patient in the plaintiff's situation would not take this treatment if fully informed. While other evidence suggests that the plaintiff should succeed, if the plaintiff testifies that she would have gone ahead with the treatment even if informed and the trial judge accepts this testimony, the plaintiff cannot succeed. Conversely, if there is evidence indicating that almost every patient would have taken the treatment despite the risks, but the plaintiff testifies that she would not have done so and the trial judge accepts

il n'a pas tenu compte du témoignage de la demanderesse, en raison de son point de vue sur la nature objective du critère de la causalité. Vu ces affirmations claires du juge de première instance, nous ne saurions souscrire à la conclusion du juge McLachlin qu'en fait, le juge a appliqué un critère subjectif. Au contraire, nous conclurions qu'il prétendait, essentiellement, appliquer un critère objectif. Au mieux, les motifs du juge de première instance ne précisent pas clairement quel critère de la causalité a été appliqué. Ce manque de clarté est en soi de nature à justifier un nouveau procès.

Même s'il était décidé que le juge de première instance a de fait appliqué un critère subjectif, le défaut de tenir compte du témoignage de la demanderesse constituerait une erreur de droit. Répétons-le, ne pas tenir compte du témoignage de la demanderesse peut être conciliable avec un critère objectif de la causalité, mais cela est inconciliable avec le critère subjectif, lequel consiste à se demander ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait été bien informée des risques pertinents. Naturellement, le juge de première instance n'a pas à accepter le témoignage de la demanderesse, mais il doit à tout le moins en tenir compte pour décider si elle aurait agi différemment n'eût été la négligence. En conséquence, à notre avis, même si le juge de première instance a appliqué un critère subjectif, il a eu tort de refuser de tenir compte du témoignage de M<sup>me</sup> Arndt.

Pour illustrer l'importance du témoignage dans ce contexte, supposons qu'un demandeur hypothétique ait, par suite d'une négligence, été mal informé des risques que comportait un traitement médical donné et que le traitement ait mal tourné, lui causant un préjudice. Supposons en outre que la preuve établisse que presque tous les patients placés dans la même situation que le demandeur ne se seraient pas soumis à ce traitement, s'ils avaient été bien informés. Bien que d'autres éléments de preuve montrent que le demandeur devrait avoir gain de cause, si ce dernier témoigne qu'il aurait accepté le traitement même s'il avait obtenu l'information et que le juge accepte ce témoignage, le demandeur ne peut pas avoir gain de cause. À l'inverse, si des éléments de preuve indiquent que

this testimony, the plaintiff should succeed. Testimonial evidence, while tested against other available evidence, may be pivotal in each case.

In our view, the trial judge in the present case, by refusing to consider the plaintiff's testimony, misdirected himself and the judgment he reached therefore cannot stand. As an additional reason for this conclusion, the trial judge considered factors such as the plaintiff's preference for homeopathic medicine and the fact that the pregnancy was planned which, in our view, are of dubious assistance in determining what the plaintiff would have done had she been fully informed. It is not at all inconsistent either with a planned pregnancy or with a preference for homeopathic medicine for the plaintiff to claim that she would have had an abortion had she been fully informed of the risks. By basing his conclusion in part on these factors, in our view the trial judge cast further doubt on his finding on causation.

Because of the flaws in the trial judge's consideration of causation, in our view his judgment cannot stand. We would dismiss the appeal and order a new trial on causation, applying the test set out in *McLachlin J.'s* reasons.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. —

I.

The plaintiff Arndt sues for costs associated with rearing her daughter, who was congenitally injured by chickenpox. The plaintiff contends that had her physician properly advised her of the risk of injury to her fetus, she would have aborted the pregnancy and avoided the costs she now incurs. The defendant Smith contends that the plaintiff

presque tous les patients auraient consenti au traitement en dépit des risques, mais que le demandeur témoigne qu'il ne l'aurait pas fait et que le juge accepte son témoignage, le demandeur devrait avoir gain de cause. La preuve testimoniale, encore qu'elle soit appréciée en regard d'autres preuves, peut toujours être décisive.

À notre avis, le juge de première instance en l'espèce s'est trompé en refusant de tenir compte du témoignage de la demanderesse et son jugement ne saurait être maintenu. Cette conclusion s'appuie sur un motif supplémentaire. Le juge de première instance a tenu compte de facteurs comme la préférence de la demanderesse pour l'homéopathie et le fait que la grossesse avait été planifiée, éléments qui, à notre sens, ne sont que d'un secours douteux pour décider ce que la demanderesse aurait fait si elle avait été informée adéquatement. Pour la demanderesse, prétendre qu'elle aurait opté pour l'avortement si elle avait été bien informée des risques ce n'est pas du tout incompatible avec une grossesse planifiée ni avec une préférence pour l'homéopathie. En fondant sa conclusion en partie sur ces facteurs, à notre avis, le juge de première instance a fourni une raison supplémentaire de mettre en doute sa conclusion sur la causalité.

À cause des défauts de l'analyse du juge de première instance concernant la causalité, nous estimons que son jugement doit être réformé. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès sur la question de la causalité, dans lequel le critère énoncé dans les motifs du juge *McLachlin* sera appliqué.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN —

I.

La demanderesse Arndt a intenté cette action pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever sa fille atteinte d'une maladie congénitale due à la varicelle. Elle prétend que si son médecin l'avait bien informée du risque d'atteinte à son foetus, elle aurait interrompu sa grossesse et évité ces frais. La défenderesse Smith soutient que la

29

30

31

would not have aborted the pregnancy even if she had been fully advised, and therefore asserts that the loss claimed was not caused by the failure to advise of risk. The issue on appeal is what legal principles a trial judge, facing an issue such as this, should apply in determining whether the loss claimed was caused by the failure to advise of the risk.

32 I conclude that the test for causation is what, on a balance of probabilities, the particular plaintiff at bar would have done having regard to all the evidence bearing on the issue, including the medical recommendations she would have received at the time.

## II.

33 It is a fundamental rule of tort law that the plaintiff must prove two things. First, the plaintiff must prove that the defendant breached a duty owed to the plaintiff. Second, the plaintiff must prove that the breach caused the loss for which the plaintiff claims damages. The trial judge found the plaintiff had satisfied the first requirement of proving breach, but had failed to establish that she would have had an abortion had she been properly advised. He dismissed her claim on the ground that she had failed to establish that the breach had caused the loss: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66 (hereinafter cited to B.C.L.R.).

34 The trial judge, although alluding to a “reasonable person” test, asked himself whether, on all the evidence, the plaintiff would have chosen to abort her pregnancy had she been advised of the risk of injury to her fetus from her chickenpox. Evaluating her testimony at trial that she would have had an abortion against the fact that she desired a child, that she was sceptical of “mainstream” medical intervention, that an abortion in the second trimester held increased risks and that an abortion would have required the approval of a committee on health grounds, the trial judge concluded that the plaintiff would not, on a balance of probabilities,

demanderesse n’aurait pas recouru à l’avortement même si elle avait obtenu toute l’information et qu’en conséquence, la perte alléguée n’a pas été causée par l’omission de l’informer du risque. Il s’agit dans le présent pourvoi de décider quels principes juridiques le juge de première instance saisi d’une telle question doit appliquer pour déterminer si la perte dont le demandeur veut être indemnisé a été causée par l’omission d’informer celui-ci.

Je conclus que le critère de la causalité consiste à déterminer, selon la prépondérance des probabilités, ce que le demandeur en cause aurait fait, eu égard à l’ensemble des éléments de preuve pertinents, y compris les recommandations que les médecins lui auraient faites à l’époque.

## II.

En droit de la responsabilité délictuelle, une règle fondamentale veut que le demandeur prouve deux choses. D’abord, il doit prouver que le défendeur a manqué à une obligation envers lui. Ensuite, le demandeur doit prouver que le manquement a causé la perte dont il veut être indemnisé. Le juge de première instance a estimé que la demanderesse avait satisfait à la première condition, soit la preuve du manquement, mais n’avait pas établi qu’elle aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée adéquatement. Il a rejeté l’action parce que la demanderesse n’avait pas établi que le manquement avait causé la perte: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66 (ci-après cité au B.C.L.R.).

Le juge de première instance a certes fait allusion au critère de la «personne raisonnable», mais il s’est demandé, à la lumière de tous les éléments de preuve, si la demanderesse aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée du risque que son fœtus soit affecté par la varicelle. Après avoir soupesé, d’une part, son témoignage au procès selon lequel elle aurait avorté, et d’autre part, le fait qu’elle désirait un enfant, qu’elle ne croyait pas beaucoup à la médecine «traditionnelle», qu’un avortement au deuxième trimestre était plus risqué et qu’il aurait fallu l’approbation d’un comité d’avortement thérapeutique, le juge a

have aborted the pregnancy. Also supportive of the trial judge's conclusion was evidence that the risk of serious injury to the fetus was very small and medical advisors would have recommended against an abortion.

The Court of Appeal held that the trial judge applied the wrong test and directed a new trial: (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262. Lambert and Wood J.J.A. held that the law required the judge to determine not what this plaintiff would have done, but what a hypothetical reasonable person in her position would have done. Lambert J.A. went on to suggest that the physician's breach should be considered not on the basis of tort, but as a breach of a fiduciary duty to disclose depriving the plaintiff of a choice. Hollinrake J.A. agreed that the test is the reasonable person test, but suggested that the trial judge could take into account the plaintiff's state of mind prior to the breach. He agreed with Wood J.A. that the trial judge had taken matters not in evidence into account and ordered a new trial on this ground.

### III.

It is common ground that the plaintiff bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the breach caused the loss. The question is what the plaintiff must prove to establish that the breach caused the loss. Is the issue what she would have done had she received the required information? This is sometimes called the subjective approach. Or is the issue what a hypothetical reasonable person would have done? This is referred to as the objective approach. Or can the debate surrounding what would have happened had the proper advice been given be avoided by holding that the plaintiff is entitled to sue her physician for depriving her of the right to choose, as Lambert J.A. suggested?

conclu que la demanderesse, selon la prépondérance des probabilités, n'aurait pas interrompu sa grossesse. Cette conclusion s'appuie également sur la preuve que le risque d'une affection grave pour le fœtus était très faible et que les spécialistes de la santé se seraient prononcés contre l'avortement.

La cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait appliqué un critère erroné et elle a ordonné un nouveau procès: (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262. Les juges Lambert et Wood ont conclu qu'en droit, le juge devait déterminer non pas ce que cette demanderesse aurait fait, mais bien ce qu'une personne raisonnable hypothétique, placée dans la même situation, aurait fait. Le juge Lambert a ajouté qu'il convenait de considérer le manquement du médecin non pas du point de vue de la responsabilité délictuelle, mais comme une violation du devoir fiduciaire de divulguer ayant privé la demanderesse de son choix. Tout en étant lui aussi d'avis qu'il fallait appliquer le critère de la personne raisonnable, le juge Hollinrake a estimé que le juge de première instance pouvait prendre en considération l'état d'esprit de la demanderesse avant le manquement. Il a souscrit à l'opinion du juge Wood selon laquelle le juge de première instance avait tenu compte d'éléments non versés en preuve et il a ordonné un nouveau procès pour ce motif.

### III.

De l'aveu général, la demanderesse a la charge de prouver selon la prépondérance des probabilités que le manquement a causé la perte. La question est de savoir ce qu'elle doit établir pour en faire la preuve. S'agit-il de ce qu'elle aurait fait si elle avait obtenu les renseignements requis? C'est ce qu'on appelle parfois la méthode subjective. Ou s'agit-il de ce qu'aurait fait une personne raisonnable hypothétique? C'est la méthode dite objective. Ou encore est-il possible, comme l'a proposé le juge Lambert, d'éviter d'avoir à supputer la tournure que les événements auraient prise si l'information adéquate avait été fournie, en décidant que la demanderesse a le droit de poursuivre son médecin pour la perte de son droit de choisir?

37

I deal first with the suggestion that the debate can be avoided by treating the loss as the loss of the right to choose whether to have an abortion or not. The suggestion that loss of choice is in itself compensable is related to the suggestion that failure to advise of risk of medical intervention negates the patient's consent, making the physician's intervention tortious battery. This Court unanimously rejected this approach in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, *per* Laskin C.J., at pp. 891-92:

I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has consented. It is not a test of the validity of the consent. [Emphasis added.]

38

For the same reasons, I would reject the alternative approach of fiduciary obligation proposed by the respondent. As with battery, the effect would be to replace the factual analysis of standard of care and causation appropriate to negligence actions with a choice-based analysis that makes recovery virtually automatic upon proof of failure to provide relevant information. I see no reason to depart from the approach which considers the failure of a physician to advise of medical risks under the law of negligence relating to duty of care, absent special circumstances like fraudulent misrepresentation or abuse of power for an unprofessional end: see *Reibl* and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226. Such conduct is neither alleged nor proven in the case at bar.

Je vais d'abord me pencher sur l'idée que l'on peut régler la question en assimilant la perte à la perte du droit de choisir d'avorter ou non. La notion que la perte du choix peut en soi être l'objet de réparation est liée à la notion que l'omission d'informer le patient du risque que comporte l'intervention chirurgicale vicie son consentement et transforme cette intervention en voies de fait. Notre Cour à l'unanimité a rejeté cette théorie dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880 (juge en chef Laskin, aux pp. 891 et 892):

Je comprends qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, mais, à mon avis, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que comporte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait. Bien que cette omission ait trait au choix éclairé de subir ou de refuser le traitement approprié et recommandé, elle se présente comme la violation d'une obligation antérieure de diligence comparable, en termes d'obligation juridique, à l'obligation de diligence dans l'administration du traitement particulier auquel a consenti le patient. Ce n'est pas un critère de la validité du consentement. [Je souligne.]

Pour les mêmes motifs, je rejetterais la seconde théorie défendue par l'intimée, soit l'obligation fiduciaire. Comme dans le cas des voies de fait, elle aurait pour effet de remplacer l'analyse factuelle relative à la norme de prudence et à la causalité qui convient dans les actions concernant la négligence par une analyse fondée sur le choix qui rend l'attribution d'une indemnité quasi automatique sur la preuve de l'omission de fournir l'information pertinente. Je ne vois aucune raison d'écarter la théorie selon laquelle l'omission par un médecin d'informer son patient des risques relève des règles de droit de la négligence relatives à l'obligation de diligence, sauf dans des cas exceptionnels comme la présentation inexacte de nature frauduleuse ou l'abus de pouvoir constituant un manquement à la déontologie: voir les arrêts *Reibl* et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226. Il n'a pas été allégué ni prouvé qu'on soit en présence d'une telle conduite en l'espèce.

## IV.

Applying the law of negligence, is the proper test what the particular plaintiff before the court would have done had she been fully informed, or what a hypothetical reasonable person would have done?

The fundamental principles of negligence law suggest that the test is what the particular plaintiff before the court would have done. Breach established, the question in a negligence action is whether the breach caused loss to the plaintiff. This is a factual, not a hypothetical, inquiry. In cases of negligent action or misfeasance, the matter is clear. If a plaintiff breaks her leg as a result of being struck by a negligently driven automobile, the question is not whether a reasonable person so struck would have broken her leg; it is whether she, the particular plaintiff at bar, in fact broke her leg. There is no reason in principle why the inquiry should be different where the claim is based on the defendant's failure to act or non-feasance, raising the question of what the plaintiff would have done in a hypothetical state of affairs. The same principles apply in both cases, although the factual inquiry in cases of a breach by way of failure to act may raise more difficulties in application: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 171.

The problem has frequently arisen in cases where the issue is whether failure to comply with a statutory requirement caused the plaintiff's loss. For example, if a plaintiff who is not wearing a helmet receives a head injury that a helmet would have prevented and sues the defendant for breach of legal duty to provide a helmet, the question arises whether the plaintiff would have worn the helmet had it been provided. The court's inquiry, as Fleming points out, remains "factual in the sense of dependent on the evidence available" (p. 172). Fleming notes that cases of misfeasance or failure to act offer a "certain latitude" which "may occasionally be exploited by judge or jury to

## IV.

Suivant les règles de droit en matière de négligence, le critère approprié consiste-t-il à déterminer ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait bénéficié de renseignements complets, ou ce qu'aurait fait une personne raisonnable hypothétique?

Il appert des principes fondamentaux du droit en matière de négligence que le critère est la conduite qu'aurait adopté le demandeur en cause. Une fois le manquement établi, la question à trancher dans une action fondée sur la négligence est de savoir si ce manquement a causé la perte subie par le demandeur. L'examen porte donc sur les faits et non sur une hypothèse. S'agissant d'une action fondée sur la négligence ou sur une action fautive, les règles sont claires. Lorsque le demandeur se fracture une jambe dans un accident d'automobile imputable à la négligence, la question n'est pas de savoir si une personne raisonnable se serait fracturé une jambe, mais bien si le demandeur en cause s'est fracturé la jambe. Pour ce qui est d'une action basée sur l'inaction ou l'omission du défendeur, aucune raison de principe ne nous autorise à faire porter l'examen sur autre chose, de sorte à soulever la question de savoir ce que le demandeur aurait fait dans une situation hypothétique. Les mêmes principes s'appliquent dans les deux cas, bien que l'examen des faits en cas de manquement par omission puisse présenter des difficultés sur le plan de l'application pratique: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (6<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 171.

Le problème s'est souvent posé dans les instances où il fallait décider si l'omission de remplir une obligation prévue par la loi avait causé la perte subie par le demandeur. Par exemple, si le demandeur qui ne porte pas de casque reçoit une blessure à la tête qu'il aurait évitée en en portant un et qu'il poursuit le défendeur pour manquement à l'obligation prévue par la loi de fournir un casque, il faut déterminer si le demandeur aurait porté le casque s'il lui avait été fourni. Comme le fait remarquer Fleming, l'examen du tribunal demeure [TRANSDUCTION] «factuel, c'est-à-dire qu'il se limite à la preuve produite» (p. 172). Ce dernier souligne en outre que, dans les cas d'action fautive ou d'omis-

39

40

41

introduce policy views into what is ordinarily regarded as a purely factual issue". At one time, in England, it was thought that in such a case the burden of disproving causation should shift to the defendant. A purely objective test, based on a hypothetical reasonable plaintiff, provides another example of the intrusion of policy into the purely factual inquiry of whether the breach caused the loss. However, Fleming asserts, such deviations have been "denounced in favour of the general rule that, regardless of the type of action, the ultimate burden always rests on the plaintiff to prove that the particular precaution would more probably than not have averted the injury. Even in considering hypothetical human reactions . . . the proper test is not what the plaintiff as a reasonable man should, but what the evidence suggests he would, have done" (p. 172) (emphasis added).

sion, [TRADUCTION] «le juge ou le jury a une certaine latitude, [qu']il met parfois à profit pour faire jouer des principes là où d'ordinaire une pure question de fait est en cause». À une certaine époque en Angleterre, on estimait qu'en pareil cas, la charge de réfuter le lien de causalité se déplaçait vers le défendeur. Un critère purement objectif, fonction de la personne raisonnable hypothétique, fournit un autre exemple d'empiétement de questions de principe sur une question purement factuelle, savoir est-ce que le manquement a causé la perte? Toutefois, Fleming affirme que ces écarts ont été [TRADUCTION] «désavoués au profit de la règle générale voulant que, peu importe le type d'action, c'est toujours au demandeur qu'incombe la charge ultime de prouver que la précaution particulière aurait probablement permis d'éviter la blessure. Même lorsqu'il s'agit d'examiner des réactions humaines hypothétiques, [...] le critère approprié n'est pas ce que le demandeur, comme personne raisonnable, aurait dû faire, mais ce que la preuve semble indiquer qu'il aurait fait» (p. 172) (je souligne).

42

The physician's failure to advise constitutes a failure to take an action required by law. A finding of breach is a finding that the physician should have done something which he or she negligently failed to do. This, like the case of the employee injured as a result of the absence of a helmet required by law, raises the hypothetical question of what the plaintiff would have done had the physician discharged his or her duty. General tort principles suggest that this question is a purely factual inquiry to be answered by reference to all the evidence. This evidence may include evidence from the plaintiff at trial as to what she would have done. But it also includes relevant evidence of her situation, circumstances and mind-set at the time the decision would have been made. The trial judge must look at all the evidence and determine whether the plaintiff would have taken the suggested course on a balance of probabilities. One way of expressing this is to say that the plaintiff's hindsight assertion at trial of what she would have done is tested or evaluated by reference to the evidence as to her circumstances and beliefs at the time the decision would have been made. These

L'omission par le médecin d'informer le patient est un défaut d'accomplir un acte exigé par la loi. Conclure au manquement du médecin c'est conclure qu'il aurait dû faire quelque chose que, par négligence, il n'a pas fait. Se pose alors, comme dans le cas de l'employé qui ne porte pas le casque malgré que le port en soit exigé par la loi et qui se blesse, la question hypothétique de savoir ce que le demandeur aurait fait si le médecin avait rempli son obligation. Les principes généraux de la responsabilité délictuelle indiquent que cette question est purement factuelle et doit être tranchée selon l'ensemble de la preuve, laquelle peut inclure le témoignage du demandeur sur ce qu'il aurait fait, mais aussi des éléments de preuve pertinents quant à sa situation, aux circonstances et à son état d'esprit au moment où la décision aurait été prise. Le juge de première instance doit tenir compte de l'ensemble de la preuve et déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si le demandeur aurait agi de la manière qu'il affirme maintenant. Autrement dit, il convient d'évaluer le témoignage du demandeur, fait au procès avec l'avantage du recul, pour ce qui est de la décision qu'il aurait

circumstances include the medical advice she would have received at the time which might have influenced her decision. In this way, the plaintiff's subjective evidence as to what she would have done is evaluated by reference to the reasonableness of the competing courses of action. As Sopinka J. (dissenting, but not on this ground) put it in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at p. 689: "the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done" (emphasis in original).

This approach accords with the decision of this Court in *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, which held (at p. 609) that causation "must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume". It is consistent with the view there expressed that "[s]tatistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative", and that "where statistical evidence does not indicate causation on the balance of probabilities, causation in law may nonetheless exist where evidence in the case supports such a finding". While *Laferrière* arose in the context of the civil law of Quebec, Gonthier J., speaking for a majority of the Court, made extensive reference to common law jurisdictions, suggesting that the principles discussed may be equally applicable in other provinces.

The approach suggested by the fundamental principles of tort law is subjective, in that it requires consideration of what the plaintiff at bar would have done. However, it incorporates elements of objectivity; the plaintiff's subjective belief at trial that she would have followed a certain course stands to be tested by her circumstances and attitudes at the time the decision would have been made as well as the medical advice she would have received at the time.

prise, par rapport à la preuve relative à sa situation personnelle et à ses croyances au moment où la décision aurait été prise. Cette situation comprend les conseils médicaux qu'il aurait reçus à l'époque et qui auraient pu influencer sa décision. Ainsi, le témoignage subjectif du demandeur quant à ce qu'il aurait fait est apprécié eu égard au caractère raisonnable des autres décisions possibles. Comme le dit le juge Sopinka (dissident, mais non sur ce point) dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, à la p. 689: «la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait» (souligné dans l'original).

Cette méthode est conforme à l'arrêt *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, à la p. 609, où notre Cour a décidé que la causalité «doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions». Elle est conciliable avec l'avis qui y est exprimé que la «preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante», et que «lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion». Certes, l'arrêt *Laferrière* s'inscrit dans le contexte du droit civil du Québec, mais le juge Gonthier, qui s'exprime au nom de la majorité, se réfère maintes fois à la common law, laissant entendre que les principes analysés peuvent être également applicables dans d'autres provinces.

La méthode tirée des principes fondamentaux du droit de la responsabilité délictuelle est subjective, en ce qu'elle requiert l'examen de ce que le demandeur en cause aurait fait. Toutefois, elle comprend des éléments d'ordre objectif; la croyance subjective du demandeur exprimée au procès quant à la conduite qu'il aurait adoptée doit être appréciée au regard de sa situation et de ses attitudes au moment où la décision aurait été prise, ainsi que des conseils médicaux qu'il aurait reçus à ce moment.

43

44

V.

45 In discharging its task of assessing the best approach to the issue of causation in cases of medical non-disclosure, it behoves this Court to have regard to the test used in other common law jurisdictions as well as the views of scholars who have considered the matter. I turn first to the law in other jurisdictions.

46 In England, as the extracts from Fleming, *supra*, suggest, the factual test of what the plaintiff would have done on a balance of probabilities applies. Judges consistently ask what the particular plaintiff before the court would have done: see, e.g. *Chatterton v. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills v. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716 (Q.B.D.). The issue did not so much as elicit mention in the leading decision on informed consent to medical intervention: *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). It may be taken as settled that the so-called subjective approach applies.

47 In Australia, too, courts have adopted the subjective approach based on what the particular plaintiff at bar would have done in all the circumstances. In *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553 (C.A.), Samuels J.A., for the majority, discussed the Canadian decision in *Reibl* and the American decision in *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), and held (at p. 581):

I do not myself find these objections to the subjective test persuasive. I respectfully agree with Cox J in *Gover* (at 566) when he said: “. . . At any rate the basic causation principle governing actions in negligence plainly supports, in my opinion, the subjective test.” . . .

It is, of course, true that a patient's evidence about what he or she would have done if told of certain risks may be coloured by the fact that the risks did in fact eventuate; but it is open to a court to disbelieve evidence found to be tainted by hindsight: Manderson, “Following Doctors' Orders: Informed Consent in Australia” (1988) 62 ALJ 430 at 434. Obviously, in endeavouring to ascertain what the plaintiff's response would have

V.

Afin de déterminer la meilleure méthode pour trancher la question de la causalité dans une affaire de non-communication de renseignements par un médecin, notre Cour doit tenir compte du critère utilisé par les autres tribunaux des pays de common law ainsi que des observations des commentateurs qui ont étudié la question. Voyons d'abord le droit étranger.

Comme il appert des remarques de Fleming, *op. cit.*, le critère de l'examen factuel, suivant la prépondérance des probabilités, de ce que le demandeur aurait fait, s'applique en Angleterre. L'usage chez les juges est de se demander ce que le demandeur en cause aurait fait: voir, par exemple, *Chatterton c. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills c. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716 (Q.B.D.). La cour n'a même pas jugé bon de faire mention de la question dans l'arrêt de principe en matière de consentement éclairé à une intervention chirurgicale: *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). On peut donc tenir pour établi que la méthode dite subjective est appliquée.

En Australie, là aussi, les tribunaux ont adopté la méthode subjective, savoir ce que le demandeur en cause aurait fait compte tenu de toutes les circonstances. Dans *Ellis c. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553 (C.A.), le juge Samuels, au nom de la majorité, a analysé l'arrêt canadien *Reibl*, ainsi que l'arrêt américain *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), et il a tiré la conclusion suivante (à la p. 581):

[TRADUCTION] Je ne trouve pas ces objections au critère subjectif convaincantes. Je souscris aux motifs du juge Cox dans *Gover* (à la p. 566), où il dit: «[. . .] [d]e toute façon, le principe fondamental de la causalité qui régit les actions fondées sur la négligence sous-tend manifestement, à mon sens, le critère subjectif.» . . .

Bien sûr, il est vrai que le témoignage d'un patient sur la conduite qu'il aurait adoptée s'il avait été informé de certains risques peut être faussé car les risques se sont effectivement réalisés; mais le tribunal a toute latitude pour écarter le témoignage jugé vicié parce que fait avec l'avantage du recul: Manderson, «Following Doctors' Orders: Informed Consent in Australia» (1988) 62 ALJ 430, à la p. 434. De toute évidence, pour le tribunal

been to adequate information had it been conveyed at the appropriate time, a court will be greatly assisted by evidence of the plaintiff's temperament, the course of any prior treatment for the same or a like condition, the nature of the relationship between patient and doctor including pre-eminently, so far as it can be established, the degree of trust reposed in the doctor by the patient. The extent to which the procedure was elective or imposed by circumstantial exigency and the nature and degree of the risk involved will all be matters of considerable importance: see Robertson, "Informed Consent to Medical Treatment" (1981), 97 LQR 102 at 122.

See also *Young v. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264 (S.C.N.T.).

In the United States, the issue before us has been much debated. Many states purport to apply the objective test of the reasonable person. However, they may introduce so many subjective factors into the so-called objective test that it becomes virtually indistinguishable from a subjective test. For example, the Supreme Court of Hawaii in *Bernard v. Char*, 903 P.2d 667 (1995), purports to adopt a purely objective test that views the question of causation as what a reasonable person in the patient's position would have done had risk information been disclosed. However, the Court goes on to permit reference to the "individual fears and beliefs . . . of idiosyncratic patients" (p. 674), casting doubt on how reasonable the hypothetical reasonable person may in fact be. In the end, it seems, one looks at the individual before the court and evaluates what he or she would have done by reference to all the evidence, including evidence of what a reasonable person would have done as indicated by the medical advice that he or she would have received at the time.

Other states expressly apply a subjective test: see *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Smith v. Reisig*, 686 P.2d 285 (Okla. 1984); *Arena v. Gingrich*, 733 P.2d 75 (Or. Ct. App. 1987). In the latter case, the court pointed out (at pp. 78-79) that the approach of looking at what the particular plaintiff would have done is most consistent with

appelé à déterminer si la réponse du demandeur aurait été différente s'il avait bénéficié de renseignements adéquats au bon moment, c'est un important avantage d'avoir la preuve du tempérament du demandeur, des effets d'un traitement antérieur pour la même affection ou une autre semblable, de la nature des relations entre le patient et le médecin, y compris au premier chef, dans la mesure où il peut être vérifié, le degré de confiance du patient envers son médecin. La mesure dans laquelle l'opération était facultative ou urgente, et la nature et le degré du risque qu'elle comportait, sont tous des éléments qui présentent une importance considérable: voir Robertson, «Informed Consent to Medical Treatment» (1981), 97 LQR 102, à la p. 122.

Voir aussi *Young c. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264 (C.S.N.T.).

Aux États-Unis, la question dont nous sommes saisis a été l'objet d'un long débat. Dans nombre d'États, le critère objectif, celui de la personne raisonnable, est censé être appliqué. Toutefois, tant de facteurs subjectifs sont intégrés au critère dit objectif qu'il devient presque indifférenciable du critère subjectif. Par exemple, dans *Bernard c. Char*, 903 P.2d 667 (1995), la Cour suprême de Hawaii, censée appliquer un critère purement objectif selon lequel la question de la causalité est tranchée en fonction de ce qu'une personne raisonnable, placée dans la situation du patient, aurait fait si elle avait été mise au courant des risques, permet qu'il soit tenu compte des [TRADUCTION] «craintes et croyances personnelles [. . .] de patients excentriques» (p. 674), mettant ainsi en doute le caractère effectivement raisonnable de la personne raisonnable hypothétique. En fin de compte, il semble que la cour examine l'individu en présence duquel elle se trouve et qu'elle évalue ce qu'il aurait fait en tenant compte de toute la preuve, y compris la preuve de ce qu'une personne raisonnable aurait fait, une fois en possession des conseils médicaux qu'elle aurait reçus à l'époque.

Dans d'autres États, un critère subjectif est expressément appliqué: voir *Scott c. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Smith c. Reisig*, 686 P.2d 285 (Okla. 1984); *Arena c. Gingrich*, 733 P.2d 75 (Or. Ct. App. 1987). Dans cette dernière affaire, la cour a souligné (aux pp. 78 et 79) que la méthode consistant à examiner ce que le demandeur en

the aims of the fact-finding process and does not preclude evaluation of the plaintiff's subjective testimony for reasonability by objective factors, since those factors would have a bearing on what the plaintiff would have decided:

Stated succinctly, the objective causation test espoused by defendant and the courts on whose decisions he relies makes no sense to us. The only rationale the court offered for the test in *Cobbs* was that a plaintiff's testimony about the subjective fact is likely to be colored by the events that occurred after he consented and will, *ipso facto*, be highly adverse to the defendant. Although that is true, it is not unique. Many kinds of information relevant to the determination of liability in tort cases are peculiarly within the plaintiff's knowledge. Juries are aware that a party's testimony which favors his own cause must be weighed carefully and that credibility determinations must be made. We do not think that it is necessary to present the jury with a hypothetical question rather than the real one in order to protect the factfinding process, nor do we think that presenting hypothetical questions is consistent with what the factfinding process exists to achieve.

... Evidence and arguments about whether other patients — hypothetical or real — would have consented under similar circumstances can assist the factfinder in evaluating the plaintiff's credibility and in exercising its common sense. The question that the jury must answer is whether the plaintiff would *in fact* have withheld consent if apprised of the undisclosed information, but the jury may consider, in deciding that question and in weighing the plaintiff's credibility, the likelihood that a competent and prudent person would make the decision which the plaintiff claims that he would have made. Although a patient's decision to give or refuse consent need not be an objectively reasonable one, the trier of fact is entitled to consider its perception of the reasonableness of a decision as one of the factors bearing on what the plaintiff in the given case would have decided. [Emphasis in original.]

50

Canadian academic commentary largely supports the so-called subjective approach to causation in medical negligence cases.

cause aurait fait est des plus compatibles avec les objectifs du processus d'établissement des faits et n'empêche pas l'évaluation du témoignage subjectif du demandeur destinée à vérifier son caractère raisonnable en fonction de facteurs objectifs, puisque ces facteurs auraient influencé la décision du demandeur:

[TRADUCTION] En résumé, le critère objectif de la causalité prôné par le demandeur et par les tribunaux dans les décisions qu'il cite à l'appui nous paraît illogique. Le seul motif que la cour a invoqué dans *Cobbs* était que le témoignage du demandeur au sujet du fait subjectif sera vraisemblablement faussé par les faits survenus après qu'il a consenti et sera automatiquement défavorable au défendeur. Bien que cela soit vrai, ce n'est pas une situation exceptionnelle. Bien des renseignements pertinents pour déterminer la responsabilité en matière délictuelle relèvent particulièrement de la connaissance du demandeur. Les jurés savent que le témoignage d'une partie qui favorise sa propre cause doit être apprécié avec prudence et qu'il faut juger sa crédibilité. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de présenter une question hypothétique au jury au lieu de la question réelle pour protéger le processus d'établissement des faits, et nous ne pensons pas non plus que la présentation de questions hypothétiques soit compatible avec l'objet du processus d'établissement des faits.

... La preuve et les plaidoyers concernant la question de savoir si d'autres patients — hypothétiques ou réels — auraient consenti dans des circonstances semblables peuvent aider le juge des faits à évaluer la crédibilité du demandeur et à exercer son bon sens. La question que doit trancher le jury est de savoir si le demandeur aurait *de fait* refusé son consentement s'il avait connu les renseignements non divulgués, mais le jury peut, pour résoudre la question et évaluer la crédibilité du demandeur, tenir compte de la probabilité qu'une personne habile à consentir et prudente prendrait la décision que le demandeur prétend qu'il aurait prise. Quoique la décision d'une personne de donner ou de refuser son consentement n'ait pas à être objectivement raisonnable, le juge des faits est en droit de considérer sa perception du caractère raisonnable de la décision comme l'un des facteurs influant sur le parti qu'aurait choisi le demandeur dans un cas déterminé. [En italique dans l'original.]

Les commentateurs canadiens appuient dans une large mesure la méthode dite subjective pour trancher la question de la causalité dans les affaires de négligence médicale.

P. H. Osborne, Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264, argues that the concern that a subjective test depends too much on the testimony of the plaintiff may be overstated if not illusory. He states (at p. 267):

Causation is not proved solely by the plaintiff's testimony. The court must make an assessment of credibility which would appear not to be easier nor more difficult than in other contexts. There may also be relevant evidence from third parties to assist the trier of fact.

Osborne suggests that a doctrine that protects only reasonable "choosers" is too harsh and may fail to protect individual plaintiffs. In "Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment" (1985), 33 C.C.L.T. 131, Osborne strongly advocates the subjective approach. He indicates that since *Reibl*, there has been diversity in the manner in which the test has been applied. The diversity is found in the range of personal factors and circumstances to be incorporated into the reasonable person test. In some cases, the courts examine little more than the available medical data. In others, a limited number of personal factors are considered. In still others, the courts have taken into account a wide range of subjective factors in applying the modified objective approach. Finally, some courts have applied both a subjective and a modified objective test.

Osborne argues that if any concern is to be shown for a patient's self determination, a subjective test is mandated. Under the objective approach, the patient's right to self determination may be denied because the reasonable person's decision may be different from that of the individual patient. He adds that under a subjective test, the plaintiff's testimony is not conclusive. "The question is not what the plaintiff says he would have done but what the Judge or jury on the basis of all the evidence believes that the plaintiff would have done" (p. 141).

G. Robertson, "Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 423, suggests that "[i]n principle

Dans une note commentant l'arrêt *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264, P. H. Osborne soutient qu'il est peut-être exagéré, voire illusoire, de s'inquiéter de ce que le critère subjectif dépend trop du témoignage du demandeur (à la p. 267):

[TRADUCTION] La causalité n'est pas établie seulement par le témoignage du demandeur. La cour doit faire une évaluation de la crédibilité qui ne semble pas plus facile ni plus difficile que dans d'autres contextes. Des tiers peuvent aussi apporter des preuves pertinentes propres à aider le juge des faits.

Osborne est d'avis qu'une théorie qui protège seulement ceux qui expriment un choix raisonnable est trop sévère et risque de ne pas protéger certains demandeurs. Dans son article intitulé «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment» (1985), 33 C.C.L.T. 131, Osborne préconise la méthode subjective. Il affirme que depuis *Reibl* le critère a été appliqué de manières diverses. Cette diversité se traduit par l'éventail des facteurs et des situations personnels qui sont pris en compte dans le critère de la personne raisonnable. Parfois, le tribunal s'en tient presque uniquement aux preuves médicales. Parfois, un nombre limité de facteurs personnels sont pris en considération. Parfois, le tribunal tient compte d'un large éventail de facteurs subjectifs dans son application de la méthode objective modifiée. Enfin, il arrive que le tribunal applique à la fois un critère subjectif et un critère objectif modifié.

Osborne soutient que si l'on doit respecter la liberté de choix du patient, un critère subjectif s'impose. Suivant la méthode objective, le patient peut être privé de la liberté de choix parce que la décision d'une personne raisonnable peut différer de celle du patient. Il ajoute que, s'agissant du critère subjectif, le témoignage du demandeur n'est pas décisif. [TRADUCTION] «La question n'est pas de savoir ce que le demandeur dit qu'il aurait fait, mais ce que le juge ou le jury croit, d'après toute la preuve, que le demandeur aurait fait» (p. 141).

Dans l'article intitulé «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*» (1991), 70 *R. du B. can.* 423, G. Robertson émet

this causal link should be assessed subjectively, by considering whether *this particular patient* (that is, the plaintiff) would have declined the treatment if the risks had been disclosed” (p. 426) (emphasis in original). He notes that since *Reibl*, which many courts have interpreted as imposing a strict objective test, causation has proved to be a formidable obstacle for plaintiffs.

54 N. Fontigny, “When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited” (1996), 4 *Health L. Rev.* 17, although opining that framing the duty of disclosure in fiduciary terms is simple and logical, suggests that consideration be given to a subjective test such as that here proposed. She states at p. 22:

... the Supreme Court could consider returning to a subjective test of causation. Authors, such as P. H. Osborne, have argued that there is nothing inherently unworkable or unfair in a subjective test, since the question is not what the patient would have done, but what the Judge or jury, on the basis of all the evidence, believes that the plaintiff would have done. The evidence of the plaintiff would be important, but it would be evaluated. The ultimate determination would only be made after a careful consideration of the plaintiff’s credibility; in the light of the plaintiff’s personal circumstances and personality, the nature of the illness, the nature of the proposed treatment, the relationship between the plaintiff and his doctor, and other relevant evidence. It is therefore possible to argue that the Supreme Court should change the modified subjective test, and adopt a subjective test, and then frame this test in such a way so as to not be unfairly prejudicial to the health care providers.

55 I conclude that while views diverge, the preponderance of authority in other common law jurisdictions as well as academic commentary support a test which asks what the particular plaintiff would have done in all the circumstances, but accepts that the reasonableness of the one choice over another, as reflected in the medical advice the plaintiff would have received, is an important factor bearing on that decision.

l’avis qu’[TRADUCTION] «[e]n pratique, le lien de causalité doit être examiné subjectivement: il faut se demander si *le patient en cause* (c’est-à-dire le demandeur) aurait refusé le traitement s’il avait été informé des risques» (p. 426) (en italique dans l’original). Il fait remarquer que depuis l’arrêt *Reibl*, que bien des tribunaux ont interprété comme imposant un critère objectif strict, la causalité s’est révélée un obstacle terrible pour les demandeurs.

Dans «When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited» (1996), 4 *Health L. Rev.* 17, N. Fontigny, qui est par ailleurs d’avis qu’il est logique et simple de tenir l’obligation de divulguer pour un devoir fiduciaire, estime néanmoins qu’il y a lieu d’examiner la possibilité d’adopter un critère subjectif tel qu’il est proposé dans les présents motifs. Elle s’exprime en ces termes, à la p. 22:

[TRADUCTION] ... la Cour suprême pourrait envisager de revenir à un critère subjectif de la causalité. Des auteurs, tel P. H. Osborne, ont affirmé qu’un critère subjectif n’est pas intrinsèquement inapplicable ou injuste, puisque la question n’est pas de savoir ce que le patient aurait fait, mais bien ce que le juge ou le jury croit, d’après toute la preuve, que le demandeur aurait fait. Le témoignage du demandeur serait important, mais il serait soumis à l’évaluation. La question ne serait tranchée définitivement qu’à la suite d’un examen minutieux de la crédibilité du témoin, compte tenu de la personnalité et de la situation personnelle du demandeur, de la nature de la maladie et du traitement proposé, ainsi que de la nature des relations entre le patient et le médecin, et d’autres éléments de preuve pertinents. Il est donc possible de soutenir que la Cour suprême devrait remplacer le critère subjectif modifié par un critère subjectif, puis l’énoncer de façon qu’il ne soit pas injustement préjudiciable aux professionnels de la santé.

Je conclus que, si les points de vue divergent, l’opinion dominante dans la jurisprudence de common law à l’étranger et dans la doctrine penche pour un critère visant à déterminer ce que le demandeur en cause aurait fait, compte tenu de l’ensemble des circonstances et notamment du caractère raisonnable de la décision prise, lequel est établi en fonction des conseils médicaux que le demandeur aurait reçus et est tenu pour un important facteur dans cette décision.

## VI.

This brings us to the arguments against the position that the trial judge's task is to determine what the particular plaintiff at bar would have done had she been properly advised of the risk. The most formidable is the submission that this Court rejected such an approach in *Reibl, supra*.

*Reibl* concerned a patient who had suffered a stroke and paralysis as a result of an endarterectomy performed to reduce the risk of stroke in the future. His physician had failed to advise him of a risk of stroke or death during or in the aftermath of surgery. He told him only that his risk of having a stroke was greater without the surgery than with it. The patient argued that had he been informed of the risk of stroke consequent on surgery, he would have postponed the surgery for a year and one-half until a lifetime retirement pension from his employment vested. He also asserted that he would have opted for a shorter, normal life rather than a longer life as a cripple. The issue before the Court was how to assess whether the patient would in fact have foregone the surgery had he been properly informed.

The Court, *per* Laskin C.J., began by rejecting the argument that the real wrong was being deprived of the right of choice or consent, giving rise to the tort of battery. Laskin C.J. stated at pp. 891-92:

I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has con-

## VI.

Cela nous amène aux arguments avancés contre la thèse selon laquelle le juge de première instance a pour tâche de déterminer ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait été informée adéquatement du risque. Le plus redoutable veut que notre Cour ait écarté une telle méthode dans l'arrêt *Reibl*, précité.

Cet arrêt concernait un patient qui avait été victime d'un accident cérébrovasculaire qui l'avait laissé paralysé par suite d'une endartériectomie pratiquée pour réduire le risque d'attaque ultérieure. Son médecin ne l'avait pas informé du risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération. Il lui avait dit seulement que le risque de paralysie était plus grand si le patient ne subissait pas l'opération. Ce dernier a soutenu que s'il avait été informé du risque d'attaque, il aurait différé l'opération jusqu'à ce qu'il ait acquis un droit à une pension à vie dans le cadre de son emploi un an et demi plus tard. Il a également fait valoir qu'il aurait choisi une vie plus courte et normale de préférence à une vie plus longue d'invalidité. Notre Cour devait décider de la méthode convenable pour déterminer si le patient aurait de fait renoncé à l'opération s'il avait été informé adéquatement.

Notre Cour, par la voix du juge en chef Laskin, a d'abord repoussé l'argument selon lequel le vrai préjudice était la privation du droit de choisir ou de consentir, donnant lieu au délit de voies de fait. Voici ce qu'il dit aux pp. 891 et 892:

Je comprends qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, mais, à mon avis, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que comporte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait. Bien que cette omission ait trait au choix éclairé de subir ou de refuser le traitement approprié et recommandé, elle se présente comme la violation d'une obligation antérieure de diligence comparable, en termes d'obligation juridique, à l'obligation de diligence dans l'administration du traitement particulier auquel a consenti le patient. Ce n'est

56

57

58

sented. It is not a test of the validity of the consent. [Emphasis added.]

pas un critère de la validité du consentement. [Je souligne.]

59 The Court went on to approach the problem on the assumption that a plaintiff suing for negligent non-disclosure will always assert that he or she would have acted differently had he or she been fully informed. Laskin C.J. wrote (at p. 898):

La Cour a ensuite basé son analyse du problème sur la supposition que le demandeur qui intente une action fondée sur la négligence en alléguant la non-divulgence prétendra toujours qu'il aurait agi différemment s'il avait obtenu toute l'information. Le juge en chef Laskin écrit ceci (à la p. 898):

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery.

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir.

60 Laskin C.J. dismissed a purely subjective approach on the ground that "it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness" (quoting at p. 898 from "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548, at p. 550). Laskin C.J. observed that "the issue of causation would be in the patient's hands on a subjective test, and would, if his evidence was accepted, result inevitably in liability unless, of course, there was a finding that there was no breach of the duty of disclosure" (p. 899). For this reason, Laskin C.J. rejected a purely subjective approach based on what the plaintiff at trial asserted he would have done.

Le juge en chef Laskin a écarté la méthode purement subjective parce qu'«elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur» (citant, à la p. 898, un passage de l'article intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548, à la p. 550). Il a fait observer que «la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer» (p. 899). Pour ce motif, le juge en chef Laskin a rejeté la méthode purement subjective basée sur la décision que le demandeur prétend au procès qu'il aurait prise.

61 At the same time, Laskin C.J. was alive to the problems presented by a purely objective approach based on what a hypothetical reasonable person would have done. He noted (at p. 898):

Néanmoins, le juge en chef Laskin était conscient des problèmes suscités par une méthode purement objective fondée sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable hypothétique. Il a fait remarquer ce qui suit (à la p. 898):

... a vexing problem raised by the objective standard is whether causation could ever be established if the surgeon has recommended surgery which is warranted by the patient's condition. Can it be said that a reasonable person in the patient's position, to whom proper disclosure of attendant risks has been made, would decide against the surgery, that is, against the surgeon's recommendation that it be undergone? The objective standard

... la norme objective pose un problème troublant, savoir si l'on pourrait établir la causalité lorsque le chirurgien a recommandé une opération qui est justifiée par l'état du patient. Pouvons-nous dire qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient, à qui les risques que comporte l'opération auraient été bien divulgués, déciderait de ne pas subir l'opération contrairement à la recommandation du chirurgien? La norme

of what a reasonable person in the patient's position would do would seem to put a premium on the surgeon's assessment of the relative need for the surgery and on supporting medical evidence of that need. Could it be reasonably refused?

Having rejected both a purely subjective and a purely objective approach, Laskin, C.J. crafted a test that fell between the two, the "modified objective" test. While approaching the issue of what the patient would have done objectively, the judge should take into account "special considerations affecting the particular patient" (p. 898). This would, in his view, avoid the problem of leaving the matter of causation entirely in the surgeon's hands: "The patient's particular situation and the degree to which the risks of surgery or no surgery are balanced would reduce the force, on an objective appraisal, of the surgeon's recommendation" (p. 899). At the same time, consideration of all factors that might have "reasonably" affected the decision avoids exclusive reliance on the plaintiff's assertion at trial.

While "the patient's particular concerns" at the time should be considered (pp. 899-900) (for example, the judge might consider specific questions which the patient may have asked, evincing specific concerns (p. 899)), they must be "reasonably based" to avoid excessive subjectivity. Thus "fears which are not related to the [undisclosed] material risks . . . would not be causative factors". Summing up, Laskin C.J. stated (at p. 900):

In short, although account must be taken of a patient's particular position, a position which will vary with the patient, it must be objectively assessed in terms of reasonableness.

There is little profit in debating whether the test Laskin C.J. had in mind should be labelled objective or subjective. Suffice it to say it contains elements of both the subjective and objective and has been read in different ways. Two assertions can,

objective de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la situation du patient semble donner un avantage à l'évaluation du chirurgien quant à la nécessité relative de l'opération et à la preuve médicale à l'appui de cette nécessité. Pouvait-on raisonnablement refuser de la subir?

Après avoir écarté la méthode purement subjective et la méthode purement objective, le juge en chef Laskin a conçu un critère qui emprunte à l'une et à l'autre, le critère «objectif modifié». Le juge qui détermine, objectivement, quelle décision le patient aurait prise doit tenir compte de «toute considération spéciale touchant un patient donné» (p. 899), évitant ainsi le problème de laisser la question de la causalité entièrement dans les mains du chirurgien: «La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien» (p. 899). Au surplus, le tribunal qui tient compte de tous les facteurs qui ont pu «raisonnablement» jouer dans la décision évite de se fonder exclusivement sur le témoignage du demandeur au procès.

Quoique «les inquiétudes particulières du patient» à l'époque doivent être prises en considération (pp. 899 et 900), (par exemple, le juge pourrait tenir compte de questions précises que le patient a posées et qui manifestaient des préoccupations particulières (p. 899)), ces inquiétudes doivent avoir un «fondement raisonnable» afin que soit évitée une marge de subjectivité excessive. Ainsi, «les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité». Le juge en chef Laskin se résume dans ces termes (à la p. 900):

En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.

Il y a peu à gagner à déterminer s'il convient de qualifier d'objectif ou de subjectif le critère qu'entendait appliquer le juge en chef Laskin. Qu'il suffise de dire qu'il renferme à la fois des éléments des deux méthodes et qu'il a été interprété contra-

62

63

64

however, be ventured. First, the Court was concerned to ensure that the plaintiff's particular concerns and circumstances be considered. To hold otherwise would be to virtually place the outcome of the causation inquiry in the hands of the physician. Second, the Court was concerned to ensure that the plaintiff's subjective assertion of what she would have done had she been properly advised be tested "in terms of reasonableness". To hold otherwise would give undue weight to the plaintiff's hindsight assertion that she would have acted in a way that supports her claim for damages. The approach suggested above — that causation is a question of fact for the trial judge to determine on all the evidence including the plaintiff's assertion at trial examined in the light of her circumstances, mind-set and the medical advice she would have received at the time — satisfies both these concerns.

65 This brings us to the ultimate objection to the proposed test: that it treats the plaintiff unfairly by diminishing her right to choose. As noted earlier, absent extraordinary conduct such as fraud or abuse of power, the inquiry into the damages that flow from failure to advise of medical risks is governed by the law of negligence. The issue is not the plaintiff's right to choose, as it would be for the tort of battery or an action for fraud, but whether as a factual matter the negligent act caused the loss.

66 Applying the standard appropriate to the law of negligence, the question is whether the proposed test is fair to both plaintiff and defendant. In my view, it is. It avoids the trap of determining the issue of causation either solely by the physician's opinion of what a reasonable person would have done or solely by the plaintiff's unilateral assertion at trial that he or she would have acted differently. Instead, it places the issue in the hands of the trial judge for determination on all the evidence. It takes into account the plaintiff's right of choice, rather than presuming that choice on the basis of a

dictoirement. Nous pouvons tout de même risquer deux affirmations. Premièrement, notre Cour visait à faire en sorte que les inquiétudes et la situation particulières du demandeur soient prises en compte. Sinon, c'était presque laisser l'issue de l'examen de la question de la causalité entre les mains du médecin. Deuxièmement, notre Cour visait à faire en sorte que l'affirmation subjective du demandeur quant à la décision qu'il aurait prise s'il avait été bien informé soit évaluée «en fonction de ce qui est raisonnable». En arriver à toute autre solution serait accorder un poids injustifié à l'affirmation du demandeur, faite avec l'avantage du recul, selon laquelle il aurait pris une décision qui corrobore son droit à des dommages-intérêts. La méthode proposée précédemment — la causalité est une question de fait que le juge de première instance doit trancher selon l'ensemble de la preuve, y compris le témoignage du demandeur au procès, apprécié à la lumière de la situation de ce dernier, de son état d'esprit et des conseils médicaux qu'il aurait reçus au moment où la décision a été prise — remplit ces deux objectifs.

Cela nous amène à la dernière objection au critère proposé: il traite le demandeur injustement en réduisant sa liberté de choix. Je le répète, sauf pour les cas extraordinaires comme la fraude ou l'abus de pouvoir, l'examen du préjudice découlant de l'omission de divulguer les risques médicaux est régi par les règles de droit en matière de négligence. Il ne s'agit pas du droit du demandeur de choisir, comme dans le cas des voies de fait ou de la fraude, mais d'une question de fait, savoir si la négligence a causé la perte.

S'agissant d'appliquer la norme appropriée en droit de la négligence, la question est de savoir si le critère proposé est juste pour le demandeur et le défendeur. À mon avis, il l'est. Il évite le piège de trancher la question de la causalité en fonction uniquement soit de l'avis du médecin sur ce qu'une personne raisonnable aurait fait, soit uniquement en fonction de la déclaration unilatérale du demandeur au procès, selon laquelle il aurait agi différemment. Il laisse au contraire au juge de première instance le soin de trancher selon toute la preuve. Ce critère tient compte de la liberté de choix du

hypothetical reasonable person. And it permits serious consideration of the plaintiff's evidence as to what that choice would have been. As the California Supreme Court stated in *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), at pp. 11-12, cited by Sopinka J. in *Hollis*, *supra*, at p. 689, "[t]he patient-plaintiff may testify on this subject but the issue extends beyond his credibility". At the same time, it is fair to the physician, who may introduce evidence of what the reasonable patient would have done as it bears on the choice the particular patient at bar would have made.

The proposed test also meets the need, eloquently voiced by Wood J.A. in the British Columbia Court of Appeal, for a test which accommodates cases where the decision involves a "delicate balancing of overlapping personal, ethical, and medical considerations which can lead to more than one 'reasonable' choice" (p. 225 B.C.L.R.). The objective test, based on the hypothetical reasonable person, depreciates the plaintiff's personal choice in such situations and deprives her testimony of any weight. The test of what the particular plaintiff at bar would have done, determined in the light of all the circumstances and his or her own values and attitudes, avoids these problems. Nor does the fact that there was more than one reasonable choice present a problem. The question is what choice this plaintiff would have made on all the evidence and on a balance of probabilities.

## VII.

In my view, the trial judge applied the right test and did not err in dismissing the action on the ground that the plaintiff failed to establish that the physician's failure to advise her of the risk to her fetus from chickenpox caused the loss associated with the rearing of her disabled daughter.

Although the trial judge paid lip service to the reasonable person test, he resolved the issue of

demandeur au lieu de présumer de son choix en fonction d'une personne raisonnable hypothétique. De plus, il permet un examen sérieux du témoignage du demandeur sur ce qu'aurait été son choix. Comme l'a dit la Cour suprême de la Californie dans *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), aux pp. 11 et 12, dont les observations sont reprises par le juge Sopinka dans l'arrêt *Hollis*, précité, à la p. 689, [TRADUCTION] «[l]e patient demandeur peut témoigner sur ce point, mais la question va au-delà de sa crédibilité». Au reste, le critère est juste pour le médecin, qui peut présenter des éléments de preuve tendant à établir ce qu'un patient raisonnable aurait fait car ce facteur joue sur le choix qu'aurait fait le patient en cause.

Le critère proposé répond aussi à la nécessité, exprimée avec éloquence par le juge Wood de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, d'un critère qui s'adapte bien aux cas dans lesquels la décision repose sur un [TRADUCTION] «équilibre délicat entre des considérations d'ordre personnel, éthique et médical qui se superposent et justifient une pluralité de choix «raisonnables» (p. 225 B.C.L.R.). Le critère objectif, fondé sur la personne raisonnable hypothétique, diminue la valeur du choix personnel du demandeur dans ce type de situation et enlève tout poids à son témoignage. Le critère de la décision que le demandeur en cause aurait prise, déterminée d'après toutes les circonstances ainsi que ses propres valeurs et attitudes, permet d'éviter ces difficultés. La pluralité de choix raisonnables ne fait pas non plus problème. Il s'agit de décider quel choix le demandeur en cause aurait fait compte tenu de toute la preuve et selon la prépondérance des probabilités.

## VII.

À mon avis, le juge de première instance a appliqué le bon critère et n'a pas commis d'erreur en rejetant l'action pour le motif que la demanderesse n'a pas établi que l'omission par le médecin de l'informer du risque que comportait la varicelle pour son fœtus avait causé la perte encourue pour élever sa fille handicapée.

Bien que le juge de première instance ait examiné pour la forme le critère de la personne rai-

67

68

69

causation by asking what the plaintiff herself would have done in all the circumstances. My colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. suggest that the trial judge did not apply the subjective test because he did not evaluate the plaintiff's evidence. I respectfully disagree. The trial judge considered the plaintiff's evidence in its entirety but concluded that "Ms. Arndt's testimony [was] coloured, probably not by an intent to mislead the court, but rather by the tremendous stress that her daughter's wretched health [had] inflicted upon her" (p. 233). Because her evidence was coloured, the trial judge tested the plaintiff's assertion that she would have had an abortion had she been told of "any risk of abnormalities at all" (p. 235) against other circumstances existing at the time that the choice would have been made. He considered the fact that an abortion in the second trimester would have been riskier than an earlier abortion and the need to obtain the approval of a committee for any abortion. He went on to consider factors going to the plaintiff's state of mind, including the fact that she very much wanted to have a child, that she had a natural skepticism of mainstream medicine and had so informed Dr. Smith, and that she stated she did not want an ultrasound scan of the developing fetus. For all these reasons he concluded "that Ms. Arndt would have chosen in foresight to carry Miranda to full term had she been fully apprised of the nature and probability of risks her fetus faced" (p. 236).

sonnable, il a tranché la question de la causalité en se demandant ce que la demanderesse aurait fait, quant à elle, compte tenu de toutes les circonstances. Mes collègues, les juges Sopinka et Iacobucci, sont d'avis que le juge de première instance n'a pas appliqué le critère subjectif parce qu'il n'a pas évalué la preuve présentée par la demanderesse. En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion. Le juge de première instance a tenu compte de toute la preuve présentée par la demanderesse mais il a conclu que [TRADUCTION] «le témoignage de M<sup>me</sup> Arndt était faussé, non sans doute par l'intention de tromper la cour mais par l'énorme stress causé par l'état de santé lamentable de sa fille» (p. 233). Et parce que son témoignage était faussé, le juge de première instance a évalué l'affirmation de la demanderesse, qui a soutenu qu'elle se serait fait avorter si elle avait été informée [TRADUCTION] «d'un risque de malformation quel qu'il soit» (p. 235), au regard des autres circonstances à l'époque où la décision aurait été prise. Il a tenu compte du risque plus élevé que comporte un avortement au deuxième trimestre par rapport à un avortement pratiqué plus tôt et de la nécessité d'obtenir l'approbation d'un comité d'avortement. Il a aussi pris en considération des facteurs se rapportant à l'état d'esprit de la demanderesse, dont son vif désir d'avoir un enfant, son scepticisme naturel envers la médecine traditionnelle dont elle avait informé la D<sup>re</sup> Smith et le fait qu'elle a dit ne pas avoir voulu que son fœtus soit soumis à une échographie. Pour toutes ces raisons, il a conclu que [TRADUCTION] «M<sup>me</sup> Arndt aurait, a priori, choisi de mettre Miranda au monde si elle avait reçu toute l'information sur la nature et la probabilité des risques auxquels son fœtus était exposé» (p. 236).

70

The trial judge's approach conforms to the test proposed in these reasons. He asked the right question: what would this plaintiff have decided in all the circumstances? He then evaluated her assertion at trial that she would have had an abortion by reference to her external circumstances and her values and state of mind as evidenced by her conduct and words at the time the decision fell to be made. In short, he proceeded correctly and made no error of principle. Although he did not expressly cite it

La méthode suivie par le juge de première instance est conforme au critère proposé dans les présents motifs. Il s'est posé la question qu'il fallait: quelle aurait été la décision de la demanderesse, compte tenu de toutes les circonstances? Puis, il a évalué son témoignage au procès selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse, eu égard à la situation dans laquelle elle se trouvait, à ses valeurs et à son état d'esprit tels qu'ils sont manifestés par sa conduite et par les propos qu'elle a tenus à

as a reason for his decision, the fact that the medical profession would not have recommended an abortion in these circumstances also supports the trial judge's conclusion that Ms. Arndt would not have chosen an abortion had she been advised of the very small increased risk to the fetus posed by varicella. As she admitted, she would not have opted for abortion "without significant convincing". On the evidence, that convincing would not have occurred.

It is argued, however, that the trial judge erred in considering the increased risk of a second trimester abortion and the need for approval for an abortion on the ground that these matters were not in evidence. In fact, there was evidence of increased risk of second trimester abortions (although this appears not to have been pointed out to the Court of Appeal). The need to obtain committee approval for an abortion was a matter of law of which the trial judge could take judicial notice: *Laferrière, supra*. Consequently, I find no error on these counts.

I find no legal basis for interference with the trial judge's conclusion that the plaintiff failed to establish on a balance of probabilities that had she been given the required information concerning risk, she would have ended her pregnancy.

### VIII.

Finding, as I do, that the trial judge did not err in concluding that the plaintiff had failed to establish Dr. Smith's negligence caused her loss, it is unnecessary to consider whether the action would in any event have been statute-barred. However, since the matter has been fully argued before us, it may be useful to offer guidance on the point for future cases.

l'époque où la décision devait être prise. Bref, il a appliqué la bonne méthode et n'a pas fait d'erreur de principe. Certes, il ne l'a pas dit expressément dans les motifs de sa décision, mais le fait que le corps médical n'aurait pas recommandé l'avortement dans ces circonstances appuie aussi la conclusion du juge que M<sup>me</sup> Arndt n'aurait pas choisi l'avortement si elle avait été informée de l'augmentation très faible du risque auquel la varicelle exposait le fœtus. Comme elle l'a admis, [TRADUCTION] «à moins d'arguments très persuasifs», elle n'aurait pas opté pour l'avortement. Il appert de la preuve que l'on n'aurait pas réussi à la faire changer d'avis.

Toutefois, il a été affirmé que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du risque accru que comporte un avortement au deuxième trimestre et de la nécessité d'une approbation, parce que ces éléments n'ont pas été mis en preuve. En fait, la preuve du risque accru au deuxième trimestre a été faite (bien que ce point n'ait pas été soulevé devant la cour d'appel). La nécessité de l'approbation par un comité d'avortement était une question de droit dont le juge pouvait prendre connaissance d'office: arrêt *Laferrière*, précité. En conséquence, je conclus à l'absence d'erreur sur ces points.

J'estime qu'aucune raison de droit ne nous autorise à modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle la demanderesse n'a pas établi selon la prépondérance des probabilités que, si elle avait obtenu l'information requise concernant le risque, elle aurait interrompu sa grossesse.

### VIII.

Puisque j'ai conclu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en décidant que la demanderesse n'a pas prouvé que la négligence de la D<sup>re</sup> Smith avait causé la perte qu'elle a subie, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'action était prescrite de toute façon. Toutefois, comme la question a été débattue à fond devant nous, il peut être utile de donner quelques directives pour les affaires ultérieures.

71

72

73

74

The *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(1)(a), provides a limitation period of two years in actions for “damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury”. The majority of the Court of Appeal concluded that this provision barred the plaintiff’s claim for emotional trauma, stress and loss of enjoyment of life, because these claims relate to “injuries” to Ms. Arndt, but did not bar her claims for loss and expense relating to the care of Miranda because these were not claims in relation to “damages in respect of injury to person or property”.

75

In my view, Ms. Arndt’s claims for economic loss are not statute-barred because they do not relate to personal injury either to Ms. Arndt or to Miranda. In *Martin v. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163 (S.C.), the court held that injury to person means physical, emotional or mental injury to the body or mind of the individual. Unlike her claim for emotional trauma, stress and loss of enjoyment of life, Ms. Arndt’s claims for economic loss do not relate to physical, emotional or mental injury to her body. Nor do the injuries represent physical, emotional or mental injury to Miranda because Dr. Smith did not cause the child’s injuries. The action for economic loss is for the expenses incurred in raising Miranda. Dr. Smith’s negligent failure to fully inform the plaintiff could have caused loss only in the sense that it was a factor leading to Miranda’s birth. It is therefore not caught by the wording of s. 3(1)(a) of the *Limitation Act*.

## IX.

76

I would allow the appeal and restore the trial judge’s order dismissing the action. The defendant is entitled to costs on a party and party basis here and in the British Columbia courts.

La *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 dispose, à l’al. 3(1)a), que les actions se prescrivent par deux ans dans le cas des [TRADUCTION] «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens, y compris la perte économique découlant du préjudice». La cour d’appel à la majorité a conclu que cette clause entraînait l’extinction de la demande relativement au traumatisme, au stress et à la perte de jouissance de la vie, parce que ces chefs de demande se rapportaient au préjudice subi par M<sup>me</sup> Arndt, mais elle n’a pas tenu pour irrecevable sa demande quant à ses pertes et ses frais relatifs à l’entretien de Miranda, parce qu’il ne s’agissait pas d’obtenir des [TRADUCTION] «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens».

À mon avis, la demande présentée par M<sup>me</sup> Arndt à l’égard de la perte économique n’est pas éteinte par la prescription, parce qu’elle ne concerne pas un préjudice causé à la personne de M<sup>me</sup> Arndt ou de Miranda. Dans *Martin c. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163 (C.S.), la cour a décidé que le préjudice causé à la personne s’entendait des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales. Contrairement au traumatisme, au stress et à la perte de jouissance de la vie, la perte économique dont M<sup>me</sup> Arndt demande réparation ne se rapporte pas à des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales qui lui auraient été infligées. Le préjudice ne vise pas non plus des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales subies par Miranda, parce que la D<sup>re</sup> Smith n’est pas à l’origine du préjudice subi par l’enfant. L’action en dommages-intérêts pour la perte économique concerne les frais supportés pour élever Miranda. L’omission, par négligence, de la D<sup>re</sup> Smith de bien informer la demanderesse n’aurait pu causer la perte que dans la mesure où elle a contribué à la naissance de Miranda. Elle n’est donc pas visée par l’al. 3(1)a) de la *Limitation Act*.

## IX.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance rejetant l’action. La défenderesse a droit aux dépens entre parties dans la présente instance et dans les instances de la Colombie-Britannique.

*Appeal allowed with costs, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

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

*Solicitors for the respondents: MacLeod Smith, Vancouver.*

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Procureurs des intimés: MacLeod Smith, Vancouver.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canadian Government Publishing  
PWGSC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Les Éditions du gouvernement du Canada  
TPSGC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1997 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1997 Vol. 2**

**Cited as [1997] 2 S.C.R. 581-775**

**Renvoi [1997] 2 R.C.S. 581-775**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

---

## CONTENTS

### **Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board) ..... 581**

Air law — Provincial liquor control — Markups — Gallonage fees — Provincial liquor control authorities charging airlines markups and gallonage fees on alcohol imported into Canada for use on domestic flights — Whether liquor “intoxicating liquor” within meaning of Importation of Intoxicating Liquors Act — Whether liquor imported “into any province” within meaning of Act — Whether provincial liquor monopoly constitutionally inapplicable to airlines — Whether airlines entitled to recover gallonage fees and markups paid — Whether punitive damages or compound interest warranted — Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C., 1985, c. I-3, ss. 2, 3.

### **Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd. .... 617**

Maritime law — Arrest of cargo — Damages — Wrongful arrest — Cargo's owner posting security to secure release of

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil  
ODILE CALDER

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

Réviséurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviséurs techniques  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

---

## SOMMAIRE

### **Air Canada c. Ontario (Régie des alcools) ..... 581**

Droit aérien — Régie provinciale des alcools — Suppléments au prix — Droits sur le nombre de gallons — Autorités provinciales chargées de la régie des alcools exigeant des compagnies aériennes des suppléments au prix et des droits sur le nombre de gallons relativement à l'alcool importé au Canada pour fins de consommation à bord de vols intérieurs — L'alcool est-il de la «boisson enivrante» au sens de la Loi sur l'importation des boissons enivrantes? — L'alcool est-il importé «dans une province» au sens de cette loi? — Le monopole provincial de l'alcool est-il constitutionnellement inapplicable aux compagnies aériennes? — Les compagnies aériennes peuvent-elles recouvrer les droits sur le nombre de gallons et les suppléments au prix qu'elles ont payés? — Des dommages-intérêts punitifs ou des intérêts composés sont-ils justifiés? — Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. (1985), ch. I-3, art. 2, 3.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

cargo — Arrest and security undertaking later set aside — Whether cargo's owner entitled to damages for loss of interest in posting security — Whether cargo's owner entitled to damages for wrongful arrest of cargo in absence of bad faith or gross negligence on part of arresting party — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Rules 344, 1003.

### **Côté v. Canada (Director of Investigation and Research) ..... 714**

Competition — Search warrants issued under Competition Act — Act not providing for appeal from issuance of search warrants.

### **R. v. G. (S.G.)..... 716**

Criminal law — Trial — Reopening of Crown's case — Trial judge allowing Crown to call new witness after defence had closed its case in murder trial — Whether accused prejudiced by reopening of Crown's case — Whether new trial should be directed.

Criminal law — Evidence — Admissibility of character evidence — Trial judge allowing Crown to cross-examine accused charged with murder as to presence of stolen goods in her house and her sexual relationship with one of boys who carried out killing — Whether evidence of bad character properly admissible.

### **R. v. La ..... 680**

Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether Crown relieved of duty to disclose.

Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice (s. 7) — Failure to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether breach of s. 7 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

### **R. v. Mara ..... 630**

Criminal law — Appeal — Question of law — Indecency — Theatrical performance — Whether a given performance unlawful a question of law alone.

Criminal law — Indecency — Theatrical performance — Lap dancing — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager of tavern charged with allowing indecent performances — Whether performances indecent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

Criminal law — Indecency — Theatrical performance — *Mens rea* — Tavern owner hiring manager to oversee all aspects of entertainment — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager charged with allowing indecent performances — Whether Court of Appeal erred in overturning trial judge's finding of

## SOMMAIRE (Suite)

### **Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd. .... 617**

Droit maritime — Saisie de cargaison — Dommages-intérêts — Saisie illégale — Propriétaire de la cargaison déposant un cautionnement pour obtenir la mainlevée de la saisie de la cargaison — Saisie et engagement pris en matière de cautionnement annulés par la suite — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour la perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement? — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour saisie illégale de la cargaison en l'absence de mauvaise foi ou de négligence grave de la part de la partie saisissante? — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles 344, 1003.

### **Côté c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) ..... 714**

Concurrence — Mandats de perquisition fondés sur la Loi sur la concurrence — Loi ne prévoyant pas d'appel contre la délivrance de mandats de perquisition.

### **R. c. G. (S.G.)..... 716**

Droit criminel — Procès — Réouverture de la preuve du ministère public — Ministère public autorisé par le juge du procès à faire entendre un nouveau témoin après la clôture de la preuve de la défense dans un procès pour meurtre — La réouverture de la preuve du ministère public a-t-elle causé un préjudice à l'accusée? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité d'une preuve de moralité — Ministère public autorisé par le juge du procès à contre-interroger une personne accusée de meurtre sur la présence de biens volés dans sa maison et sur ses relations sexuelles avec l'un des garçons qui ont commis le meurtre — La preuve de mauvaise moralité était-elle admissible à bon droit?

### **R. c. La ..... 680**

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulgation — Élé-ment de preuve perdu par inadvertance — Le ministère public est-il déchargé de l'obligation de divulgation?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale (art. 7) — Défaut de divulguer — Élé-ment de preuve perdu par inadvertance — Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

### **R. c. Mara ..... 630**

Droit criminel — Appel — Question de droit — Indécence — Représentation théâtrale — La question de savoir si un spectacle donné est illégal est-elle une question de droit seulement?

Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — Danse-contact — Contacts sexuels entre danseuses nues et

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

fact that owner did not have sufficient *mens rea* — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

### **St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)..... 657**

Indians — Reserves — Definition of “reserve” amended to include “designated lands” released or surrendered “otherwise than absolutely” — Reserve lands surrendered at market value for airport but with the proviso that land would revert to reserve if not used for public purposes — Whether lands surrendered for airport “designated lands” — Whether common law real property principles apply to surrender of Indian reserve lands — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1) “reserve”, “surrendered lands”, 37(1), 38(1), (2) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “designated lands”, “reserve”, 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)(a).

### **St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City) (Re-hearing)..... 678**

Costs — Costs not awarded in original judgment — Re-hearing sought to determine issue of costs — Extension of time granted for making application for re-hearing — Re-hearing granted — Costs awarded at re-hearing.

## SOMMAIRE (Fin)

clients d'une taverne — Propriétaire et gérant d'une taverne accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — Les spectacles étaient-ils indécents? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — *Mens rea* — Gérant engagé par le propriétaire d'une taverne pour surveiller tous les aspects des divertissements — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients de la taverne — Propriétaire et gérant accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que le propriétaire n'avait pas eu une *mens rea* suffisante? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

### **Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville).... 657**

Indiens — Réserves — Définition de «réserve» modifiée afin d'y inclure les «terres désignées» cédées «autrement qu'à titre absolu» — Terres faisant partie d'une réserve cédées à leur valeur marchande pour la construction d'un aéroport, mais avec la stipulation que les terres retourneraient à la réserve si elles n'étaient pas utilisées à des fins d'utilité publique — Les terres cédées pour la construction de l'aéroport sont-elles des «terres désignées»? — Les principes du droit des biens en common law sont-ils applicables à la cession de terres faisant partie d'une réserve indienne? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1) «réserve», «terres cédées», 37(1), 38(1), (2) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve», «terres désignées», 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)a).

### **Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville) (Nouvelle audition)..... 678**

Dépens — Dépens non adjugés dans le jugement original — Nouvelle audition demandée pour trancher la question des dépens — Prorogation de délai accordée pour demander la tenue d'une nouvelle audition — Nouvelle audition accordée — Dépens adjugés à la nouvelle audition.



**Air Canada** *Appellant*

v.

**The Liquor Control Board of Ontario, the Attorney General of Canada, the Liquor Licence Board of Ontario and the Attorney General for Ontario** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the Société des alcools du Québec** *Intervenors*

and between

**Canadian Airlines International Ltd.** *Appellant*

v.

**The Liquor Control Board of Ontario, the Attorney General of Canada, the Liquor Licence Board of Ontario and the Attorney General for Ontario** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the Société des alcools du Québec** *Intervenors*

INDEXED AS: AIR CANADA v. ONTARIO (LIQUOR CONTROL BOARD)

File No.: 24851.

1997: February 17; 1997: June 26.

**Air Canada** *Appelante*

c.

**La Régie des alcools de l'Ontario, le procureur général du Canada, la Commission des permis d'alcool de l'Ontario et le procureur général de l'Ontario** *Intimés*

et

**Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et la Société des alcools du Québec** *Intervenants*

et entre

**Lignes aériennes Canadien International Ltée** *Appelante*

c.

**La Régie des alcools de l'Ontario, le procureur général du Canada, la Commission des permis d'alcool de l'Ontario et le procureur général de l'Ontario** *Intimés*

et

**Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et la Société des alcools du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: AIR CANADA c. ONTARIO (RÉGIE DES ALCOOLS)

N° du greffe: 24851.

1997: 17 février; 1997: 26 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Air law — Provincial liquor control — Markups — Gallonage fees — Provincial liquor control authorities charging airlines markups and gallonage fees on alcohol imported into Canada for use on domestic flights — Whether liquor “intoxicating liquor” within meaning of Importation of Intoxicating Liquors Act — Whether liquor imported “into any province” within meaning of Act — Whether provincial liquor monopoly constitutionally inapplicable to airlines — Whether airlines entitled to recover gallonage fees and markups paid — Whether punitive damages or compound interest warranted — Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C., 1985, c. 1-3, ss. 2, 3.*

The respondent Liquor Control Board of Ontario (“LCBO”) enjoys a monopoly over the sale, transportation, delivery and storage of liquor in Ontario pursuant to several statutes including the *Importation of Intoxicating Liquors Act* (“*IILA*”), which prohibits the importation into a province of liquor that has not been purchased on behalf of and consigned to the government of the province. The appellant airlines provide liquor to their passengers, some of which is purchased abroad, stored in customs bonded warehouses at Pearson international airport and eventually placed aboard aircraft there. The LCBO charges a “markup” on liquor that is transferred out of the bonded area of the customs warehouses at Pearson for use on domestic flights. It does this on the strength of the *IILA*, which, in its view, makes it the owner of all alcohol imported into Ontario, and hence entitles it to extract a profit as the price of conveying the liquor back into the airlines’ possession. Until recently, the appellant airlines held Ontario liquor licences, believing that provincial law required them to do so, and paid gallonage fees to the LCBO pursuant to those licences. In 1983, a consultant working for Wardair concluded that airlines were not required to hold licences, and an agreement was reached with the LCBO whereby Wardair stopped paying markups and gallonage fees. Canadian Airlines learned of the arrangement in 1989, when it merged with Wardair, but the LCBO refused to concede that it had ever released Wardair from the obligation to pay markups. In the

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

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

*Droit aérien — Régie provinciale des alcools — Suppléments au prix — Droits sur le nombre de gallons — Autorités provinciales chargées de la régie des alcools exigeant des compagnies aériennes des suppléments au prix et des droits sur le nombre de gallons relativement à l'alcool importé au Canada pour fins de consommation à bord de vols intérieurs — L'alcool est-il de la «boisson enivrante» au sens de la Loi sur l'importation des boissons enivrantes? — L'alcool est-il importé «dans une province» au sens de cette loi? — Le monopole provincial de l'alcool est-il constitutionnellement inapplicable aux compagnies aériennes? — Les compagnies aériennes peuvent-elles recouvrer les droits sur le nombre de gallons et les suppléments au prix qu'elles ont payés? — Des dommages-intérêts punitifs ou des intérêts composés sont-ils justifiés? — Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. (1985), ch. 1-3, art. 2, 3.*

L'intimée, la Régie des alcools de l'Ontario («RAO»), détient le monopole de la vente, du transport, de la livraison et de l'entreposage d'alcool en Ontario, conformément à plusieurs lois, dont la *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, («*LIBE*»), qui interdit l'importation dans une province de l'alcool qui n'a pas été acheté pour le gouvernement de la province ou qui ne lui est pas consigné. Les compagnies aériennes appelantes offrent à leurs passagers de l'alcool dont une partie est achetée à l'étranger, stockée dans des entrepôts des douanes à l'aéroport international Pearson et éventuellement chargée à bord de leurs avions à cet endroit. La RAO exige un «supplément au prix» de l'alcool qui est transféré hors de la zone sous douane des entrepôts des douanes à l'aéroport Pearson, pour fins de consommation à bord de vols intérieurs. Elle le fait sur la foi de la *LIBE*, qui, à son avis, la rend propriétaire de tout l'alcool importé en Ontario et lui donne donc le droit de toucher un profit en contrepartie de la remise de l'alcool en la possession des compagnies aériennes. Jusqu'à tout récemment, les compagnies aériennes appelantes étaient titulaires de permis d'alcool de l'Ontario, croyant que la loi provinciale leur imposait cela, et payaient à la RAO des droits sur le nombre de gallons conformément à ces permis. En 1983, un consultant engagé par Wardair a conclu que les compagnies aériennes n'étaient pas tenues de détenir des permis, et une entente est intervenue avec la RAO, en vertu de laquelle Wardair cesserait de payer des suppléments et des droits sur le nombre de

result, Canadian agreed to continue paying markups, but only under protest. In 1990, the LCBO informed the appellant airlines that it would not approve the storage of liquor in customs bonded warehouses at Pearson unless the airlines acknowledged in written applications that the liquor they brought into Ontario was subject to the *IILA*. A condition of the approval was that the airlines should purchase their liquor as agents of the LCBO and should pay the appropriate markups. Air Canada signed the application. Canadian signed under protest.

The airlines asked the Ontario Court of Justice to determine the applicability of the various liquor statutes to them. In addition, they sought to recover in restitution monies that they had paid to the LCBO and the Liquor Licence Board of Ontario under the liquor statutes. The trial judge found that the province was liable to the airlines for the amount of gallonage fees and markups paid since January 1, 1984. He decided that, on the facts before him, neither punitive damages nor compound interest was warranted. The Court of Appeal allowed the provincial authorities' appeal in part. It concluded that the airlines were entitled to recover the gallonage fees they had paid after January 1, 1984, but found that the LCBO had lawfully collected the markups.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

The LCBO was entitled to charge a markup on the liquor that the airlines purchased abroad and kept in bond at Pearson because that liquor was subject to the *IILA*. Section 2 of the Act defines "intoxicating liquor" as liquor "that it is unlawful to sell or have in possession without a permit or other authority" of the provincial government. While the airlines did not require a licence to keep their liquor in Ontario, if they had wished to sell that liquor in Ontario they could have done so only under authority of a licence. "Intoxicating liquor" is not liquor that actually will come within the ambit of a provincial licensing scheme, but liquor that would come within the ambit of such a scheme if it were to be sold or possessed within the province. Because the liquors that the airlines brought into Pearson are liquors that

gallons. Les Lignes aériennes Canadien ont pris connaissance de l'entente, en 1989, lorsqu'elles ont fusionné avec Wardair, mais la RAO a refusé d'admettre qu'elle avait jamais dispensé Wardair de l'obligation de payer des suppléments. En définitive, Canadien a accepté de continuer à payer des suppléments, mais sous toutes réserves seulement. En 1990, la RAO a informé les compagnies aériennes appelantes qu'elle n'approuverait le stockage d'alcool dans les entrepôts des douanes à l'aéroport Pearson que si les compagnies aériennes reconnaissaient, dans des demandes par écrit, que l'alcool qu'elles apportaient en Ontario était assujéti à la *LIBE*. Une condition de cette approbation était que les compagnies aériennes achètent leur alcool en tant que mandataires de la RAO et payent les suppléments appropriés. Air Canada a signé la demande. Canadien a signé sous toutes réserves.

Les compagnies aériennes ont demandé à la Cour de justice de l'Ontario de décider si les diverses lois en matière d'alcool leur étaient applicables. De plus, elles cherchaient à se faire restituer les sommes qu'elles avaient payées à la RAO et à la Commission des permis d'alcool de l'Ontario en vertu de ces lois. Le juge de première instance a décidé que la province était responsable envers les compagnies aériennes du montant des droits sur le nombre de gallons et des suppléments payés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Il a statué que, selon les faits dont il était saisi, l'attribution de dommages-intérêts punitifs et d'intérêts composés n'était pas justifiée. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel des autorités provinciales. Elle a conclu que les compagnies aériennes pouvaient recouvrer les droits qu'elles avaient payés sur le nombre de gallons après le 1<sup>er</sup> janvier 1984, mais que la RAO avait perçu légalement les suppléments.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

La RAO avait le droit d'exiger un supplément au prix de l'alcool que les compagnies aériennes achetaient à l'étranger et conservaient en stockage à l'aéroport Pearson, parce que cet alcool était assujéti à la *LIBE*. L'article 2 de la Loi prévoit que «boisson enivrante» s'entend de toute boisson «qu'il est illégal de vendre ou d'avoir en sa possession sans un permis ou autre autorisation» du gouvernement de la province. Même si les compagnies aériennes n'avaient pas besoin d'un permis pour conserver leur alcool en Ontario, si elles avaient voulu vendre cet alcool en Ontario, elles n'auraient pu le faire qu'en vertu d'un permis. L'expression «boisson enivrante» vise non pas l'alcool qui relèvera effectivement d'un régime d'autorisation provincial, mais celui qui relèverait d'un tel régime si jamais quelqu'un le

could not ordinarily be sold in Ontario without a licence, they are intoxicating liquors within the meaning of the *IIA*. They are also imported into Ontario for purposes of the *IIA*; the words "into any province" in s. 3(1) refer to physical presence within the boundaries of a province.

The provincial liquor monopoly is not constitutionally inapplicable to the appellant airlines. The provision of liquor is not an integral part of their federal aeronautical undertaking.

The provincial authorities concede that they should make restitution of the gallonage fees paid by the airlines after January 1, 1984. They should also be liable for the fees paid before that date. The trial judge and the Court of Appeal justified their choice of the date on the ground that it was then that the provincial authorities realized that they could not require the airlines to hold liquor licences, but Canadian law has never required a showing of bad faith as a precondition to the recovery of monies collected by a governmental agency under an inapplicable law.

Both punitive damages and compound interest might have been appropriately ordered on the facts of this case. The conduct of the provincial authorities was improper to say the least, since government agents continued to collect fees from the appellants under a regime that they knew was inapplicable to airlines. The awarding of punitive damages and compound interest is, however, discretionary. Because it cannot be said that the trial judge misdirected himself on any applicable principle of law or that his exercise of discretion was so clearly wrong as to amount to an injustice, his refusal to award punitive damages or compound interest should be allowed to stand.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Attorney-General*

vendait ou l'avait en sa possession à l'intérieur de la province. Comme l'alcool que les compagnies aériennes apportaient à l'aéroport Pearson est de l'alcool qui ne pouvait pas normalement être vendu sans permis en Ontario, cet alcool est de la boisson enivrante au sens de la *LIBE*. Il est également importé en Ontario aux fins de la *LIBE*; les mots «dans une province» figurant au par. 3(1) renvoient à la présence physique à l'intérieur des frontières d'une province.

Le monopole provincial de l'alcool n'est pas constitutionnellement inapplicable aux compagnies aériennes appelantes. La fourniture d'alcool ne fait pas partie intégrante de leur entreprise aéronautique fédérale.

Les autorités provinciales reconnaissent qu'elles devraient restituer les droits sur le nombre de gallons payés par les compagnies aériennes après le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Elles devraient aussi être tenues responsables des droits payés avant cette date. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont justifié leur choix de cette date en affirmant que c'était à ce moment que les autorités provinciales s'étaient rendu compte qu'elles ne pouvaient pas obliger les compagnies aériennes à détenir des permis d'alcool, mais le droit canadien n'a jamais exigé que l'on démontre l'existence de mauvaise foi pour pouvoir recouvrer des sommes perçues par un organisme gouvernemental sous le régime d'une loi inapplicable.

Des dommages-intérêts punitifs et des intérêts composés auraient pu être accordés à juste titre selon les faits de la présente affaire. La conduite des autorités provinciales a été, le moins qu'on puisse dire, répréhensible, car les fonctionnaires gouvernementaux ont continué à percevoir des droits auprès des appelantes en vertu d'un régime qui, à leur connaissance, était inapplicable aux compagnies aériennes. L'attribution de dommages-intérêts punitifs et d'intérêts composés est toutefois discrétionnaire. Parce qu'on ne peut pas dire que le juge de première instance s'est fourvoyé relativement à un principe de droit applicable ou qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon si manifestement erronée qu'il en a résulté une injustice, son refus d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou des intérêts composés devrait être maintenu.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596; *Attorney-General of Manitoba c. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C.

for Ontario v. Attorney-General for the Dominion, [1896] A.C. 348; R. v. Gautreau (1978), 88 D.L.R. (3d) 718; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] S.C.R. 292; *Murray Hill Limousine Service Ltd. v. Batson*, [1965] Que. Q.B. 778; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; *Brock v. Cole* (1983), 40 O.R. (2d) 97; *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*, [1975] 1 All E.R. 849; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, s. 92(16).  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 130.  
*Customs Bonded Warehouses Regulations*, SOR/86-1063, s. 13.  
*Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C., 1985, c. I-3, ss. 2 "intoxicating liquor", "province", 3.  
*Liquor Control Act*, R.S.O. 1990, c. L.18, ss. 1, 2, 3, 5, 8.  
*Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19, ss. 1 "liquor", 2, 5, 6, 11, 12, 22, 27, 42, 62.  
 R.R.O. 1990, Regs. 717, 718, 719, 720.

#### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
*House of Commons Debates*, vol. II, 2nd sess., 16th Parl., 1968, at p. 2482.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 24 O.R. (3d) 403, 126 D.L.R. (4th) 301, 82 O.A.C. 81 and 26 O.R. (3d) 158, 127 D.L.R. (4th) 767, 86 O.A.C. 70, allowing in part an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1994), 2 G.T.C. 7186,

73; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; R. c. *Gautreau* (1978), 88 D.L.R. (3d) 718; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292; *Murray Hill Limousine Service Ltd. c. Batson*, [1965] B.R. 778; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Eadie c. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573; *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298; *Brock c. Cole* (1983), 40 O.R. (2d) 97; *Wallersteiner c. Moir (No. 2)*, [1975] 1 All E.R. 849; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367.

#### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(16).  
*Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. (1985), ch. I-3, art. 2 «boisson enivrante», «province», 3.  
*Loi sur les alcools*, L.R.O. 1990, ch. L.18, art. 1, 2, 3, 5, 8.  
*Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, ch. L.19, art. 1 «alcool», 2, 5, 6, 11, 12, 22, 27, 42, 62.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 130.  
 R.R.O. 1990, règl. 717, 718, 719, 720.  
*Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes*, DORS/86-1063, art. 13.

#### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 2<sup>e</sup> sess., 16<sup>e</sup> lég., à la p. 2464.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 24 O.R. (3d) 403, 126 D.L.R. (4th) 301, 82 O.A.C. 81 et 26 O.R. (3d) 158, 127 D.L.R. (4th) 767, 86 O.A.C. 70, qui a accueilli en partie un appel contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1994), 2 G.T.C.

allowing the airlines' actions. Appeal allowed in part.

*Neil Finkelstein, Q.C., and Jeffrey Galway, for the appellants.*

*Tom Marshall, Q.C., Peter Landmann and Michel Lapierre, for the respondents the Liquor Control Board of Ontario, the Liquor Licence Board of Ontario and the Attorney General for Ontario.*

*Roslyn J. Levine, Q.C., and Charles D. Johnston, for the respondent the Attorney General of Canada.*

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

Written submissions only by *Alison W. Scott and Brian Seaman, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.*

*Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.*

*Margaret Unsworth and J. A. Bowron, for the intervener the Attorney General for Alberta.*

*Gérald Tremblay and Madeleine Renaud, for the intervener the Société des alcools du Québec.*

The judgment of the Court was delivered by

7186, qui avait accueilli les actions des compagnies aériennes. Pourvoi accueilli en partie.

*Neil Finkelstein, c.r., et Jeffrey Galway, pour les appelantes.*

*Tom Marshall, c.r., Peter Landmann et Michel Lapierre, pour les intimés la Régie des alcools de l'Ontario, la Commission des permis d'alcool de l'Ontario et le procureur général de l'Ontario.*

*Roslyn J. Levine, c.r., et Charles D. Johnston, pour l'intimé le procureur général du Canada.*

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

Argumentation écrite seulement par *Alison W. Scott et Brian Seaman, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.*

*Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

*Margaret Unsworth et J. A. Bowron, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*Gérald Tremblay et Madeleine Renaud, pour l'intervenante la Société des alcools du Québec.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>1</sup> IACOBUCCI J. — This appeal raises several questions of which the most important is whether provincial liquor control authorities may charge the appellant airlines a markup on alcohol imported into Canada, stored in bond at customs warehouses, and then loaded onto aircraft for consumption in Canadian airspace. I conclude that, pursuant to federal and provincial legislation, the liquor control authorities may charge the airlines such a markup. A subsidiary issue is whether the respondent the Liquor Control Board of Ontario ("LCBO") should have to make restitution to the appellants of the entire amount of certain fees that were wrongly collected from them, or whether for

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions, dont la plus importante est celle de savoir si les autorités provinciales chargées de la régie des alcools peuvent exiger des compagnies aériennes appelantes un supplément au prix de l'alcool importé au Canada, stocké dans des entrepôts des douanes et ensuite chargé à bord des avions pour fins de consommation dans l'espace aérien canadien. Je conclus que, conformément aux lois fédérales et provinciales, les autorités chargées de la régie des alcools peuvent exiger des compagnies aériennes un tel supplément. Subsidiairement, il s'agit de savoir si l'intimée, la Régie des alcools de l'Ontario («RAO»),

equitable reasons the amount of restitution should be something less than whole. I conclude that restitution should be made of the full amount.

In addition, the appellants pose several minor questions about the delegation of federal authority to the provinces. But in the light of my resolution of the principal issue, I do not need to answer these questions. Other arguments, about the awarding of compound interest and of punitive damages, present no problem: the trial judge acted within his discretion in refusing to award them. Finally, a question arises about whether a province may charge a markup on liquor purchased within its boundaries for consumption elsewhere. The answer to that question is the same as the answer to the first question: it is entirely within a province's competence to charge a markup on liquor purchased within its boundaries.

### 1. Facts

The LCBO enjoys a monopoly over the sale, transportation, delivery, and storage of liquor in Ontario. Three statutes operate together to create and secure this monopoly: the *Liquor Control Act*, R.S.O. 1990, c. L.18, the *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19, and the *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C., 1985, c. I-3 ("IILA"). The *Liquor Control Act* creates the LCBO and gives it authority over dealings with liquor within the province. The *Liquor Licence Act* creates the Liquor Licence Board of Ontario ("LLBO") and gives it the power to licence the keeping of liquor for sale and the selling of liquor. The *IILA* prohibits the importation into a province of liquor that has not been purchased on behalf of and consigned to the government of the province.

The appellants, Air Canada and Canadian Airlines International, provide liquor to their passen-

devrait être tenue de restituer aux appelantes le plein montant de certains droits qui ont été perçus à tort auprès d'elles ou si, pour des raisons d'*equity*, le montant de la restitution devrait être moindre. Je conclus qu'il devrait y avoir restitution du plein montant.

De plus, les appelantes soulèvent plusieurs questions moins importantes au sujet de la délégation d'un pouvoir fédéral aux provinces. Mais compte tenu de la réponse que j'apporte à la question principale, je n'ai pas besoin de trancher ces questions. D'autres arguments, au sujet de l'attribution d'intérêts composés et de dommages-intérêts punitifs, ne posent aucun problème: le juge de première instance a agi conformément à son pouvoir discrétionnaire en refusant de les accorder. Enfin, il y a la question de savoir si une province peut exiger un supplément au prix de l'alcool acheté à l'intérieur de ses frontières pour fins de consommation ailleurs. La réponse à cette question est la même que pour la première question: il relève tout à fait de la compétence d'une province d'exiger un supplément au prix de l'alcool acheté à l'intérieur de ses frontières.

### 1. Les faits

La RAO détient le monopole de la vente, du transport, de la livraison et de l'entreposage d'alcool en Ontario. Trois lois contribuent à établir et à préserver ce monopole: la *Loi sur les alcools*, L.R.O. 1990, ch. L.18, la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, ch. L.19, et la *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. (1985), ch. I-3 («*LIBE*»). La *Loi sur les alcools* crée la RAO et lui confère des pouvoirs en matière de commerce d'alcool dans la province. La *Loi sur les permis d'alcool* crée la Commission des permis d'alcool de l'Ontario et lui donne le pouvoir de délivrer des permis pour la conservation d'alcool en vue d'en faire la vente et pour la vente même d'alcool. La *LIBE* interdit l'importation dans une province de l'alcool qui n'a pas été acheté pour le gouvernement de la province ou qui ne lui est pas consigné.

Les appelantes, Air Canada et Lignes aériennes Canadien International, offrent de l'alcool à leurs

2

3

4

gers. Some of this liquor is placed aboard their aircraft at Pearson International Airport in Ontario. The airlines purchase most of their liquor abroad, though they purchase some in Ontario.

5 Bonded carriers deliver to Pearson liquor that the appellants have purchased abroad for eventual in-flight consumption. At Pearson, the liquor is placed in customs bonded warehouses, where it can remain for up to five years. Federal regulations require the airlines to receive the permission of the LCBO before they may place liquor into these warehouses or remove it from them. The Government of Canada provides for the operation of customs bonded warehouses so that those who have purchased goods abroad may defer the payment of duties and excise taxes until they require the goods.

6 The customs bonded warehouses are divided into three areas: the bonded area, the international area, and the domestic area. Initially all liquor is placed in the bonded area. When it is required for use on an international flight, liquor is moved under seal to the international area. Likewise, when it is required for use on a domestic flight, liquor is moved under seal to the domestic area. Upon entering the domestic area, liquor becomes subject to federal duties and excise taxes. No federal duties or excise taxes are payable on liquor that enters the international area.

7 The practice of the LCBO has been to charge a "markup" on liquor that is transferred to the domestic area but not on liquor that is transferred to the international area. A markup is a margin of profit that the LCBO adds to the value of the alcohol that it sells. In the case of the alcohol held in bond at Pearson, the LCBO takes its markup not on the basis of any actual sale to the airlines, but on the strength of the *IILA*, which, in its view, makes it the owner of all alcohol imported into Ontario, and hence entitles it to extract a profit as

passagers. Une partie de cet alcool est chargée à bord de leurs avions à l'aéroport international Pearson situé en Ontario. Les compagnies aériennes achètent la majeure partie de leur alcool à l'étranger, quoiqu'elles en achètent en Ontario.

Des transporteurs cautionnés livrent à l'aéroport Pearson l'alcool que les appelantes ont acheté à l'étranger en vue de sa consommation éventuelle en vol. À l'aéroport Pearson, l'alcool est stocké dans des entrepôts des douanes, où il peut demeurer entreposé jusqu'à cinq ans. Le règlement fédéral exige que les compagnies aériennes obtiennent l'autorisation de la RAO pour pouvoir stocker l'alcool dans ces entrepôts ou pour les en retirer. Le gouvernement du Canada s'occupe de l'exploitation des entrepôts de stockage des douanes afin que ceux qui ont acheté des marchandises à l'étranger puissent différer le paiement des droits et taxes d'accise jusqu'à ce qu'ils aient besoin de ces marchandises.

Les entrepôts de stockage des douanes se divisent en trois zones: la zone sous douane, la zone des vols internationaux et la zone des vols intérieurs. Au départ, tout l'alcool est placé dans la zone sous douane. Lorsqu'il doit être utilisé à bord d'un vol international, l'alcool est transporté sous scellés dans la zone des vols internationaux. De même, lorsqu'il doit être utilisé à bord d'un vol intérieur, l'alcool est transporté sous scellés dans la zone des vols intérieurs. Lorsqu'il pénètre dans la zone des vols intérieurs, l'alcool devient assujéti aux droits et aux taxes d'accise fédéraux. Aucun droit ni aucune taxe d'accise n'est payable à l'égard de l'alcool qui entre dans la zone des vols internationaux.

La RAO a comme pratique d'exiger un «supplément au prix» de l'alcool transféré dans la zone des vols intérieurs, mais pas au prix de l'alcool transféré dans la zone des vols internationaux. Ce supplément est une marge de profit que la RAO ajoute au prix de l'alcool qu'elle vend. Dans le cas de l'alcool conservé en stockage à l'aéroport Pearson, la RAO établit son supplément non pas en fonction d'une vente réelle aux compagnies aériennes, mais sur la foi de la *LIBE*, qui, à son avis, la rend propriétaire de tout l'alcool importé

the price of conveying the liquor back into the airlines' possession.

Until recently, the appellants held Ontario liquor licences. They believed that provincial law required them to do so. In Ontario, licence holders must pay a charge, called a "gallonage fee", based on the volume of alcohol they purchase. Accordingly, for many years, the LCBO (on behalf of the LLBO) collected gallonage fees from the airlines.

In 1983, a consultant working for an airline called Wardair discovered what he thought was a flaw in Ontario's liquor laws. He concluded that airlines were not required to hold licences under the *Liquor Licence Act*. Wardair confronted the LLBO with this conclusion. The LLBO consulted the Ministry of the Attorney General and received from it the opinion that Ontario probably did not have the authority to require airlines to hold licences for the keeping of liquor intended to be consumed in flight.

There followed a flurry of correspondence. Wardair sought a refund of fees that it claimed it had paid mistakenly to the LCBO. Representatives of the LCBO declined to pay a refund, on the ground that any liquor that Wardair had brought into Ontario had been consigned to the Board by operation of the *IIA*. It is clear that by this time lawyers in the Ministry of the Attorney General had concluded that airlines were not required to be licenced but were subject to the federal statute.

Apparently worried that it could be liable for a considerable sum if the larger airlines were to become aware of the "loophole" in the Ontario legislation, the LCBO reached an agreement with Wardair. Wardair surrendered its liquor licence

en Ontario et lui donne donc le droit de toucher un profit en contrepartie de la remise de l'alcool en la possession des compagnies aériennes.

Jusqu'à tout récemment, les appelantes étaient titulaires de permis d'alcool de l'Ontario. Elles croyaient que la loi provinciale leur imposait cela. En Ontario, les titulaires de permis doivent payer une redevance, appelée [TRADUCTION] «droit sur le nombre de gallons», dont le montant est fixé selon la quantité d'alcool qu'ils achètent. Par conséquent, pendant plusieurs années, la RAO (pour le compte de la Commission des permis d'alcool de l'Ontario) a perçu auprès des compagnies aériennes des droits sur le nombre de gallons.

En 1983, un consultant engagé par une compagnie aérienne appelée Wardair a découvert ce qu'il pensait être une faille dans les lois ontariennes en matière d'alcool. Il a conclu que les compagnies aériennes n'étaient pas tenues de détenir des permis délivrés en vertu de la *Loi sur les permis d'alcool*. Wardair a fait part de cette conclusion à la Commission des permis d'alcool de l'Ontario. Cette dernière a consulté le ministère du Procureur général, qui lui a exprimé l'avis que l'Ontario n'avait probablement pas le pouvoir d'obliger des compagnies aériennes à détenir des permis pour la conservation d'alcool destiné à être consommé en vol.

Une abondante correspondance a suivi. Wardair a demandé le remboursement des droits qu'elle prétendait avoir payés par erreur à la RAO. Les représentants de la RAO ont refusé le remboursement demandé, pour le motif que l'alcool que Wardair avait apporté en Ontario avait été consigné à la Régie en application de la *LIBE*. Il est évident que les avocats du ministère du Procureur général avaient, dès lors, conclu que les compagnies aériennes n'étaient pas tenues de détenir un permis, mais qu'elles étaient assujetties à la loi fédérale.

Apparemment inquiète de devoir peut-être verser une somme considérable si les compagnies aériennes plus importantes devaient apprendre l'existence de la «faille» dans la loi ontarienne, la RAO a conclu une entente avec Wardair. Cette der-

8

9

10

11

and, from January 1, 1984, stopped paying markups and gallonage fees. It seems that a lawyer employed by the LCBO agreed that Wardair would not have to pay markups so long as it kept the arrangement secret. Subsequently, the LCBO attempted only once, in March of 1984, to collect markups from Wardair. Wardair did not pay and the LCBO did not pursue the matter.

12 In 1989, Wardair merged with Canadian Airlines International. At that time, Canadian learned that Wardair did not hold a liquor licence in Ontario and had not paid markups or gallonage fees since January 1, 1984. For obvious reasons, Canadian was interested in securing the same treatment for its own operations in Ontario. The LCBO for its part refused to concede that it had ever released Wardair from the obligation to pay markups. In the result, Canadian agreed to continue paying markups, but only under protest.

13 In 1990, the LCBO informed the airlines that it would not approve the storage of liquor in customs bonded warehouses at Pearson unless the airlines acknowledged in written applications that the liquor they brought into Ontario was subject to the *IILA*. Air Canada signed the application. Canadian signed under protest.

## 2. Relevant Statutory Provisions

14 The *Liquor Control Act* confers on the LCBO a monopoly over the sale, transportation, delivery, and storage of liquor within the province:

3. The purposes of the [Liquor Control] Board [of Ontario] are, and it has power,

- (a) to buy, import and have in its possession for sale, and to sell, liquor and other products containing alcohol and non-alcoholic beverages;
- (b) to control the sale, transportation and delivery of liquor;

nière a abandonné son permis d'alcool et, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1984, a cessé de payer des suppléments et des droits sur le nombre de gallons. Il semble qu'un avocat employé par la RAO ait convenu que Wardair ne serait pas tenue de payer les suppléments aussi longtemps qu'elle garderait l'entente secrète. Par la suite, la RAO a tenté une seule fois, en mars 1984, de percevoir des suppléments auprès de Wardair. Celle-ci n'a pas payé et la RAO n'a pas insisté.

En 1989, Wardair a fusionné avec les Lignes aériennes Canadien international. À l'époque, Canadien a appris que Wardair n'était pas titulaire d'un permis d'alcool de l'Ontario et n'avait payé aucun supplément ni droit sur le nombre de gallons depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Pour des raisons évidentes, la société Canadien international était intéressée à bénéficier du même traitement pour sa propre entreprise en Ontario. La RAO a refusé, quant à elle, d'admettre qu'elle avait jamais dispensé Wardair de l'obligation de payer des suppléments. En définitive, Canadien a accepté de continuer à payer des suppléments, mais sous toutes réserves seulement.

En 1990, la RAO a informé les compagnies aériennes qu'elle n'approuverait le stockage d'alcool dans les entrepôts des douanes à l'aéroport Pearson que si les compagnies aériennes reconnaissent, dans des demandes par écrit, que l'alcool qu'elles apportaient en Ontario était assujéti à la *LIBE*. Air Canada a signé la demande. Canadien a signé sous toutes réserves.

## 2. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 3 de la *Loi sur les alcools* confère à la RAO le monopole de la vente, du transport, de la livraison et de l'entreposage d'alcool dans la province:

3. Les pouvoirs et les buts de la Régie [des alcools de l'Ontario] sont les suivants:

- a) acheter, importer, détenir aux fins de vente et vendre des boissons alcooliques et autres produits contenant de l'alcool ainsi que des boissons non alcooliques;
- b) surveiller la vente, le transport et la livraison des boissons alcooliques;

(c) to make provision for the maintenance of warehouses for liquor and to control the keeping in and delivery from any such warehouses;

Section 1 of the *Liquor Licence Act* defines “liquor” as follows:

1. In this Act,

“liquor” means spirits, wine and beer or any combination thereof and includes any alcohol in a form appropriate for human consumption as a beverage, alone or in combination with any other matter;

Section 5 of the same Act forbids the sale of liquor in Ontario except under the authority of a licence and s. 27 forbids the purchase of alcohol except from the Government of Ontario or from a licensed seller:

5. — (1) No person shall keep for sale, offer for sale or sell liquor except under the authority of a licence or permit to sell liquor or under the authority of a manufacturer’s licence.

27. No person shall purchase liquor except from a government store or from a person authorized by licence or permit to sell liquor.

The *ILIA* lends federal power to the provinces to cement their liquor monopolies. Section 2 defines “intoxicating liquor” and “province”:

2. In this Act,

“intoxicating liquor” means any liquor that is, by the law of the province for the time being in force, deemed to be intoxicating liquor and that it is unlawful to sell or have in possession without a permit or other authority of the government of the province or any board, commission, officer or other governmental agency authorized to issue the permit or grant the authority;

“province” means any province in which there is in force an Act giving the government of the province or any board, commission, officer or other governmental agency control over the sale of intoxicating liquor therein.

c) pouvoir à l’entretien des entrepôts de boissons alcooliques, surveiller l’entreposage dans ces entrepôts et vérifier les livraisons qui s’effectuent à partir de ceux-ci;

L’article 1 de la *Loi sur les permis d’alcool* définit ainsi le mot «alcool»:

1. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«alcool» Spiritueux, vin, bière ou combinaison de ceux-ci, y compris l’éthanol propre à la consommation humaine, soit comme boisson seule ou mêlée à une autre substance.

L’article 5 de la même loi interdit la vente d’alcool en Ontario si ce n’est en vertu d’un permis en ce sens, et l’art. 27 interdit l’achat d’alcool sauf du gouvernement de l’Ontario ou d’un vendeur autorisé:

5. (1) Nul ne doit conserver pour la vente, mettre en vente ou vendre de l’alcool si ce n’est en vertu d’un permis de vente d’alcool, d’un permis de circonstance pour la vente d’alcool ou d’un permis de fabricant.

27. Nul ne doit acheter de l’alcool, sauf d’un magasin du gouvernement ou d’un titulaire de permis ou de permis de circonstance l’autorisant à vendre de l’alcool.

La *LIBE* cède aux provinces un pouvoir fédéral afin de consolider leur monopole de l’alcool. L’article 2 définit les termes «boisson enivrante» et «province»:

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

«boisson enivrante» Toute boisson réputée boisson enivrante d’après le droit d’une province alors en vigueur, qu’il est illégal de vendre ou d’avoir en sa possession sans un permis ou autre autorisation du gouvernement de la province ou d’un fonctionnaire ou organisme du gouvernement ayant qualité pour délivrer ce permis ou accorder cette autorisation.

«province» Toute province où est en vigueur une loi conférant au gouvernement de la province, ou à tout fonctionnaire ou organisme du gouvernement la régie de la vente des boissons enivrantes dans cette province.

15

16

Section 3 *IIA* consigns all alcohol imported into a province to that province's liquor control authority. Subsection (2) takes certain transactions outside this scheme:

3. (1) Notwithstanding any other Act or law, no person shall import, send, take or transport, or cause to be imported, sent, taken or transported, into any province from or out of any place within or outside Canada any intoxicating liquor, except such as has been purchased by or on behalf of, and that is consigned to Her Majesty or the executive government of, the province into which it is being imported, sent, taken or transported, or any board, commission, officer or other governmental agency that, by the law of the province, is vested with the right of selling intoxicating liquor.

(2) The provisions of subsection (1) do not apply to

(a) the carriage or transportation of intoxicating liquor into and through a province by means only of a common carrier by water or by railway, including any necessary transfer by truck from railway car to ship or vice versa, if, during the time the intoxicating liquor is being so carried or transported, the package or vessel containing the intoxicating liquor is not opened or broken or any of the intoxicating liquor drunk or used therefrom;

17 Section 13 of the *Customs Bonded Warehouses Regulations*, SOR/86-1063, provides for the receipt of alcohol into and the transfer of alcohol from customs bonded warehouses:

13. No intoxicating liquor shall be received in or transferred from a bonded warehouse in a province unless the licensee has obtained written approval to receive or transfer the intoxicating liquor from the board, commission or agency authorized by the laws of that province to sell or authorize the sale of intoxicating liquor in that province.

### 3. Judgments in Appeal

A. *Ontario Court (General Division)* (1994), 2 G.T.C. 7186

L'article 3 *LIBE* consigne tout l'alcool importé dans une province aux autorités de cette province chargées de la régie des alcools. Le paragraphe (2) soustrait certaines opérations à ce régime:

3. (1) Nonobstant toute autre loi, nul ne peut importer, envoyer, apporter ou transporter, ou faire importer, envoyer, apporter ou transporter dans une province de la boisson enivrante provenant d'un endroit situé au Canada ou à l'étranger, sauf si cette boisson a été achetée par ou pour Sa Majesté ou le gouvernement de la province où elle est importée, envoyée, apportée ou transportée, ou un fonctionnaire ou organisme du gouvernement qui, en vertu du droit de la province, est revêtu du droit de vendre de la boisson enivrante, et si la boisson lui est consignée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) au voiturage ou transport de boisson enivrante dans et à travers une province uniquement par l'intermédiaire d'un voiturier public par eau ou par chemin de fer, y compris tout transfert nécessaire par camion d'un wagon de chemin de fer à un navire ou vice versa, si, pendant que la boisson enivrante est ainsi apportée ou transportée, le colis ou vaisseau contenant la boisson enivrante n'est pas ouvert ni brisé, ou si la boisson enivrante qui en provient n'est ni bue ni consommée;

L'article 13 du *Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes*, DORS/86-1063, prévoit la réception d'alcool dans des entrepôts de stockage des douanes et le transfert d'alcool de ces entrepôts:

13. Il est interdit à l'exploitant de recevoir dans un entrepôt de stockage situé dans une province ou de transférer d'un tel entrepôt des boissons alcoolisées sans en avoir obtenu l'autorisation écrite de la régie, de la commission ou de l'organisme autorisé par les lois de cette province à vendre des boissons alcoolisées ou à en permettre la vente dans cette province.

### 3. Les jugements portés en appel

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1994), 2 G.T.C. 7186

Les compagnies aériennes ont demandé à la Cour de justice de l'Ontario de décider si les diverses lois en matière d'alcool leur étaient applicables. De plus, elles cherchaient à se faire resti-

18 The airlines asked the Ontario Court of Justice to determine the applicability of the various liquor statutes to them. In addition, they sought to recover in restitution monies that they had paid to the

LCBO and LLBO on the mistaken understanding that they were required to do so.

Saunders J. found that the airlines were not required to hold licences to acquire and handle liquor for in-flight consumption. He pointed out that s. 5 of the *Liquor Licence Act* mandates licences only for those who are keeping liquor for sale, offering it for sale, or selling it. Saunders J. reasoned that this could not mean more than that licences are required to keep liquor for sale in Ontario, because without the geographical qualification s. 5 would be *ultra vires* the province. Ontario, he thought, could not require licences for the keeping of liquor for sale outside Ontario, because to do so would be to “affect and interfere with the export of liquor from Ontario” (p. 7191); and the export of liquor across a provincial boundary is a matter of exclusive federal competence.

It followed, in Saunders J.’s judgment, that the LCBO was not entitled to collect gallonage fees from the airlines.

Having found that the airlines were not required to hold licences in respect of their liquor-provisioning operations, Saunders J. concluded that liquor purchased abroad by the airlines and brought into bond at Pearson was not subject to the *IIA*. He based his conclusion on the definition of “intoxicating liquor” that appears in the federal statute. “Intoxicating liquor”, for purposes of the *IIA*, is liquor that provincial law deems to be intoxicating and “that it is unlawful to sell or have in possession” without a licence. Because the airlines did not require a licence to possess the liquor they kept in bond at Pearson, that liquor was not “intoxicating” within the meaning of the *IIA* and therefore was not subject to its provisions. From this it followed that the LCBO was not entitled to

tuer les sommes qu’elles avaient payées à la RAO et à la Commission des permis d’alcool de l’Ontario en croyant à tort qu’elles étaient tenues de le faire.

Le juge Saunders a conclu que les compagnies aériennes n’étaient pas tenues de détenir des permis pour acquérir et manutentionner de l’alcool pour fins de consommation en vol. Il a souligné que l’art. 5 de la *Loi sur les permis d’alcool* ne prescrit des permis qu’à ceux qui conservent pour la vente, mettent en vente ou vendent de l’alcool. Le juge Saunders a estimé que cela pouvait seulement signifier que des permis sont requis pour conserver de l’alcool en vue de le vendre en Ontario, parce que, sans la restriction qu’il apporte sur le plan géographique, l’art. 5 outrepasserait les pouvoirs de la province. L’Ontario, pensait-il, ne pouvait pas exiger des permis pour la conservation d’alcool en vue de sa vente à l’extérieur de l’Ontario, parce que cela [TRADUCTION] «influerait et empiéterait sur l’exportation d’alcool à partir de l’Ontario» (p. 7191), et l’exportation d’alcool par une frontière provinciale relève exclusivement de la compétence fédérale.

Il s’ensuivait, selon le juge Saunders, que la RAO n’avait pas le droit de percevoir des droits sur le nombre de gallons auprès des compagnies aériennes.

Après avoir décidé que les compagnies aériennes n’étaient pas tenues de détenir des permis pour leurs approvisionnements en alcool, le juge Saunders a conclu que l’alcool acheté à l’étranger par les compagnies aériennes et stocké à l’aéroport Pearson n’était pas assujéti à la *LIBE*. Il a fondé sa conclusion sur la définition de l’expression «boisson enivrante» qui figure dans la loi fédérale. Une «boisson enivrante», aux fins de la *LIBE*, est toute boisson réputée enivrante par le droit d’une province et «qu’il est illégal de vendre ou d’avoir en sa possession» sans permis. Comme les compagnies aériennes n’avaient pas besoin de permis pour avoir en leur possession l’alcool qu’elles conservaient en stockage à l’aéroport Pearson, cet alcool n’était pas une «boisson enivrante» au sens de la *LIBE* et n’était donc pas assujéti aux dispositions de cette loi. Il s’ensuivait que

19

20

21

charge a markup on the liquor that the airlines kept in bond at Pearson.

22 Saunders J. expressly rejected the airlines' argument, advanced in the alternative, that liquor held in bond at Pearson was not "in" Ontario. He could not accept the U.S. position, that items stored in a customs bonded warehouse are juridically not in the jurisdiction in which the warehouse is located.

23 Saunders J. also rejected the airlines' argument that they, as federal undertakings, are not subject to provincial liquor monopolies. He was willing to assume for the sake of argument that the provision of liquor is an integral part of the airlines' undertaking, but he found nevertheless that the airlines are subject to valid provincial laws.

24 Turning to the question of restitution, Saunders J. found that the province was liable to the airlines for the amount of gallonage fees and markups paid since January 1, 1984. However, he restricted the period of recovery on the basis of equitable considerations. In his view, the fact that until the end of 1983 all the parties had believed that the gallonage fees and markups were validly imposed was sufficient reason not to order restitution of monies collected prior to that date.

25 Saunders J. decided that, on the facts before him, neither punitive damages nor compound interest was warranted.

B. *Ontario Court of Appeal* (1995), 24 O.R. (3d) 403

26 The LCBO and allied parties appealed from Saunders J.'s judgment. The Court of Appeal allowed the appeal in part.

la RAO n'avait pas le droit d'exiger un supplément au prix de l'alcool que les compagnies aériennes conservaient en stockage à l'aéroport Pearson.

Le juge Saunders a rejeté expressément l'argument subsidiaire des compagnies aériennes, selon lequel l'alcool conservé en stockage à l'aéroport Pearson n'était pas «en» Ontario. Il ne pouvait accepter le point de vue américain, selon lequel les articles conservés dans un entrepôt de stockage des douanes ne se trouvent pas juridiquement dans le ressort où l'entrepôt est situé.

Le juge Saunders a également rejeté l'argument des compagnies aériennes voulant qu'à titre d'entreprises fédérales elles ne soient pas assujetties aux monopoles des provinces en matière d'alcool. Il était disposé à présumer, pour les fins de la discussion, que la fourniture d'alcool fait partie intégrante de l'exploitation des compagnies aériennes, mais il a néanmoins conclu que ces dernières sont assujetties aux lois provinciales valides.

Quant à la question de la restitution, le juge Saunders a décidé que la province était responsable envers les compagnies aériennes du montant des droits sur le nombre de gallons et des suppléments payés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Cependant, il a limité la période de remboursement pour des motifs d'*equity*. À son avis, le fait que, jusqu'à la fin de 1983, toutes les parties aient cru que les droits sur le nombre de gallons et les suppléments étaient imposés valablement constituait une raison suffisante de ne pas ordonner la restitution des sommes perçues avant cette date.

Le juge Saunders a statué que, selon les faits dont il était saisi, l'attribution de dommages-intérêts punitifs et d'intérêts composés n'était pas justifiée.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403

La RAO et les parties qui se sont jointes à elle en ont appelé du jugement du juge Saunders. La Cour d'appel a accueilli leur appel en partie.

Because the LCBO and LLBO conceded that airlines did not require licences to acquire and handle liquor for in-flight consumption, Robins J.A. accepted that no licences were required. However, he did not accept Saunders J.'s reasoning on this point. In the Court of Appeal's view, the only reason that licences were not required is that Ontario had no applicable class of liquor licence. The licences that the airlines held before this dispute arose were of a class known as "liquor sales licences". Such licences authorize "the sale and service of liquor for consumption on the premises to which the licence applies". Because airborne premises are not within Ontario, ordinary liquor sales licences cannot apply to them. What would be needed to bring the airlines within the scheme of the *Liquor Licence Act* would be a class of licence that authorizes the keeping of liquor in Ontario. But as matters stood during the relevant period, Ontario law recognized no licence of that kind.

The Court of Appeal expressly declined to endorse Saunders J.'s conclusion that the requirement of a licence to keep liquor in Ontario for sale outside the province would be an unconstitutional interference with a federal power.

Neither did the Court of Appeal accept Saunders J.'s finding that liquor kept in bond is not "intoxicating liquor" within the meaning of the *IIA*. Relying on an extensive legislative history, Robins J.A. concluded that the qualifying words "that it is unlawful to sell or have in possession without a permit" were included in the definition of "intoxicating liquor" to distinguish between provinces in which liquor was prohibited and provinces in which liquor was merely controlled. He pointed out that if the definition contained no reference to licences, then the *IIA* might have been interpreted to permit the importation of liquor into "dry" provinces. Robins J.A. admitted that the

Comme la RAO et la Commission des permis d'alcool de l'Ontario ont admis que les compagnies aériennes n'avaient pas besoin de permis pour acquérir et manutentionner de l'alcool pour fins de consommation en vol, le juge Robins a reconnu qu'aucun permis n'était requis. Toutefois, il n'a pas retenu le raisonnement du juge Saunders sur ce point. Selon la Cour d'appel, la seule raison pour laquelle aucun permis n'était requis est que l'Ontario ne disposait d'aucune catégorie applicable de permis d'alcool. Les permis que les compagnies aériennes détenaient avant la naissance du présent litige relevaient d'une catégorie désignée sous le nom de «permis de vente d'alcool». Ces permis permettent [TRADUCTION] «de vendre et de servir de l'alcool pour consommation dans les lieux auxquels le permis s'applique». Vu que les lieux aéroportés ne se trouvent pas en Ontario, les permis ordinaires de vente d'alcool ne peuvent pas s'y appliquer. Ce qu'il faudrait pour que les compagnies aériennes relèvent du régime de la *Loi sur les permis d'alcool*, ce serait une catégorie de permis autorisant la conservation d'alcool en Ontario. Mais, au point où en étaient les choses durant l'époque en cause, le droit ontarien ne reconnaissait aucun permis de ce genre.

La Cour d'appel a refusé expressément de souscrire à la conclusion du juge Saunders que l'obligation de détenir un permis pour conserver de l'alcool en Ontario en vue de le vendre à l'extérieur de la province constituerait un empiètement inconstitutionnel sur un pouvoir fédéral.

La Cour d'appel n'a pas accepté non plus la conclusion du juge Saunders que l'alcool conservé en stockage ne constitue pas une «boisson enivrante» au sens de la *LIBE*. Invoquant un long historique des textes législatifs, le juge Robins a statué que la nuance «qu'il est illégal de vendre ou d'avoir en sa possession sans un permis» était incluse dans la définition de «boisson enivrante» afin d'établir une distinction entre les provinces où l'alcool était interdit et celles où l'alcool était simplement régi. Il a souligné que, si la définition ne faisait pas allusion aux permis, la *LIBE* aurait alors pu être interprétée comme permettant l'importation d'alcool dans les provinces «prohibitionnis-

27

28

29

language is now surplus, because all provinces permit the consumption of alcohol; but the evolution of the words into a vestige did not change their original meaning. The words in question distinguish among provinces, not kinds of liquor.

30 Robins J.A. observed further that the interpretation accepted by Saunders J. would render s. 3(2)(a) *IILA* superfluous. Section 3(2)(a) allows that a common carrier may take liquor through a province without having to consign it to any provincial authority. Because common carriers typically do not require licences to carry alcohol, on Saunders J.'s understanding of the definition of "intoxicating liquor" such carriers would not be caught by the *IILA* in any event. That Parliament thought it necessary to declare that common carriers are not subject to the *IILA* suggests that it did not understand the definition of "intoxicating liquor" in the same way as Saunders J. did.

31 For the same reasons that Saunders J. gave, the Court of Appeal rejected the airlines' submission that liquors held in bond at Pearson were not "in" Ontario. To Robins J.A.'s mind, "[t]he applicable legislation does not treat a bonded warehouse as a sort of foreign embassy" (p. 420).

32 The Court of Appeal also agreed with Saunders J. in rejecting the airlines' claim that as federal undertakings they are not subject to provincial liquor laws, though it did so for reasons slightly different from those given at first instance. Whereas the trial judge was willing to accept for the sake of argument that the provision of liquor is an integral part of the airlines' undertaking, the Court of Appeal was not so credulous. Robins J.A. observed that Ontario's liquor laws do not "under-

tes». Le juge Robins a admis que le texte est désormais superflu, parce que toutes les provinces permettent la consommation d'alcool; mais le fait qu'il soit devenu un vestige du passé ne changeait rien à son sens initial. Les mots en question établissent une distinction entre des provinces et non pas entre des types d'alcool.

Le juge Robins a fait observer, en outre, que l'interprétation acceptée par le juge Saunders rendrait superflu l'al. 3(2)a) *LIBE*. Cet alinéa permet aux voituriers publics de transporter de l'alcool dans une province sans avoir à le consigner à quelque autorité provinciale. Comme les voituriers publics n'ont habituellement pas besoin d'un permis pour le transport d'alcool, selon la façon dont le juge Saunders interprète la définition de «boisson enivrante», ceux-ci ne seraient pas soumis à la *LIBE* de toute manière. Le fait que le Parlement ait jugé nécessaire de déclarer que les voituriers publics ne sont pas assujettis à la *LIBE* porte à croire qu'il ne saisissait pas la définition de «boisson enivrante» de la même façon que le juge Saunders.

Pour les mêmes motifs que le juge Saunders, la Cour d'appel a rejeté l'argument des compagnies aériennes selon lequel l'alcool conservé en stockage à l'aéroport Pearson ne se trouvait pas «en» Ontario. D'après le juge Robins, [TRADUCTION] «[I]a loi applicable ne traite pas un entrepôt de stockage comme une sorte d'ambassade étrangère» (p. 420).

La Cour d'appel était également d'accord avec le juge Saunders pour rejeter la prétention des compagnies aériennes selon laquelle, en tant qu'entreprises fédérales, elles n'étaient pas assujetties aux lois provinciales sur l'alcool, bien que ce fût pour des motifs légèrement différents de ceux exposés en première instance. Alors que le juge de première instance était prêt à admettre, pour les fins de la discussion, que la fourniture d'alcool fait partie intégrante de l'exploitation des compagnies aériennes, la Cour d'appel n'était pas aussi disposée à le croire. Le juge Robins a fait remarquer que les lois ontariennes sur l'alcool n'ont pas pour effet [TRADUCTION] «de miner ou d'entraver une partie

mine or impair a vital part of the management or operation of the airlines' undertaking" (p. 424).

Before proceeding to the question of restitution, the Court of Appeal rejected the LLBO's argument that the airlines were liable to pay gallonage fees merely by virtue of the fact that they held licences, whether they were required to hold licences or not. Robins J.A. pointed out that the regulation authorizing the collection of gallonage fees authorizes the collection of fees only with respect to liquor "purchased for sale or consumption under the licence". Because the airlines did not purchase any liquor for sale and consumption under the licence, they were not liable to pay gallonage fees.

Taking his cue from the reasons of La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, Robins J.A. concluded that the airlines were entitled to recover the gallonage fees that they had paid. Because the LCBO had lawfully collected the markups, no question of restitution arose with respect to them.

In the Court of Appeal's view, the erroneous payments of gallonage fees were the result of a misapplication of the law. Restitution of them would not be a windfall to the airlines because, as Saunders J. found, the airlines did not pass the increased cost of liquor on to passengers in the form of increased ticket prices.

However, the Court of Appeal decided that the airlines were entitled to restitution only of the erroneous payments made after January 1, 1984. Before that date, the LCBO and LLBO were no more aware of the error of law than were the airlines. And indeed, the responsibility for looking into the validity of the payments lay with the airlines and not with the LCBO or LLBO. It was only after Wardair had drawn the matter to their atten-

vitale de la gestion ou de l'exploitation des compagnies aériennes» (p. 424).

Avant de passer à la question de la restitution, la Cour d'appel a rejeté l'argument de la Commission des permis d'alcool de l'Ontario selon lequel les compagnies aériennes étaient tenues de payer des droits sur le nombre de gallons du seul fait qu'elles étaient titulaires de permis, qu'elles fussent ou non obligées d'en être titulaires. Le juge Robins a souligné que le règlement autorisant la perception de droits sur le nombre de gallons n'autorise la perception de droits qu'en ce qui concerne l'alcool [TRADUCTION] «acheté pour la vente ou la consommation en vertu du permis». Comme les compagnies aériennes n'achetaient pas d'alcool à des fins de vente et de consommation en vertu du permis, elles n'étaient pas obligées de payer des droits sur le nombre de gallons.

S'inspirant des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, le juge Robins a conclu que les compagnies aériennes pouvaient recouvrer les droits qu'elles avaient payés sur le nombre de gallons. Vu que la RAO avait perçu légalement les suppléments, la question de la restitution ne se posait pas à leur égard.

Selon la Cour d'appel, les paiements erronés de droits sur le nombre de gallons résultaient d'une mauvaise application de la loi. Leur restitution ne constituerait pas un gain fortuit pour les compagnies aériennes, car, comme l'a décidé le juge Saunders, les compagnies aériennes ne refilaient pas aux passagers le coût majoré de l'alcool, sous forme d'augmentation du prix des billets.

Cependant, la Cour d'appel a jugé que les compagnies aériennes n'avaient droit qu'à la restitution des paiements erronés faits après le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Avant cette date, la RAO et la Commission des permis d'alcool de l'Ontario n'étaient pas plus au courant de l'erreur de droit que ne l'étaient les compagnies aériennes. Et en fait, il incombait aux compagnies aériennes, et non pas à la RAO ou à la Commission des permis d'alcool de l'Ontario, de vérifier la validité des paiements. C'est seulement après que Wardair eut porté l'affaire à leur atten-

33

34

35

36

tion that the provincial liquor authorities became responsible for the erroneous payments.

37

The Court of Appeal also set aside Saunders J.'s declaration that the airlines are not subject to the provincial retail sales tax, and rejected the airlines' claims that punitive damages should be awarded and that interest on the amount awarded should be compounded.

#### 4. Issues

38

Several issues arise in this appeal. The first is whether the *IIA* applies to liquor that the airlines purchased abroad and kept in bond in warehouses at Pearson International Airport. A subsidiary issue is whether provincial authorities should be permitted to make the giving of their permission under s. 13 of the *Customs Bonded Warehouses Regulations* conditional upon the payment of markups. The second issue is a constitutional one, which this Court stated in the following terms:

Are the *Liquor Control Act*, R.S.O. 1990, c. L.18, ss. 1, 2, 3, 5 and 8, the *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19, ss. 1, 2, 5, 6, 11, 12, 22, 27, 42 and 62 and Ontario Regulations, R.R.O. 1990, Regs. 717, 718, 719 and 720, *ultra vires* or constitutionally inapplicable to the appellant airlines' liquor provisioning system?

The third issue is whether the airlines should be entitled to recover only monies paid to provincial authorities after January 1, 1984, or whether monies paid before that date should be recoverable as well. The fourth issue is whether the trial judge erred in deciding that punitive damages and compound interest should not be awarded. The fifth issue is whether s. 27 of the *Liquor Licence Act* bars the appellants from purchasing alcohol directly from Ontario liquor manufacturers.

tion que les autorités provinciales chargées de la régie des alcools sont devenues responsables des paiements effectués par erreur.

La Cour d'appel a également annulé le jugement du juge Saunders déclarant que les compagnies aériennes ne sont pas assujetties à la taxe provinciale de vente au détail, et a rejeté les prétentions des compagnies aériennes selon lesquelles des dommages-intérêts punitifs devraient leur être accordés et les intérêts payables sur le montant accordé devraient être composés.

#### 4. Les questions en litige

Il se pose plusieurs questions en l'espèce. La première question est de savoir si la *LIBE* s'applique à l'alcool que les compagnies aériennes ont acheté à l'étranger et conservé en stockage dans des entrepôts à l'aéroport international Pearson. Il s'agit subsidiairement de savoir si les autorités provinciales devraient pouvoir subordonner leur permission aux termes de l'art. 13 du *Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes*, au paiement de suppléments. La deuxième question est une question constitutionnelle que notre Cour a formulée ainsi:

Les articles 1, 2, 3, 5 et 8 de la *Loi sur les alcools*, L.R.O. 1990, ch. L.18, les art. 1, 2, 5, 6, 11, 12, 22, 27, 42 et 62 de la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, ch. L.19, et les règlements 717, 718, 719 et 720 des *Règlements de l'Ontario*, R.R.O. 1990, sont-ils *ultra vires* ou constitutionnellement inapplicables au système d'approvisionnement en alcool des compagnies aériennes appelantes?

La troisième question est de savoir si les compagnies aériennes devraient avoir le droit de recouvrer seulement les montants payés aux autorités provinciales après le 1<sup>er</sup> janvier 1984, ou si les montants payés avant cette date devraient être recouvrables également. La quatrième question est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en décidant qu'il n'y avait lieu d'accorder ni des dommages-intérêts punitifs ni des intérêts composés. La cinquième question est de savoir si l'art. 27 de la *Loi sur les permis d'alcool* interdit aux appelantes d'acheter de l'alcool directement de distilleries ontariennes.

## 5. Analysis

A. *Whether the IILA Applies to the Liquor Held in Bond*(1) The Definition of “Intoxicating Liquor”

The appellants offer several reasons why the *IILA* should not apply to liquor that they purchase abroad and keep in bond at Pearson. The first reason is the one that Saunders J. accepted and that the Court of Appeal rejected: that, for purposes of the *IILA*, intoxicating liquors are only those that cannot be kept in a province without a permit. Because the respondents concede that airlines may keep their liquor in Ontario without a licence, goes the argument, it follows that that liquor is not intoxicating liquor within the meaning of the *IILA*.

The answer to this argument lies in the language of the statutory definition. The *IILA* provides, in s. 2, that

“intoxicating liquor” means any liquor that is, by the law of the province for the time being in force, deemed to be intoxicating liquor and that it is unlawful to sell or have in possession without a permit or other authority of the government of the province or any board, commission, officer or other governmental agency authorized to issue the permit or grant the authority; [Emphasis added.]

Reading this definition, I am not certain that the appellants’ argument even gets off the ground. Though it is true that the appellants required no licence to keep their liquor in Ontario, it is equally true that if they had wished to sell that liquor in Ontario they could have done so only under authority of a licence. Literally, then, the liquor that the appellants kept in bond at Pearson is liquor that “it is unlawful to sell . . . without a permit or other authority”. Because the language about sale and possession is disjunctive, it is irrelevant that the appellants were able to possess the liquor without a licence. That they would have needed a licence to sell it is enough.

## 5. Analyse

A. *La LIBE s’applique-t-elle à l’alcool conservé en stockage?*(1) La définition de «boisson enivrante»

Les appelantes énoncent plusieurs raisons pour lesquelles la *LIBE* ne devrait pas s’appliquer à l’alcool qu’elles achètent à l’étranger et conservent en stockage à l’aéroport Pearson. La première raison est celle que le juge Saunders a acceptée et que la Cour d’appel a rejetée, c’est-à-dire qu’aux fins de la *LIBE* les boissons enivrantes sont seulement celles qui ne peuvent pas être conservées sans permis dans une province. Comme les intimés reconnaissent que les compagnies aériennes peuvent conserver leur alcool sans permis en Ontario, fait-on valoir, il s’ensuit que cet alcool n’est pas de la boisson enivrante au sens de la *LIBE*.

La réponse à cet argument se trouve dans le texte de la définition contenue dans la Loi. L’article 2 *LIBE* prévoit que:

«boisson enivrante» Toute boisson réputée boisson enivrante d’après le droit d’une province alors en vigueur, qu’il est illégal de vendre ou d’avoir en sa possession sans un permis ou autre autorisation du gouvernement de la province ou d’un fonctionnaire ou organisme du gouvernement ayant qualité pour délivrer ce permis ou accorder cette autorisation. [Je souligne.]

À la lecture de cette définition, je ne suis pas certain que l’argument des appelantes soit même fondé. Bien qu’il soit vrai que les appelantes n’avaient besoin d’aucun permis pour conserver leur alcool en Ontario, il est tout aussi vrai que, si elles avaient voulu vendre cet alcool en Ontario, elles n’auraient pu le faire qu’en vertu d’un permis. Alors, au sens littéral, l’alcool que les appelantes conservaient en stockage à l’aéroport Pearson est de l’alcool qu’«il est illégal de vendre [. . .] sans un permis ou autre autorisation». Parce que le libellé au sujet de la vente et de la possession est disjonctif, il est sans importance que les appelantes aient été capables d’avoir l’alcool en leur possession sans permis. Le fait qu’elles auraient besoin d’un permis pour le vendre suffit.

39

40

41

42 It is also irrelevant that the appellants did not in fact intend to sell their liquor in Ontario. The operation of the *IILA* is triggered not by an actual sale of liquor but by the simple hypothesis or possibility of sale. In determining whether the *IILA* is applicable, the relevant question is whether a permit would be required in the event of sale or possession, not whether a permit actually will be needed.

43 If it were otherwise then the *IILA* would become applicable not at the moment of importation, as it is clear from s. 3(2) that it was intended to do, but at the moment of sale; and by that time the liquor would already be well within provincial jurisdiction and so beyond the area of exclusive federal jurisdiction within which the *IILA* was intended to operate. The *IILA* would then be needless: it would be a federal attempt to secure for the provinces a jurisdiction that they already have.

44 More generally, if the *IILA* were understood to apply only to liquor in respect of which a permit actually will be required, then the Act would serve no purpose. As all the parties concede, and as the historical record makes clear, Parliament enacted the *IILA* to assist the provinces in their efforts to control the traffic in liquor. See *House of Commons Debates*, vol. II, 2nd sess., 16th Parl., April 27, 1928, at p. 2482. Therefore, the *IILA* must confer a power on the provinces that, without the intervention of the federal government, they would not have. Otherwise the *IILA* would not make any distinctively federal contribution to the securing of the provincial liquor monopolies.

45 Almost by definition the provinces have power over any alcohol for the possession of which they can require a permit. If they did not have such power, they would not be able to require permits. Therefore, if the *IILA* applied only to those particular quantities of alcohol in respect of which a permit actually is or will be required, then it would concern matters that are already entirely within the jurisdiction of the provinces. The *IILA* would then be a very strange creature indeed: an act that pur-

Il est également sans importance que les appelantes n'aient pas effectivement eu l'intention de vendre leur alcool en Ontario. L'élément qui déclenche l'application de la *LIBE* est non pas la vente réelle d'alcool, mais la simple hypothèse ou possibilité d'une vente. Pour déterminer si la *LIBE* est applicable, il faut se demander si un permis serait requis en cas de vente ou de possession, et non pas si un permis sera vraiment requis.

S'il en était autrement, la *LIBE* deviendrait alors applicable non pas au moment de l'importation, comme il ressort nettement du par. 3(2) que c'était là le but visé, mais au moment de la vente, et à ce moment-là, l'alcool relèverait déjà de la compétence de la province et serait hors du domaine de compétence fédérale exclusive dans lequel la *LIBE* était destinée à s'appliquer. La *LIBE* serait alors inutile: elle représenterait une tentative du gouvernement fédéral d'accorder aux provinces un pouvoir qu'elles ont déjà.

De façon plus générale, si la *LIBE* était considérée comme ne s'appliquant qu'à l'alcool pour lequel un permis est vraiment requis, la Loi serait inutile. Comme toutes les parties le reconnaissent et comme le dossier historique le montre clairement, le Parlement a adopté la *LIBE* pour aider les provinces à régir le commerce de l'alcool. Voir les *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 2<sup>e</sup> sess., 16<sup>e</sup> lég., le 27 avril 1928, à la p. 2464. Par conséquent, la *LIBE* doit conférer aux provinces un pouvoir que, sans l'intervention du gouvernement fédéral, elles n'auraient pas. Sinon, la *LIBE* n'apporterait aucune contribution nettement fédérale à l'acquisition du monopole de l'alcool par les provinces.

Les provinces ont, presque par définition, compétence sur tout alcool pour la possession duquel elles peuvent exiger un permis. Si elles n'avaient pas une telle compétence, elles ne pourraient pas exiger des permis. Donc, si la *LIBE* ne s'appliquait qu'aux quantités particulières d'alcool à l'égard desquelles un permis est ou sera requis, elle toucherait alors des questions qui relèvent déjà entièrement de la compétence des provinces. La *LIBE* serait alors vraiment une très étrange créature: une

ports to be in aid of provincial legislation but that in fact renders no aid.

To avoid this consequence, it is necessary to understand the definition of “intoxicating liquor” in the *IIIA* as specifying those kinds of liquor that can be sold or possessed inside the province only with a licence. The element of hypothesis or possibility in the definition is critical.

Supporting this conclusion is the historical argument on which the Court of Appeal relied. At the heart of that argument is the thought that Parliament, when it enacted the *IIIA* in 1928, included the language about permits in order to distinguish between “temperance provinces” and “liquor control provinces” and so to avert the possibility that the *IIIA* might authorize the importation of alcohol into one of the former. Because the dry provinces, when there were dry provinces, did not provide for the sale or possession of liquor even under a permit, the mere mention of permits in the definition of “intoxicating liquor” was sufficient to ensure that the *IIIA* would not have any untoward impact on prohibition.

Consistently with this understanding of its purpose, the reference to permits in the *IIIA* should be taken as meaning nothing more than that those liquors are intoxicating that can be sold or possessed only under authority of the province. More than that is not necessary to serve the purpose of distinguishing dry provinces from non-dry ones; and, as I have said, more than that would not be consistent with the nature of the legislation and its wording.

It follows, I think, that “intoxicating liquor” is not liquor that actually will come within the ambit of a provincial licencing scheme, but liquor that would come within the ambit of such a scheme if it were to be sold or possessed within the province. Because the liquors that the airlines brought into Pearson are liquors that could not ordinarily be

loi qui est censée venir en aide à la législation provinciale, mais qui en fait ne lui est d'aucun secours.

Pour éviter cette conséquence, il est nécessaire d'interpréter la définition de «boisson enivrante», contenue dans la *LIBE*, comme spécifiant les sortes d'alcool qu'on peut vendre ou avoir en sa possession à l'intérieur de la province seulement si on détient un permis. L'élément d'hypothèse ou de possibilité, dans la définition, est crucial.

L'argument historique sur lequel la Cour d'appel s'est fondée étaye cette conclusion. Au coeur même de cet argument, il y a l'idée que, lorsqu'il a adopté la *LIBE* en 1928, le Parlement a inclus le libellé relatif aux permis afin d'établir une distinction entre les «provinces de tempérance» et les «provinces qui régissent les alcools», et pour parer à la possibilité que la *LIBE* autorise l'importation d'alcool dans l'une des provinces de tempérance. Puisque les provinces prohibitionnistes, à l'époque où elles étaient prohibitionnistes, ne prévoyaient pas la vente ou la possession d'alcool même en vertu d'un permis, la seule mention de permis dans la définition de «boisson enivrante» suffisait pour garantir que la *LIBE* n'aurait aucune incidence fâcheuse sur la prohibition.

Conformément à cette interprétation de son objectif, l'allusion faite aux permis dans la *LIBE* devrait être considérée comme signifiant seulement que les boissons enivrantes sont celles qu'on ne peut vendre ou avoir en sa possession qu'avec l'autorisation de la province. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin pour distinguer les provinces prohibitionnistes de celles qui ne le sont pas; et, comme je l'ai dit, aller plus loin ne serait compatible ni avec la nature de la loi en cause ni avec son libellé.

Il s'ensuit, selon moi, que l'expression «boisson enivrante» vise non pas l'alcool qui relèvera effectivement d'un régime d'autorisation provincial, mais celui qui relèverait d'un tel régime si jamais quelqu'un le vendait ou l'avait en sa possession à l'intérieur de la province. Comme l'alcool que les compagnies aériennes apportaient à l'aéroport

46

47

48

49

sold in Ontario without a licence, they are intoxicating liquors within the meaning of the *IIA*.

(2) Whether Liquor Held in Bond is Imported “into any province”

50

The appellants argue that even if the liquor they purchased abroad and stored in bond at Pearson was intoxicating liquor, nevertheless it was not subject to the *IIA* because it was never brought “into any province” within the meaning of s. 3 of that Act. The appellants argue that there is a distinction between physical presence in a province and juridical presence in a province. They say that it is only the latter kind of presence that the *IIA* regulates, and they urge that their liquor never was juridically present in Ontario.

51

Juridical presence, according to the appellants, is that kind of presence that engages the purposes of a provincial liquor monopoly. Alcohol that is purchased abroad and kept within the physical boundaries of a province awaiting eventual in-flight consumption is not juridically present in the province, say the appellants, because its presence does not engage any of the purposes of a provincial liquor monopoly. The presence of such alcohol poses none of the dangers to public order that alcohol sometimes poses. Any mischief that its intoxicating qualities might produce will be produced outside the province. And, as the appellants would have it, the purchase of alcohol abroad does not conflict with the revenue-raising purpose of provincial liquor monopolies, because a province can have no claim to a financial stake in business transacted beyond its boundaries. Essentially, then, the appellants’ claim is that the presence of liquor in customs bonded warehouses in Ontario is at best merely incidental and is of no justifiable interest to provincial liquor control authorities.

52

Although it is initially plausible, ultimately I do not find this argument persuasive.

Pearson est de l’alcool qui ne pouvait pas normalement être vendu sans permis en Ontario, cet alcool est de la boisson enivrante au sens de la *LIBE*.

(2) L’alcool conservé en stockage est-il importé «dans une province»?

Les appelantes soutiennent que, même si l’alcool qu’elles achetaient à l’étranger et entreposaient en stockage à l’aéroport Pearson était de la boisson enivrante, il n’était cependant pas assujéti à la *LIBE* parce qu’il n’a jamais été apporté «dans une province» au sens de l’art. 3 de cette loi. Les appelantes allèguent qu’il existe une distinction entre la présence physique et la présence juridique dans une province. Elles disent que c’est seulement ce dernier type de présence que la *LIBE* réglemente et elles insistent sur le fait que leur alcool ne s’est jamais trouvé juridiquement en Ontario.

La présence juridique, d’après les appelantes, est le type de présence qui met en jeu les objectifs d’un monopole provincial de l’alcool. L’alcool qui est acheté à l’étranger et conservé à l’intérieur des frontières d’une province en attendant sa consommation éventuelle en vol ne se trouve pas juridiquement dans la province, d’affirmer les appelantes, parce que sa présence ne met en jeu aucun des objectifs d’un monopole provincial de l’alcool. La présence de cet alcool ne pose pour l’ordre public aucun des dangers que pose parfois l’alcool. Tout le tort que ses propriétés enivrantes peuvent éventuellement causer sera causé à l’extérieur de la province. Et, de l’avis des appelantes, l’achat d’alcool à l’étranger n’est pas incompatible avec l’objectif des monopoles provinciaux de l’alcool qui est de générer un revenu, puisqu’une province ne peut pas prétendre avoir des intérêts financiers dans les affaires transigées hors de ses frontières. Les appelantes prétendent essentiellement que la présence d’alcool dans des entrepôts de stockage des douanes en Ontario est tout au plus purement fortuite et n’est d’aucun intérêt justifiable pour les autorités provinciales chargées de la régie des alcools.

Bien qu’il soit plausible de prime abord, je ne juge pas cet argument convaincant en fin de compte.

If the *IIIA* is to have any purpose at all, it must apply more broadly than the appellants suggest. As all the parties concede, and as I have already noted, Parliament enacted the *IIIA* in aid of provincial liquor monopolies. Accordingly, the *IIIA* must accomplish something that it was not within the competence of the provinces to accomplish themselves. Otherwise, the *IIIA* would be surplus legislation; and it is a strong presumption of statutory interpretation that laws should be read in a way that gives them effect. See *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596, at p. 603; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 233-234.

The provision of the *Constitution Act, 1867* that authorizes the establishment of provincial liquor monopolies is s. 92(16). See *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73 (P.C.), at p. 78. That section gives the provinces jurisdiction over “[g]enerally all Matters of a merely local or private Nature in the Province”. Section 92(16) has been understood to permit regulation by a province of the keeping of liquor within its boundaries. Indeed, s. 92(16) authorizes the provinces entirely to prohibit the keeping of liquor within their boundaries. See *ibid.* at pp. 74, 80. Therefore, federal assistance is not needed to close the borders of a province to liquor that is imported for storage.

It follows that, even if the provinces do not have the authority to prohibit the importation of liquor — and the decision of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, at p. 371, established that provinces do not have that authority — they do have the authority to forbid its storage within provincial boundaries. See *R. v. Gautreau* (1978), 88 D.L.R. (3d) 718 (N.B.C.A.), at p. 722. Thus, a province, by legislation of its own, may effectively limit commerce in alcohol to the mere carrying of spirits through its territory. By prohibiting the storage of alcohol on its territory, or by

Si la *LIBE* doit avoir une utilité quelconque, elle doit avoir une application plus générale que celle proposée par les appelantes. Comme toutes les parties en conviennent, et ainsi que je l’ai déjà fait remarquer, le Parlement a adopté la *LIBE* pour venir en aide au monopole des provinces en matière d’alcool. Par conséquent, la *LIBE* doit accomplir quelque chose que les provinces n’avaient pas le pouvoir d’accomplir. Sinon, la *LIBE* serait une loi superflue et il existe une forte présomption en matière d’interprétation que les lois devraient être interprétées de manière à les mettre à exécution. Voir *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596, à la p. 603; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 259 et 260.

La disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui autorise l’établissement de monopoles provinciaux en matière d’alcool est le par. 92(16). Voir *Attorney-General of Manitoba c. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73 (C.P.), à la p. 78. Ce paragraphe donne aux provinces compétence sur «[g]énéralement toutes les matières d’une nature purement locale ou privée dans la province». On a interprété le par. 92(16) comme permettant à une province de réglementer la conservation d’alcool à l’intérieur de ses frontières. En fait, le par. 92(16) autorise pleinement les provinces à interdire la conservation d’alcool à l’intérieur de leurs frontières. Voir *ibid.*, aux pp. 74 et 80. En conséquence, l’aide fédérale n’est pas nécessaire pour fermer les frontières d’une province à l’alcool importé à des fins d’entreposage.

Il s’ensuit que, même si les provinces n’ont pas le pouvoir d’interdire l’importation d’alcool — et la décision du Conseil privé *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C., 348, à la p. 371, a établi que les provinces n’ont pas ce pouvoir —, elles ont le pouvoir d’en prohiber l’entreposage à l’intérieur de leurs frontières respectives. Voir *R. c. Gautreau* (1978), 88 D.L.R. (3d) 718 (C.A.N.-B.), à la p. 722. Ainsi, une province peut effectivement, au moyen de ses propres lois, limiter le commerce de l’alcool au simple transport de spiritueux à travers son territoire. En interdisant l’entreposage d’alcool sur son

53

54

55

making that privilege contingent on the possession of a licence, the province can leave an importer with no choice but to bear his goods back out of the province. Obviously one who imports something into a jurisdiction where it is forbidden to store what he has imported must necessarily soon depart with his goods, because to stay would be to violate the prohibition.

territoire ou en subordonnant ce privilège à la possession d'un permis, il se peut que la province ne laisse à un importateur d'autre choix que de ramener ses marchandises à l'extérieur de la province. Évidemment, celui qui importe quelque chose dans un ressort où il est interdit d'entreposer ce qu'il a importé doit nécessairement partir rapidement avec ses marchandises, parce que rester là contreviendrait à l'interdiction.

56

I note in passing that this means that, with respect, Saunders J. was mistaken to conclude that Ontario cannot require a licence for the keeping of liquor in Ontario for consumption elsewhere. It would not be *ultra vires* the Legislature of Ontario to require a licence for the keeping of liquor in Ontario for whatever purpose. However, the matter of the licences is not at issue here, because the respondents concede that under Ontario regulations as they existed at the relevant times the appellants were not required to hold licences for the possession of liquor held in bond awaiting consumption in airspace.

Je souligne en passant que cela signifie que, en toute déférence, le juge Saunders a eu tort de conclure que l'Ontario ne peut pas exiger de permis pour la conservation d'alcool en Ontario en vue de sa consommation ailleurs. La législature de l'Ontario n'excéderait pas ses pouvoirs en exigeant un permis pour conserver de l'alcool en Ontario à quelque fin que ce soit. Cependant, la question des permis n'est pas en cause en l'espèce, puisque les intimés reconnaissent que, selon le règlement ontarien en vigueur à l'époque pertinente, les appelantes n'étaient pas tenues d'être titulaires de permis pour la possession d'alcool conservé en stockage en attendant qu'il soit consommé dans l'espace aérien.

57

Nevertheless, my conclusions about the extent of provincial jurisdiction over the regulation of liquor are important for the implications that they have for the meaning of the *IIA*. As I have said, if the *IIA* does anything to assist the provincial liquor monopolies, it can only be by conferring on the provinces an authority that they do not have under the *Constitution Act, 1867*. And it appears on the basis of the foregoing that the only relevant authority that the provinces do not possess as a matter of constitutional law is the power to prohibit the carrying of alcohol through provincial territory. It is only this kind of importation, which does not involve the manufacture, keeping, sale, purchase, or use of liquor, that the provinces are not competent to prohibit on their own. Accordingly, it follows that the *IIA*, to the extent that it makes any distinctively federal contribution to the securing of provincial liquor monopolies, employs the exclusive federal power over the importation of

Néanmoins, les conclusions que je tire sur l'étendue de la compétence provinciale sur la réglementation de l'alcool sont importantes en raison de leur incidence sur le sens de la *LIBE*. Comme je l'ai dit, si la *LIBE* aide de quelque manière le monopole provincial de l'alcool, ce ne peut être qu'en conférant aux provinces un pouvoir qu'elles n'ont pas en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Et il ressort de ce qui précède que le seul pouvoir pertinent que les provinces ne possèdent pas, en matière de droit constitutionnel, est le pouvoir d'interdire le transport d'alcool à travers leur territoire. C'est seulement ce genre d'importation, qui ne concerne pas la fabrication, la conservation, la vente, l'achat ou l'utilisation d'alcool, que les provinces ne peuvent pas interdire elles-mêmes. Par conséquent, il s'ensuit que la *LIBE*, dans la mesure où elle apporte une contribution nettement fédérale à l'acquisition du monopole de l'alcool par les provinces, utilise la compétence

alcohol to consign to the provinces any alcohol that is carried through their territory.

In addition, of course, the *IILA* consigns to the provinces liquor that the provinces could consign to themselves; and indeed it is this role that the *IILA* plays in this appeal. However, what is distinctive about the *IILA* is that it consigns to the provinces liquor that has only a transitory presence inside provincial boundaries.

The appellants are mistaken, then, to suggest that the words “into any province” signify only juridical presence and not physical presence. Quite the contrary, those words refer to even the kind of momentary and transitory presence that this Court has found not to be sufficient to ground the exercise of the provincial taxing power. See *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, at pp. 316, 319. This is unsurprising because, as I have said, the *IILA* would be entirely unnecessary if it did not exercise some power that it is not within the competence of the provinces to exercise.

In addition to the constitutional argument, there are other indications that the interpretation I have set forth is the correct one. Section 3(2)(a) *IILA* provides that the terms of the *Act* shall not extend to “the carriage or transportation of intoxicating liquor into and through a province by means only of a common carrier by water or by railway”. If s. 3(1) *IILA* did not, by its own terms, extend to liquor that merely passes through a province, then the exception that appears in s. 3(2)(a) would be unnecessary. Because Parliament is presumed not to have acted needlessly, the expansive interpretation of s. 3(1), which gives meaning to s. 3(2)(a), is the better one.

What is more, the physical presence of alcohol in Ontario is of more interest to the province than the appellants allow. It may be true, as they contend, and as Saunders J. accepted, that there is no danger that liquor stored in bond at Pearson will ever “leak” in Ontario and be consumed there. However, the intoxicating qualities of alcohol are not the only ones that interest provincial authori-

fédérale exclusive en matière d'importation d'alcool pour consigner aux provinces tout alcool transporté à travers leur territoire.

De plus, naturellement, la *LIBE* consigne aux provinces l'alcool qu'elles pourraient se consigner à elles-mêmes, et en fait, c'est ce rôle que la *LIBE* joue dans le présent pourvoi. Toutefois, ce qui distingue la *LIBE*, c'est qu'elle consigne aux provinces de l'alcool qui se trouve seulement en transit sur leur territoire.

Les appelantes ont tort alors de dire que les mots «dans une province» s'entendent seulement de la présence juridique et non pas de la présence physique. Bien au contraire, ces mots renvoient même au genre de présence momentanée et transitoire que notre Cour a jugée insuffisante pour justifier l'exercice du pouvoir de taxation d'une province. Voir *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, aux pp. 316 et 319. Ce n'est pas surprenant car, comme je l'ai dit, la *LIBE* serait tout à fait inutile si elle ne conférait pas quelque pouvoir qui ne relève pas de la compétence des provinces.

Outre l'argument constitutionnel, il y a d'autres indications que l'interprétation que j'ai formulée est la bonne. L'alinéa 3(2)a) *LIBE* prévoit que la Loi ne s'applique pas «au voiturage ou transport de boisson enivrante dans et à travers une province uniquement par l'intermédiaire d'un voiturier public par eau ou par chemin de fer». Si le par. 3(1) *LIBE* ne s'appliquait pas, selon ses propres termes, à l'alcool qui ne fait que traverser une province, alors l'exception qui figure à l'al. 3(2)a) serait inutile. Vu que le Parlement est réputé ne pas avoir agi sans raison, l'interprétation large du par. 3(1), qui donne un sens à l'al. 3(2)a), est la meilleure.

Qui plus est, la présence physique d'alcool en Ontario intéresse davantage la province que les appelantes ne l'admettent. Il se peut, comme elles le prétendent et comme le juge Saunders l'a reconnu, qu'il n'y ait aucun danger que l'alcool entreposé en stockage à l'aéroport Pearson «coule» jamais en Ontario et qu'il y soit consommé. Cependant, les propriétés enivrantes de l'alcool ne

58

59

60

61

ties. The potential income that liquor represents is also of great interest to them. And though it is perhaps true that Parliament did not intend to authorize the provinces to extract revenue without some sufficient foundation for doing so, in this case there is such a foundation: physical presence in Ontario.

62

Despite what the appellants say, physical presence in Ontario is a commodity that has value. To see that this is so, it is necessary only to consider the situation in which the airlines would find themselves if they were not permitted to continue provisioning their aircraft in Ontario. If the appellants did not purchase their liquor abroad and place it aboard their aircraft at Pearson, then they would either have to purchase it in Ontario or place it aboard their aircraft in some other province or country. As the appellants themselves insist, “flying dry” is not an option. Therefore, if it were not for current purchasing practices, the appellants would have to bear either the cost of purchasing liquor in Ontario — which is to say that they would have to pay the regular markup — or the cost of provisioning flights originating in Ontario outside Ontario. Possibly the latter cost might be less than the former, so that the appellants would choose not to purchase their liquor in Ontario. But even if it were so, Ontario liquor control authorities would have the option of lowering their markup to the point at which it would begin to be attractive to the airlines to purchase their liquor within the province. Therefore, not to permit Ontario to impose some markup on the appellants’ liquor would represent a cost to the province — a cost that is equal to the value to the airlines of provisioning their aircraft at Pearson. Because this is a cost that is intimately linked to the fact of presence in Ontario, it cannot be said that the presence of the alcohol in Ontario is merely incidental and of no concern to the province.

son pas les seules qui intéressent les autorités provinciales. La source de revenu possible que l’alcool représente les intéresse également beaucoup. Et bien qu’il soit peut-être vrai que le Parlement n’a pas eu l’intention d’autoriser les provinces à tirer un revenu sans raison suffisante, une telle raison existe en l’espèce: la présence physique en Ontario.

Malgré ce que disent les appelantes, la présence physique d’alcool en Ontario a une valeur. Pour s’en rendre compte, il suffit d’examiner la situation dans laquelle les compagnies aériennes se trouveraient si elles n’étaient pas autorisées à continuer d’approvisionner leurs avions en Ontario. Si les appelantes n’achetaient pas leur alcool à l’étranger et ne le chargeaient pas à bord de leurs avions à l’aéroport Pearson, elles devraient alors l’acheter en Ontario ou le charger à bord de leurs avions dans une autre province ou un autre pays. Comme les appelantes elles-mêmes l’affirment, [TRADUCTION] «prohiber la consommation de boissons alcooliques en vol» n’est pas la solution. Par conséquent, n’étaient-ce les pratiques courantes en matière d’achat, les appelantes devraient supporter soit les frais d’achat de l’alcool en Ontario — ce qui revient à dire qu’elles devraient payer le supplément ordinaire —, soit les frais d’approvisionnement des vols en partance de l’Ontario pour l’extérieur de l’Ontario. Ces derniers frais seraient peut-être moindres que les premiers, de sorte que les appelantes choisiraient de ne pas acheter leur alcool en Ontario. Mais même si tel était le cas, les autorités chargées de la régie des alcools en Ontario auraient le choix de baisser leur supplément au point qu’il deviendrait intéressant pour les compagnies aériennes d’acheter leur alcool dans cette province. Donc, interdire à l’Ontario d’imposer un supplément au prix de l’alcool des appelantes représenterait des frais pour la province — des frais équivalant à la valeur que représente pour les compagnies aériennes l’approvisionnement de leurs avions à l’aéroport Pearson. Comme ce sont des frais qui sont étroitement liés à la présence même de l’alcool en Ontario, on ne peut pas dire que la présence de l’alcool en Ontario est simplement fortuite et sans intérêt pour la province.

Against all of this, there remains one objection, and it is that a broad interpretation of the words "into any province" would permit the provinces to extract fees from airlines even for the bearing of alcohol through their airspace. The appellants suggest that, under an expansive interpretation of the *IILA*, the alcohol on an aircraft leap-frogging through Canada, from Halifax to Montreal to Toronto to Winnipeg to Edmonton to Vancouver, might be marked up six times. They submit that such a result would be absurd.

Perhaps accepting that the prospect of a sextuple markup is troubling, the respondents answer that the proprietor of a leap-frogging aircraft would have to pay a markup only once, at the point of provisioning. They say the presence of the aircraft in the other provinces would be momentary and transitory, and suggest that, under the doctrine of *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, *supra*, the provinces in which the aircraft simply lands would have no jurisdiction to impose a markup.

It is perhaps sufficient to observe that the respondents have not attempted to impose markups on liquor stored aboard aircraft simply touching down in or flying over Ontario. Therefore, the appellants' fear is speculative and a far cry from the facts before us. Consequently nothing more need be said on the point on this occasion.

I conclude, then, that the words "into any province" in s. 3(1) *IILA* refer to physical presence within the boundaries of a province. Therefore, liquor purchased abroad and held in bond at Pearson awaiting eventual consumption in airspace is imported into Ontario for purposes of the *IILA*.

#### B. *The Role of the Customs Bonded Warehouses Regulations*

À l'encontre de tout cela, il reste une objection, à savoir qu'une interprétation libérale des mots «dans une province» permettrait aux provinces de percevoir des droits auprès des compagnies aériennes même pour le transport d'alcool à travers leur espace aérien. Les appelantes laissent entendre que, selon une interprétation large de la *LIBE*, l'alcool à bord d'un avion traversant le Canada, de Halifax à Vancouver en passant par Montréal, Toronto, Winnipeg et Edmonton, pourrait faire l'objet de six suppléments. Elles soutiennent que ce serait absurde.

Admettant peut-être que la perspective d'un supplément sextuple est troublante, les intimés répondent que le propriétaire d'un avion qui se déplacerait par étapes devrait payer un seul supplément, au point d'approvisionnement. Ils affirment que la présence de l'avion dans les autres provinces serait momentanée et transitoire, et ils laissent entendre que, en vertu de la règle de l'arrêt *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, précité, les provinces dans lesquelles l'avion ne fait que se poser n'auraient pas compétence pour imposer un supplément.

Il suffit peut-être de faire remarquer que les intimés n'ont pas essayé d'imposer des suppléments au prix de l'alcool entreposé à bord d'un avion qui ne fait qu'atterrir en Ontario ou survoler cette province. Par conséquent, la crainte des appelantes n'est que pure conjecture et est loin de correspondre aux faits portés à notre connaissance. Il n'est donc pas nécessaire d'en dire davantage sur ce point cette fois-ci.

Je conclus alors que les mots «dans une province» figurant au par. 3(1) *LIBE* renvoient à la présence physique à l'intérieur des frontières d'une province. Par conséquent, l'alcool acheté à l'étranger et conservé en stockage à l'aéroport Pearson en attendant d'être éventuellement consommé dans l'espace aérien est importé en Ontario aux fins de la *LIBE*.

#### B. *Le rôle du Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes*

63

64

65

66

67 In 1990, pursuant to s. 13 of the *Customs Bonded Warehouses Regulations*, the LCBO required the airlines to apply for approval to receive intoxicating liquors from the bonded warehouses at Pearson. A condition of the approval was that the airlines should purchase their liquor as agents of the LCBO and should pay the appropriate markups. It was clear that if the airlines did not complete the applications, the LCBO would withhold its approval; and without the LCBO's approval, the airlines would not be able to receive liquor from the warehouses. Air Canada completed the application. Canadian Airlines completed it under protest.

68 The appellants submit that the LCBO overstepped the bounds when it demanded payment of markups as a condition for the granting of its approval. They advance several arguments in support of this submission.

69 In my view, there is no need to address any of these arguments. No evidence was produced to suggest that the LCBO ever actually withheld its permission to remove alcohol from the bonded warehouses at Pearson. Moreover, any markups that the LCBO did actually collect were collected under authority of s. 3(1) *IIIA* and s. 3(i) of the *Liquor Control Act*. The application forms that the airlines completed simply confirmed the applicability of laws that applied quite independently of the consent of the applicants. Accordingly, the application forms have no part to play in this appeal.

### C. *The Constitutional Question*

70 The appellants argue that the provincial liquor monopoly, if it does permit the provincial liquor authorities to charge markups on liquor purchased abroad and intended for in-flight consumption, is constitutionally inapplicable to them. Their argument is simple. They say that Canada's airlines are federal undertakings. Aeronautics, they observe, is a matter of exclusive federal competence. Accordingly, the airlines are not subject to provincial reg-

En 1990, conformément à l'art. 13 du *Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes*, la RAO a exigé que les compagnies aériennes demandent l'approbation de la réception de boissons enivrantes provenant des entrepôts de stockage à l'aéroport Pearson. Une condition de cette approbation était que les compagnies aériennes achètent leur alcool en tant que mandataires de la RAO et payent les suppléments appropriés. Il était évident que, si les compagnies aériennes ne remplissaient pas les demandes, la RAO refuserait son approbation, et sans l'approbation de la RAO, les compagnies aériennes ne pourraient pas recevoir d'alcool provenant des entrepôts. Air Canada a signé une demande. Lignes aériennes Canadien en a signé une sous toutes réserves.

Les appelantes allèguent que la RAO a dépassé les bornes lorsqu'elle a demandé le paiement de suppléments comme condition préalable à son approbation. Elles ont avancé plusieurs arguments à l'appui de cette allégation.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'aborder l'un ou l'autre de ces arguments. On n'a produit aucun élément de preuve portant à croire que la RAO a jamais vraiment refusé son autorisation de retirer l'alcool des entrepôts de stockage de l'aéroport Pearson. De plus, tout supplément que la RAO a effectivement perçu l'a été en vertu du par. 3(1) *LIBE* et de l'al. 3i) de la *Loi sur les alcools*. Les formulaires de demande signés par les compagnies aériennes confirmaient simplement l'applicabilité de lois qui s'appliquaient tout à fait indépendamment du consentement des requérantes. Par conséquent, les formulaires de demande ne jouent aucun rôle en l'espèce.

### C. *La question constitutionnelle*

Les appelantes soutiennent que le monopole provincial de l'alcool, s'il permet aux autorités provinciales chargées de la régie des alcools d'exiger des suppléments au prix de l'alcool acheté à l'étranger et destiné à la consommation en vol, leur est constitutionnellement inapplicable. Leur argument est simple. Elles affirment que les compagnies aériennes canadiennes sont des entreprises fédérales. L'aéronautique, font-elles remarquer,

ulation in any department of their affairs that can be described as vital or integral to their undertaking. Professor Hogg describes this “vital part” doctrine in these terms:

Until 1966, the provincial laws that were held inapplicable to federally-regulated undertakings were laws that asserted a power to sterilize (paralyze or impair) the federally-authorized activity. This possibility, however unlikely in practice, was the basis of each decision. In the *Quebec Minimum Wage* case [*Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767], the Supreme Court of Canada abandoned the language of sterilization, and held that the Bell Telephone Company (an interprovincial undertaking) was immune from a provincial minimum wage law on the lesser ground that such a law “affects a vital part of the management and operation of the undertaking”.

P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at p. 15-27. The federal power to make laws touching on a vital part of a federal undertaking is exclusive. See *Bell Canada v. Quebec* (*Commission de la santé et de la sécurité du travail*), [1988] 1 S.C.R. 749. However, a provincial law that does not purport to control an undertaking directly will be invalid only if it impairs, sterilizes, or paralyzes that undertaking. See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec* (*Attorney General*), [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 955.

The airlines say that the provision of liquor is an integral part of their undertaking. They say further that the provincial liquor monopoly purports to control the provision of liquor directly. They submit that the monopoly is accordingly constitutionally inapplicable to them.

The simple answer to this argument is that the provision of liquor is not an integral part of the appellants’ federal aeronautical undertaking. The courts below, the respondents, and the interveners are all united in saying so, and all are persuasive.

relève exclusivement de la compétence fédérale. Par conséquent, les compagnies aériennes ne sont pas assujetties à la réglementation provinciale relativement à tout aspect de leurs affaires qui peut être décrit comme étant une partie essentielle ou intégrante de leur entreprise. Le professeur Hogg décrit ainsi cette règle de la «partie essentielle»:

[TRADUCTION] Jusqu’en 1966, les lois provinciales qui étaient jugées inapplicables aux entreprises réglementées par le gouvernement fédéral étaient des lois qui assuraient un pouvoir de stériliser (ou paralyser ou entraver) l’activité autorisée par le gouvernement fédéral. Cette possibilité, quoique faible en pratique, constituait le fondement de chaque décision. Dans l’affaire du *salaires minimum du Québec* [*Commission du Salaire Minimum c. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767], la Cour suprême du Canada a abandonné la thèse de la stérilisation et statué que la Compagnie Bell Téléphone (une entreprise interprovinciale) n’était pas soumise à une loi provinciale sur le salaire minimum pour le motif moindre qu’une telle loi «porte atteinte à une partie essentielle de la gestion et de l’exploitation de l’entreprise».

P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 15-27. Le pouvoir fédéral d’adopter des lois concernant une partie essentielle d’une entreprise fédérale est exclusif. Voir *Bell Canada c. Québec* (*Commission de la santé et de la sécurité du travail*), [1988] 1 R.C.S. 749. Cependant, une loi provinciale qui ne vise pas à réglementer une entreprise directement ne sera invalide que si elle entrave, stérilise ou paralyse cette entreprise. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec* (*Procureur général*), [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 955.

Les compagnies aériennes affirment que la fourniture d’alcool fait partie intégrante de leur entreprise. Elles allèguent également que le monopole provincial de l’alcool vise à régir directement la fourniture d’alcool. Elles soutiennent que ce monopole leur est donc constitutionnellement inapplicable.

Je réponds simplement à cet argument que la fourniture d’alcool ne fait pas partie intégrante de l’entreprise aéronautique fédérale des appelantes. Les tribunaux d’instance inférieure, les intimés et les intervenants sont tous d’accord pour le dire et

This Court has defined the scope of the federal aeronautics power by reference to the physical act of flight. Aeronautics is:

The flight and period of flight from the time the machine clears the earth to the time it returns successfully to the earth and is resting securely on the ground.

*Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] S.C.R. 292, at p. 319. Thus, the federal aeronautics jurisdiction encompasses not only the regulation of the operation of aircraft, but also the regulation of the operation of airports. Proceeding on this understanding, courts have held zoning laws that affect the location and design of airports to be constitutionally inapplicable. See *ibid.* By contrast, laws that affect matters incidental to the operation of aircraft — for example, laws that affect the operation of an airport limousine service — have not run afoul of the “integral part” doctrine. See, e.g., *Murray Hill Limousine Service Ltd. v. Batson*, [1965] Que. Q.B. 778.

sont tous convaincants. Notre Cour a défini la portée de la compétence fédérale en matière d’aéronautique en fonction de l’action physique de voler. L’aéronautique est:

[TRADUCTION] Le vol et la durée de vol à compter du moment où l’appareil quitte le sol jusqu’au moment où il réussit à revenir au sol et à s’y poser en toute sécurité.

*Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292, à la p. 319. Ainsi, la compétence fédérale en matière d’aéronautique comprend non seulement la réglementation de l’exploitation d’un aéronef, mais également la réglementation de l’exploitation des aéroports. Compte tenu de cela, des tribunaux ont jugé que des lois sur le zonage qui touchaient l’emplacement et la conception d’aéroports étaient constitutionnellement inapplicables. Voir *ibid.* Par contre, les lois qui touchent des questions accessoires à l’exploitation d’un aéronef — par exemple, celles qui touchent l’exploitation d’un service aéroportuaire de limousines — ne contreviennent pas à la règle de la «partie intégrante». Voir, par exemple, *Murray Hill Limousine Service Ltd. c. Batson*, [1965] B.R. 778.

73 It is true that under certain circumstances the provision of food and beverages can form a vital or integral part of a federal undertaking. See, e.g., *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (P.C.), at p. 144. For example, if a province were to forbid an airline to place food and water on its aircraft, it might affect a vital part of that airline’s undertaking. Food and water may not propel the vehicle, but without them on board it is unlikely that an aircraft could venture safely from Canada to a very distant destination.

Il est vrai que, dans certaines circonstances, la fourniture d’aliments et de boissons peut constituer une partie essentielle ou intégrante d’une entreprise fédérale. Voir, notamment, *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (C.P.), à la p. 144. Par exemple, si une province devait interdire à une compagnie aérienne de charger des vivres et de l’eau à bord de son aéronef, cela pourrait affecter une partie essentielle de son entreprise. Même si les vivres et l’eau ne propulsent pas l’aéronef, il reste que sans ceux-ci il est peu probable qu’il pourra quitter en toute sécurité le Canada pour une destination lointaine.

74 But having said that, I agree with Robins J.A. that the facts of this case are more closely akin to the facts that this Court had to consider in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754. In *Construction Montcalm*, the argument had been advanced that a provincial minimum wage was constitutionally inapplicable to a contractor that was working on

Mais cela dit, je suis d’accord avec le juge Robins de la Cour d’appel pour dire que les faits de l’espèce ressemblent beaucoup plus à ceux que notre Cour a dû examiner dans l’arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754. Dans *Construction Montcalm*, on avait soutenu que le salaire minimum provincial était constitutionnellement inap-

the construction of an airport runway. The Court rejected that argument on the ground that the impugned legislation did not attempt to govern any matter that had “a direct effect upon [the airport’s] operational qualities and, therefore, upon its suitability for the purposes of aeronautics” (p. 771). In just the same way, the provision of liquor, though it may be important if the airlines are to maintain their “competitive edge”, is not essential to the operation of aircraft.

The airlines urge nevertheless that the provision of liquor is essential to their undertaking. They say that if they did not serve liquor on their flights, or did serve it but at an elevated price, customers would flock to other airlines. But I do not see that this outcome is at all likely. The provincial liquor monopoly applies equally to all airlines that stock their aircraft with liquor at Toronto or elsewhere in the province. Accordingly, there is no way that a competitor flying out of Toronto could evade the monopoly and gain a competitive advantage.

For all of these reasons, I conclude that there is no merit to the airlines’ argument that they, as federal undertakings, should be exempt from the provincial liquor monopoly.

#### D. *Restitution*

The respondents concede that the Court of Appeal did not err in ordering restitution of the gallonage fees paid by the airlines after January 1, 1984. And in the light of my conclusion that the provincial authorities were entitled to charge a markup on liquor purchased abroad and kept in Ontario awaiting eventual consumption in flight, no question arises about restitution of markups.

The only real issue about restitution is whether the provincial authorities should be made to disgorge only gallonage fees paid after January 1,

plicable à un entrepreneur qui travaillait à la construction d’une piste d’atterrissage d’un aéroport. La Cour a rejeté cet argument pour le motif que la loi contestée ne tentait pas de régir une question qui avait «un effet direct sur [l]es qualités fonctionnelles [de l’aéroport], donc sur sa conformité aux fins de l’aéronautique» (p. 771). De la même manière, la fourniture d’alcool, bien qu’elle puisse être importante si les compagnies aériennes doivent maintenir leur «avantage concurrentiel», n’est pas essentielle à l’exploitation d’un aéronef.

Les compagnies aériennes insistent néanmoins sur le fait que la fourniture d’alcool est essentielle à leur entreprise. Elles disent que, si elles ne servent pas d’alcool à bord de leurs avions ou si elles en servent à un prix élevé, les clients vont se précipiter vers d’autres compagnies aériennes. Mais je ne juge pas que cette issue est vraisemblable. Le monopole provincial de l’alcool s’applique également à toutes les compagnies aériennes qui approvisionnent leurs avions en alcool à Toronto ou ailleurs dans la province. Par conséquent, il est absolument impossible qu’un compétiteur qui s’envole de Toronto échappe au monopole et en tire un avantage concurrentiel.

Pour tous ces motifs, je conclus que l’argument des compagnies aériennes selon lequel, à titre d’entreprises fédérales, elles devraient être exemptées du monopole provincial de l’alcool n’est pas fondé.

#### D. *La restitution*

Les intimés reconnaissent que la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur en ordonnant la restitution des droits sur le nombre de gallons payés par les compagnies aériennes après le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Et compte tenu de ma conclusion que les autorités provinciales avaient le droit d’exiger un supplément au prix de l’alcool acheté à l’étranger et conservé en Ontario en attendant d’être éventuellement consommé en vol, il ne se pose aucune question au sujet de la restitution des suppléments.

La seule vraie question qui se pose au sujet de la restitution est de savoir si les autorités provinciales devraient rembourser seulement les droits sur le

75

76

77

78

1984, or whether they should be liable as well for the fees paid before that date.

79

In my view, the restriction of restitution to gallonage fees paid after January 1, 1984 is arbitrary. The trial judge and the Court of Appeal justified their choice of that date on the ground that it was then that Wardair brought the matter of the licence to the attention of the provincial authorities. The courts below concluded that before January 1, 1984, the parties were *in pari delicto*, and perhaps even that the airlines were more “*delictus*” than the provincial authorities. Both the trial judge and the Court of Appeal seem to have thought that the burden was on the airlines to discover that Ontario’s liquor licencing laws were inapplicable to them.

80

This “compromise” approach may seem to have a certain “equitable” appeal, but in truth it has little to recommend it. Essentially, the position of the trial judge and the Court of Appeal is that a governmental agency may never be liable for amounts collected under an inapplicable law unless it can be shown that the agency knew that the law was inapplicable and nevertheless continued to apply it. But Canadian law has never required a showing of bad faith as a precondition to the recovery of monies collected by a governmental agency under an inapplicable law. This Court has said that monies paid under such a law may be recovered even if it appears that the governmental agent responsible for collecting them did not know that the law was inapplicable:

In this case, the appellant, as a taxpayer and inhabitant of the defendant corporation, was dealing with the Clerk-treasurer of the corporation and that Clerk-treasurer was under a duty toward the appellant and other taxpayers of the municipality. When that Clerk-treasurer demands payment of a sum of money on the basis of an illegal by-law despite the fact that he does not know of its illegality, he is not in *pari delicto* to the taxpayer who is required to pay that sum. [Emphasis added.]

nombre de gallons payés après le 1<sup>er</sup> janvier 1984, ou si elles devraient être tenues responsables aussi des droits payés avant cette date.

À mon avis, la restriction de la restitution aux droits sur le nombre de gallons payés après le 1<sup>er</sup> janvier 1984 est arbitraire. Le juge de première instance et la Cour d’appel ont justifié leur choix de cette date en affirmant que c’était à ce moment que Wardair avait porté la question du permis à l’attention des autorités provinciales. Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu qu’avant le 1<sup>er</sup> janvier 1984 les parties étaient *in pari delicto* et peut-être même que les compagnies aériennes étaient davantage «en faute» que les autorités provinciales. Le juge de première instance et la Cour d’appel semblent avoir tous deux pensé qu’il incombait aux compagnies aériennes de découvrir que les lois ontariennes sur les permis d’alcool ne s’appliquaient pas à elles.

Ce «compromis» peut sembler avoir un certain attrait sur le plan de l’«*equity*», mais en vérité il n’est guère recommandable. Essentiellement, le point de vue du juge de première instance et de la Cour d’appel veut qu’un organisme gouvernemental ne puisse jamais être tenu responsable des sommes perçues en vertu d’une loi inapplicable, à moins que l’on puisse démontrer que cet organisme savait que la loi en cause était inapplicable et a néanmoins continué de l’appliquer. Mais le droit canadien n’a jamais exigé que l’on démontre l’existence de mauvaise foi pour pouvoir recouvrer des sommes perçues par un organisme gouvernemental sous le régime d’une loi inapplicable. Notre Cour a dit que les sommes payées en vertu d’une telle loi peuvent être recouvrées même s’il appert que le représentant du gouvernement chargé de les percevoir ne savait pas que la loi était inapplicable:

[TRADUCTION] En l’espèce, l’appelant, en tant que contribuable et citoyen de la municipalité défenderesse, traitait avec le secrétaire-trésorier de la municipalité et ce dernier avait une obligation envers l’appelant et les autres contribuables de la municipalité. Lorsque le secrétaire-trésorier exige le paiement d’une somme en se fondant sur un règlement illégal, malgré le fait qu’il n’est pas au courant de son illégalité, il ne se trouve pas *in pari delicto* avec le contribuable qui est requis de payer cette somme. [Je souligne.]

(*Eadie v. Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573, at p. 583).

In my view, the rule in *Eadie* is a sensible one. If the question is which of two parties should be responsible for guaranteeing the applicability of a law, and the choice is between the governmental agency charged with administering that law and the citizen who is subject to that law, surely the better choice is the governmental agency. I cannot see that it matters how sophisticated an actor the citizen is. Governments make laws and governments administer them. Citizens do not. The responsibility for taking care that the law is legal and applicable must rest with the party that makes and administers the law. And in any case, to make the apportionment of responsibility depend on the sophistication of the actors would be to introduce a vague idea into an area of the law that is otherwise clear.

Therefore, I conclude that the trial judge and the Court of Appeal erred in restricting restitution to the gallonage fees collected after January 1, 1984. The provincial authorities should be made to restore all the monies that they wrongfully took from the airlines.

#### E. Punitive Damages and Compound Interest

Both punitive damages and compound interest might have been appropriately ordered on the facts of this case. The conduct of the provincial authorities was improper to say the least. Agents of Ontario contrived to continue to collect fees from the appellants under a regime that they knew was inapplicable to airlines. In similar cases, Canadian courts have not hesitated to impose punitive damages on the government.

In *LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (F.C.T.D.), the Minister of Fisheries suspended a fishing licence in the face of legal advice that he

(*Eadie c. Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573, à la p. 583.)

À mon avis, la règle de l'arrêt *Eadie* est raisonnable. S'il s'agit de savoir laquelle de deux parties devrait avoir la responsabilité de garantir l'applicabilité d'une loi, et qu'il s'agit de choisir entre l'organisme gouvernemental chargé d'appliquer cette loi et le citoyen qui y est assujéti, il est certain qu'il vaut mieux choisir l'organisme gouvernemental. Je ne vois pas comment il importe que le citoyen soit un acteur avisé. Ce sont les gouvernements qui adoptent les lois et qui les appliquent, pas les citoyens. Il est sûr que c'est à la partie qui adopte et applique la loi qu'il doit incomber de veiller à ce qu'elle soit légale et applicable. De toute façon, subordonner le partage de la responsabilité à la mesure dans laquelle les acteurs sont avisés reviendrait à introduire une idée vague dans un domaine du droit qui est par ailleurs clair.

Par conséquent, je conclus que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en restreignant la restitution aux droits sur le nombre de gallons perçus après le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Les autorités provinciales devraient se voir ordonner de rembourser toutes les sommes qu'elles ont perçues à tort auprès des compagnies aériennes.

#### E. Les dommages-intérêts punitifs et les intérêts composés

Des dommages-intérêts punitifs et des intérêts composés auraient pu être accordés à juste titre selon les faits de la présente affaire. La conduite des autorités provinciales a été, le moins qu'on puisse dire, répréhensible. Les fonctionnaires de l'Ontario ont trouvé le moyen de continuer à percevoir des droits auprès des appelantes en vertu d'un régime qui, à leur connaissance, était inapplicable aux compagnies aériennes. Dans des cas semblables, les tribunaux canadiens n'ont pas hésité à imposer des dommages-intérêts punitifs au gouvernement.

Dans la décision *LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le ministre des Pêches a suspendu un permis de pêche malgré un avis

81

82

83

84

had no jurisdiction to do so. The Trial Division of the Federal Court awarded punitive damages against him, saying (at p. 318):

By proceeding to follow a chosen course of action, without heed to its legality and with complete indifference to the rights of the plaintiffs, the defendants caused undue hardship to the plaintiffs. The potential loss to the plaintiffs as a result of the defendants' action was considerable.

The facts of the case under appeal are precisely parallel to the facts of *LaPointe*. The provincial authorities had the advice of the Attorney General that the airlines probably did not require liquor licences and therefore probably were not liable to pay gallonage fees, but persisted nevertheless in collecting such fees.

85 The propriety of compound interest is just as clear:

[I]n equity interest is awarded whenever a wrongdoer deprives a company of money which it needs for use in its business. . . . On general principles I think it should be presumed that the company (had it not been deprived of the money) would have made the most beneficial use open to it. . . . Alternatively, it should be presumed that the wrongdoer made the most beneficial use of it. But, whichever it is, in order to give adequate compensation, the money should be replaced at interest with yearly rests, i.e. compound interest.

*Brock v. Cole* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.), at p. 103, citing *Wallersteiner v. Moir* (No. 2), [1975] 1 All E.R. 849 (C.A.), at p. 856. The provincial liquor authorities deprived the airlines of money that they almost certainly could have used in the conduct of their business. The presumption is hardly unreasonable that if the airlines had had the money, they would have put it to good use. In short, what the airlines lost to the provincial authorities was not just money, but the future value of that money. Therefore, compound interest might have been appropriate.

juridique selon lequel il n'avait pas le pouvoir de le faire. La Section de première instance de la Cour fédérale lui a ordonné de payer des dommages-intérêts punitifs, en disant (à la p. 318):

En décidant de suivre une ligne de conduite définie, sans se soucier de sa légalité et dans la plus totale indifférence pour les droits des demandeurs, les défendeurs ont causé un préjudice indu aux demandeurs. La perte que les demandeurs risquaient de subir par suite du geste des défendeurs était considérable.

Les faits dont il est question en l'espèce ressemblent précisément aux faits de la décision *LaPointe*. Les autorités provinciales avaient obtenu l'avis du Procureur général que les compagnies aériennes n'avaient probablement pas besoin de permis d'alcool et n'étaient donc probablement pas tenues de payer des droits sur le nombre de gallons, mais elles ont néanmoins persisté à percevoir ces droits.

L'à-propos des intérêts composés est tout aussi clair:

[TRADUCTION] [E]n *equity*, des intérêts sont accordés dans tous les cas où l'auteur d'une faute prive une compagnie de l'argent dont elle a besoin pour exploiter son entreprise [. . .] Selon les principes généraux, je pense qu'il faudrait présumer que la compagnie (si elle n'avait pas été privée de l'argent) en aurait fait le meilleur usage possible [. . .] Subsidiairement, il faudrait présumer que l'auteur de la faute en a fait le meilleur usage. Mais, quel que soit le cas, pour qu'il y ait indemnisation suffisante, l'argent devrait être remplacé avec intérêts en sus des reliquats annuels, c.-à-d. avec intérêts composés.

*Brock c. Cole* (1983), 40 O.R. (2d) 97 (C.A.), à la p. 103, citant *Wallersteiner c. Moir* (No. 2), [1975] 1 All E.R. 849 (C.A.), à la p. 856. Les autorités provinciales chargées de la régie des alcools ont privé les compagnies aériennes de sommes qu'elles auraient presque certainement utilisées pour gérer leurs affaires. Il n'est guère pas déraisonnable de présumer que, si les compagnies aériennes avaient eu cet argent en leur possession, elles auraient pu l'utiliser à bon escient. Bref, ce que les compagnies aériennes ont perdu aux mains des autorités provinciales, ce n'était pas seulement de l'argent, mais aussi la valeur future de cet argent. Donc, des intérêts composés auraient pu être appropriés.

Having said all that, however, I hesitate to interfere with the decision of the trial judge. The awarding of punitive damages and compound interest is discretionary. See *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at pp. 1104-5; *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 130. It is a well-established principle that an appellate court should not lightly upset a trial judge's exercise of discretion. See *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at pp. 1374-75. Because it cannot be said that the trial judge misdirected himself on any applicable principle of law or that his exercise of discretion was so clearly wrong as to amount to an injustice, his refusal to award punitive damages or compound interest should be allowed to stand.

#### F. Section 27 of the Liquor Licence Act

The appellants suggest that s. 27 of the *Liquor Licence Act* is inapplicable to them. That section provides:

27. No person shall purchase liquor except from a government store or from a person authorized by licence or permit to sell liquor.

The argument is that s. 27 cannot apply to purchases of liquor intended for export. If it did, say the appellants, it would be an unconstitutional interference with the export of liquor — a matter of federal competence.

The answer to this argument is that when the LCBO charges a markup on liquor purchased in Ontario, it does so in virtue of a transaction that takes place entirely within Ontario. As such, it is acting within its power under s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*.

#### 6. Conclusion

I would allow the appeal in part, varying the order of the Court of Appeal to provide for restitution by the LCBO of all gallonage fees collected

Cela dit, toutefois, j'hésite à modifier la décision du juge de première instance. L'attribution de dommages-intérêts punitifs et d'intérêts composés est discrétionnaire. Voir *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, aux pp. 1104 et 1105; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 130. Il est bien établi qu'une cour d'appel ne devrait pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. Voir *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, aux pp. 1374 et 1375. Parce qu'on ne peut pas dire que le juge de première instance s'est fourvoyé relativement à un principe de droit applicable ou qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon si manifestement erronée qu'il en a résulté une injustice, son refus d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou des intérêts composés devrait être maintenu.

#### F. L'article 27 de la Loi sur les permis d'alcool

Les appelantes affirment que l'art. 27 de la *Loi sur les permis d'alcool* ne s'applique pas à elles. Cet article prévoit:

27 Nul ne doit acheter de l'alcool, sauf d'un magasin du gouvernement ou d'un titulaire de permis ou de permis de circonstance l'autorisant à vendre de l'alcool.

L'argument est le suivant: l'art. 27 ne peut pas s'appliquer aux achats d'alcool destiné à l'exportation, sinon, selon les appelantes, cela constituerait un empiètement inconstitutionnel sur l'exportation d'alcool — un chef de compétence fédérale.

La réponse à cet argument est que, lorsque la RAO exige un supplément au prix de l'alcool acheté en Ontario, elle le fait en vertu d'une opération qui se déroule entièrement en Ontario. Elle agit donc conformément aux droits que lui confère le par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

#### 6. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, en modifiant l'ordonnance de la Cour d'appel de manière à prescrire la restitution par la RAO de tous les droits sur le nombre de gallons perçus auprès des appelantes. Je suis d'avis d'accorder

86

87

88

89

from the appellants. I would award costs on a party-and-party basis throughout.

*Appeal allowed in part with costs.*

*Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondents the Liquor Control Board of Ontario, the Liquor Licence Board of Ontario and the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: George Thomson, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, 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 for Alberta: Margaret Unsworth, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Société des alcools du Québec: McCarthy Tétrault, Montreal.*

des dépens comme entre parties, dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur des intimés la Régie des alcools de l'Ontario, la Commission des permis d'alcool de l'Ontario et le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: George Thomson, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau, 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 l'Alberta: Margaret Unsworth, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Société des alcools du Québec: McCarthy Tétrault, Montréal.*

**Armada Lines Ltd. (now Clipper Shipping Lines) Appellant**

v.

**Chaleur Fertilizers Ltd. Respondent**

INDEXED AS: ARMADA LINES LTD. v. CHALEUR FERTILIZERS LTD.

File No.: 24351.

1997: March 11; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Maritime law — Arrest of cargo — Damages — Wrongful arrest — Cargo's owner posting security to secure release of cargo — Arrest and security undertaking later set aside — Whether cargo's owner entitled to damages for loss of interest in posting security — Whether cargo's owner entitled to damages for wrongful arrest of cargo in absence of bad faith or gross negligence on part of arresting party — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Rules 344, 1003.*

The respondent failed to produce a cargo for loading onto the appellant's ship on dates which had been agreed upon. The appellant issued a statement of claim, commencing an action *in rem* against the cargo and an action *in personam* against the respondent, alleging breach of contract. It then proceeded to have the respondent's cargo arrested, pursuant to Rule 1003 of the *Federal Court Rules*. The respondent secured the release of its cargo on bail, by posting security in the amount of \$80,000. Approximately 20 months later, the respondent successfully brought a motion to strike out the appellant's statement of claim in the *in rem* action and to set aside the arrest of the cargo and the security undertaking. The appellant continued its action *in personam*. The respondent counterclaimed for damages arising out of the arrest of the cargo. The trial judge allowed the appellant's claim for breach of contract and dismissed the respondent's counterclaim. On appeal, the Federal Court of Appeal set aside the judgment, dismissed the breach of contract action and awarded the respondent \$36,650 in damages for the wrongful arrest of the cargo,

**Armada Lines Ltd. (maintenant Clipper Shipping Lines) Appelante**

c.

**Chaleur Fertilizers Ltd. Intimée**

RÉPERTORIÉ: ARMADA LINES LTD. c. CHALEUR FERTILIZERS LTD.

N° du greffe: 24351.

1997: 11 mars; 1997: 26 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit maritime — Saisie de cargaison — Dommages-intérêts — Saisie illégale — Propriétaire de la cargaison déposant un cautionnement pour obtenir la mainlevée de la saisie de la cargaison — Saisie et engagement pris en matière de cautionnement annulés par la suite — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour la perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement? — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour saisie illégale de la cargaison en l'absence de mauvaise foi ou de négligence grave de la part de la partie saisissante? — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles 344, 1003.*

L'intimée n'a pas présenté une cargaison pour chargement sur le navire de l'appelante aux dates qui avaient été convenues. L'appelante a déposé une déclaration pour intenter une action *in rem* contre la cargaison et une action *in personam* contre l'intimée, pour cause d'inexécution de contrat. Elle a ensuite entrepris de faire saisir la cargaison de l'intimée, conformément à la règle 1003 des *Règles de la Cour fédérale*. L'intimée a obtenu la mainlevée de la saisie de sa cargaison sous caution, en déposant un cautionnement de 80 000 \$. Environ 20 mois plus tard, l'intimée a déposé avec succès une requête en radiation de la déclaration de l'appelante dans l'action *in rem* et en annulation de la saisie de la cargaison ainsi que de l'engagement pris en matière de cautionnement. L'appelante a poursuivi son action *in personam*. L'intimée a déposé une demande reconventionnelle pour le préjudice résultant de la saisie de la cargaison. Le juge du procès a accueilli l'action de l'appelante pour inexécution de contrat et a rejeté la demande reconventionnelle de l'intimée. En appel, la Cour d'appel fédérale a annulé le jugement, rejeté l'ac-

compensating the respondent for the loss of interest incurred as a result of posting security and for the loss of use of working capital. The appellant appealed to this Court solely on the issue of the damages for wrongful arrest.

**Held:** The appeal should be allowed in part.

The Federal Court of Appeal did not err in awarding damages for the loss of interest incurred as a result of posting security. Rule 344 of the *Federal Court Rules* gives that court full discretionary power over the payment of costs of all parties involved in the proceedings. An award of costs may include those expenses which arise directly from maintaining the security provided in order to obtain the release of the arrested property. The Federal Court of Appeal erred, however, in awarding damages for the loss of use of working capital under the heading "damages for wrongful arrest". A court may only award damages for wrongful arrest where the arresting party acts with either bad faith or gross negligence. Here, there is no evidence that the appellant acted with either. Any change to extend the scope of the common-law liability rule for maritime arrest should be made by Parliament, not the courts.

#### Cases Cited

**Applied:** *The "Evangelismos"* (1858), 12 Moo. P.C. 352, 14 E.R. 945; **referred to:** *The "St. Eleferio"*, [1957] P. 179; *Antares Shipping Corp. v. The "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274; *Frontera Fruit Co. v. Dowling*, 1937 A.M.C. 1259 (1937); *Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd.*, [1990] 3 F.C. 684; *Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine S.A.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 184; *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497.

#### Statutes and Regulations Cited

*Admiralty Act 1988* (Austl.), No. 34 of 1988, s. 34(1)(a)(ii).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, rr. 344 [rep. & sub. SOR/87-221, s. 2], 1003 [am. SOR/92-726, s. 12; am. SOR/94-41, s. 7].

tion pour inexécution de contrat et accordé à l'intimée la somme de 36 650 \$ en dommages-intérêts pour la saisie illégale de la cargaison, de manière à l'indemniser de la perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement et de la perte d'usage de fonds de roulement. L'appelante ne se pourvoit devant notre Cour que relativement à la question du préjudice résultant d'une saisie illégale.

**Arrêt:** Le pourvoi est accueilli en partie.

La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement. La règle 344 des *Règles de la Cour fédérale* confère à cette cour un plein pouvoir discrétionnaire en matière de paiement des dépens de toutes les parties au litige. Ces dépens peuvent comprendre les dépenses qui résultent directement du maintien du cautionnement fourni en vue d'obtenir la mainlevée de la saisie en cause. La Cour d'appel fédérale a, cependant, commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d'usage de fonds de roulement sous la rubrique «préjudice résultant d'une saisie illégale». Une cour ne peut accorder des dommages-intérêts pour saisie illégale que lorsque la partie saisissante agit de mauvaise foi ou fait preuve de négligence grave. En l'espèce, il n'y a aucune preuve en ce sens. Toute modification visant à élargir la portée de la règle de la responsabilité en common law dans le cas d'une saisie en matière maritime devrait être apportée par le Parlement et non par les tribunaux.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *The «Evangelismos»* (1858), 12 Moo. P.C. 352, 14 E.R. 945; **arrêts mentionnés:** *The «St. Eleferio»*, [1957] P. 179; *Antares Shipping Corp. c. Le «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274; *Frontera Fruit Co. c. Dowling*, 1937 A.M.C. 1259 (1937); *Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd.*, [1990] 3 C.F. 684; *Third Chandris Shipping Corp. c. Unimarine S.A.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 184; *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497.

#### Lois et règlements cités

*Admiralty Act 1988* (Austr.), n° 34 de 1988, art. 34(1)a(ii).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règles 344 [abr. & rempl. DORS/87-221, art. 2], 1003 [mod. DORS/92-726, art. 12; mod DORS/94-41, art. 7].

**Authors Cited**

Nossal, Shane. "Damages for wrongful arrest of a vessel", [1996] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 368.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1996, release 4).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1995] 1 F.C. 3, 170 N.R. 372, setting aside a judgment of the Trial Division (1993), 60 F.T.R. 232. Appeal allowed in part.

*Jon H. Scott and Bruce W. Johnston*, for the appellant.

*Thomas L. McGloan, Q.C.*, and *Guy Spavold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal raises the issue of when a party can recover damages flowing from the arrest of a ship or cargo pursuant to Rule 1003 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663.

**I. Facts**

In February of 1982, the appellant, Armada Lines Ltd. ("Armada"), and the respondent, Chaleur Fertilizers Ltd. ("Chaleur"), entered into a contract wherein the appellant agreed to transport the respondent's cargo of fertilizer from Belledune, New Brunswick, to Lomé, Togo. According to the terms of the agreement, Chaleur was to have its cargo ready for loading onto the appellant's ship by March 30. However, owing to problems with its suppliers, Chaleur could not present its cargo for loading until April 9.

On April 16, following fruitless negotiations between the parties, Armada filed a statement of claim, commencing an action *in rem* against the cargo and an action *in personam* against Chaleur, alleging breach of contract. Once it had filed the statement of claim, Armada proceeded to have the defendant cargo arrested, pursuant to Rule 1003 of

**Doctrine citée**

Nossal, Shane. «Damages for wrongful arrest of a vessel», [1996] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 368.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1996, release 4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 1 C.F. 3, 170 N.R. 372, annulant un jugement de la Section de première instance (1993), 60 F.T.R. 232. Pourvoi accueilli en partie.

*Jon H. Scott et Bruce W. Johnston*, pour l'appelante.

*Thomas L. McGloan, c.r.*, et *Guy Spavold*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève la question de savoir quand une partie peut obtenir des dommages-intérêts découlant de la saisie d'un navire ou d'une cargaison conformément à la règle 1003 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663.

**I. Les faits**

En février 1982, l'appelante, Armada Lines Ltd. («Armada»), et l'intimée, Chaleur Fertilizers Ltd. («Chaleur»), ont conclu un contrat dans lequel l'appelante convenait de transporter la cargaison d'engrais de l'intimée de Belledune (Nouveau-Brunswick) à Lomé, au Togo. Aux termes du contrat, la cargaison de Chaleur devait être prête à être chargée sur le navire de l'appelante dès le 30 mars. Cependant, en raison de problèmes avec ses fournisseurs, Chaleur n'a pas pu présenter sa cargaison pour chargement que le 9 avril.

Le 16 avril, après des négociations infructueuses entre les parties, Armada a déposé une déclaration pour intenter une action *in rem* contre la cargaison et une action *in personam* contre Chaleur, pour cause d'inexécution de contrat. Après avoir déposé cette déclaration, Armada a entrepris de faire saisir la cargaison de la défenderesse, conformément à la

1

2

3

the *Federal Court Rules*. On April 23, Chaleur secured the release of the cargo on bail, by posting security in the amount of \$80,000.

règle 1003 des *Règles de la Cour fédérale*. Le 23 avril, Chaleur a obtenu la mainlevée de la saisie de la cargaison sous caution, en déposant un cautionnement de 80 000 \$.

4 Approximately 20 months later, Chaleur brought a motion to strike out Armada's statement of claim in the *in rem* action. On December 12, 1983, Rouleau J. granted the motion, dismissing Armada's action *in rem* against the cargo of fertilizer, setting aside the arrest of the cargo and setting aside the \$80,000 undertaking with respect to security. Rouleau J. did not give any reasons for judgment.

Environ 20 mois plus tard, Chaleur a déposé une requête en radiation de la déclaration d'Armada dans l'action *in rem*. Le 12 décembre 1983, le juge Rouleau a accueilli la requête, rejeté l'action *in rem* d'Armada contre la cargaison d'engrais et annulé la saisie de la cargaison ainsi que l'engagement de 80 000 \$ pris en matière de cautionnement. Le juge Rouleau n'a exposé aucun motif de jugement.

5 Armada continued its action *in personam*, alleging breach of contract. Chaleur counterclaimed for damages arising out of the arrest of the cargo of fertilizer. The Amended Statement of Defence quantified Chaleur's damages as follows:

Armada a poursuivi son action *in personam*, pour cause d'inexécution de contrat. Chaleur a déposé une demande reconventionnelle pour le préjudice résultant de la saisie de la cargaison d'engrais. La défense modifiée évaluait ainsi le préjudice subi par Chaleur:

(1) Loss of interest in posting security to May 31, 1983: \$3,806.37.

(1) Perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement jusqu'au 31 mai 1983: 3 806,37 \$.

(2) Loss of use of working capital to May 31, 1983: \$32,000.

(2) Perte d'usage de fonds de roulement jusqu'au 31 mai 1983: 32 000 \$.

6 At trial, Reed J. allowed Armada's claim for breach of contract and dismissed Chaleur's counterclaim: (1993), 60 F.T.R. 232. A subsequent appeal to the Federal Court of Appeal was successful, as Heald J.A., writing for the Court of Appeal, reversed Reed J., dismissed the breach of contract action and awarded Chaleur \$36,651.27 for the wrongful arrest of its cargo: [1995] 1 F.C. 3, 170 N.R. 372. The appellant appeals to this Court solely on the issue of the damages for wrongful arrest.

Lors du procès, le juge Reed a accueilli l'action d'Armada pour inexécution de contrat et a rejeté la demande reconventionnelle de Chaleur: (1993), 60 F.T.R. 232. Un appel subséquent devant la Cour d'appel fédérale a été couronné de succès, puisque le juge Heald a, au nom de la Cour d'appel, infirmé la décision du juge Reed, rejeté l'action pour inexécution de contrat et accordé à Chaleur la somme de 36 651,27 \$ pour la saisie illégale de sa cargaison: [1995] 1 C.F. 3, 170 N.R. 372. L'appelante se pourvoit devant notre Cour uniquement quant à la question du préjudice résultant d'une saisie illégale.

## II. Relevant Statutory Provisions

## II. Les dispositions législatives pertinentes

7 *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663

*Rule 1003.* (1) In an action *in rem*, a warrant for the arrest of property may be issued at any time after the filing of the statement of claim or declaration.

*Règle 1003.* (1) Dans une action *in rem*, un mandat de saisie de biens peut être décerné à tout moment après le dépôt du *statement of claim* ou déclaration.

(2) An application for a warrant under paragraph (1) may be made by filing an affidavit, entitled "Affidavit to Lead Warrant", which shall contain a statement showing

- (a) the name, address and occupation of the applicant for the warrant;
- (b) the nature of the claim;
- (c) that the claim has not been satisfied;
- (d) the nature of the property to be arrested, and, if the property is a ship, the name and national character of the ship and the port to which she belongs; and
- (e) [Repealed, SOR/94-41, s. 7]
- (f) if the application is for a warrant against a ship described in subsection 43(8) of the Act, that the person making the affidavit shows reasonable grounds to believe that the ship for which the warrant is sought is beneficially owned by the person who is the owner of a ship that is the subject of the action.

. . .

(5) A warrant may be issued under paragraph (1) by the Court, a prothonotary, or an officer of the Registry who has been authorized by order of the Court to issue warrants under this Rule. A prothonotary or any officer so authorized may, instead of issuing a warrant, refer the matter to the Court. The Court, upon an application for a warrant or upon a reference of an application to it, may require that notice of the application be given to designated persons. The warrant (Form 34) shall be signed by the person issuing it or, if it is issued by the Court, by the presiding judge.

(6) The warrant shall be served by the marshal, or any person lawfully authorized to act in his stead, in the manner prescribed by these Rules for the service of a statement of claim or declaration in an action *in rem*, and thereupon the property shall be deemed to be arrested.

### III. Judgments Appealed From

#### A. *Federal Court (Trial Division)*

The trial judge based her dismissal of Chaleur's counterclaim on the lengthy delay between the arrest of the cargo and the motion to set aside the arrest, a period of some 20 months. In the opinion of the trial judge, if Chaleur had acted promptly in bringing the motion to set aside the arrest, it could

(2) Une demande de mandat prévu par l'alinéa (1) peut être faite par dépôt d'un affidavit, intitulé «Affidavit portant demande de mandat», qui doit contenir une déclaration indiquant:

- a) le nom, l'adresse et la profession ou occupation du requérant du mandat;
- b) la nature de la réclamation;
- c) qu'on n'a pas fait droit à la réclamation;
- d) la nature des biens à saisir, et, s'il s'agit d'un navire, le nom et la nationalité du navire ainsi que son port d'attache; et
- e) [abrogé, DORS/94-41, art. 7]
- f) si la demande concerne l'obtention d'un mandat contre un navire visé au paragraphe 43(8) de la Loi, que l'auteur de l'affidavit a des motifs raisonnables de croire que le navire pour lequel le mandat est demandé appartient au véritable propriétaire d'un navire en cause dans l'action.

. . .

(5) Un mandat peut être décerné en vertu de l'alinéa (1) par la Cour, un protonotaire ou un fonctionnaire du greffe qui a été autorisé, par ordonnance de la Cour, à décerner des mandats en vertu de la présente Règle. Un protonotaire ou tout fonctionnaire ainsi autorisé peut, au lieu de décerner un mandat, renvoyer la question à la Cour. Lorsque la Cour est saisie d'une demande de mandat, ou lorsqu'une demande lui est renvoyée, la Cour pourra requérir qu'un avis de la demande soit donné à des personnes désignées. Le mandat (Formule 34) doit être signé par la personne qui le décerne ou, s'il est décerné par la Cour, par le juge président.

(6) Le mandat doit être signifié par le prévôt ou toute personne légalement autorisée à agir à sa place, de la façon prescrite par les présentes Règles pour la signification d'un *statement of claim* ou déclaration dans une action *in rem*, et, dès la signification, les biens sont censés saisis.

### III. Les jugements portés en appel

#### A. *Cour fédérale (Section de première instance)*

Le juge de première instance a fondé son rejet de la demande reconventionnelle de Chaleur sur la longueur du délai écoulé entre la saisie de la cargaison et la requête en annulation de saisie, soit une vingtaine de mois. Selon le juge de première instance, si Chaleur avait déposé promptement sa

have avoided virtually all of the costs involved in maintaining the security. She said (at p. 239):

To the extent that the [respondent] incurred costs in maintaining security, from April 23, 1982 to December 12, 1983, the length of time involved was a matter under its control.

9 For these reasons, the trial judge dismissed the counterclaim. However, she did award the respondent its costs associated with the two motions, first, to obtain bail and, second, to set aside the arrest.

B. *Federal Court of Appeal*, [1995] 1 F.C. 3

10 Writing for a unanimous Court of Appeal, Heald J.A. first looked at the December 12, 1983 order by Rouleau J., which set aside the warrant of arrest of the cargo. The Court of Appeal concluded that this order amounted to a finding that Armada had acted "unlawfully" in effecting the arrest.

11 Next, the Court of Appeal addressed the trial judge's finding that, by failing to bring the motion to have the arrest set aside within a reasonable time, Chaleur was the author of its own loss. Heald J.A. disagreed with the trial judge and said that the law did not obligate the owner of arrested cargo to act immediately in opposition to the arrest (at p. 19):

In essence, [the trial judge] was imposing a duty upon the owner of the arrested cargo of a ship to take immediate action to have that arrest . . . set aside. I am not aware of any legal justification for the imposition of such a duty.

12 Having decided that the delay did not dispose of Chaleur's counterclaim, Heald J.A. turned to examine the law relating to the arrest of cargo. In his view, the maritime arrest procedure offers a plaintiff interlocutory relief similar to that provided by a *Mareva* injunction. Rule 1003 of the *Federal Court Rules* sets out the criteria applicable to the granting of a warrant for the arrest of

requête en annulation de saisie, elle aurait pu éviter pratiquement tous les frais de maintien du cautionnement. Le juge a dit (à la p. 239):

Dans la mesure où [l'intimée] a engagé des frais pour maintenir ledit cautionnement entre le 23 avril 1982 et le 12 décembre 1983, la durée de la période en cause était un point dépendant de sa volonté.

Pour ces motifs, le juge de première instance a rejeté la demande reconventionnelle. Toutefois, elle a effectivement accordé à l'intimée les frais liés aux deux requêtes visant, premièrement, à obtenir un cautionnement et, deuxièmement, à faire annuler la saisie.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1995] 1 C.F. 3

Au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Heald a d'abord examiné l'ordonnance du 12 décembre 1983, dans laquelle le juge Rouleau avait annulé le mandat de saisie de la cargaison. La Cour d'appel a conclu que cette ordonnance revenait à conclure qu'Armada avait agi «illégalement» en effectuant la saisie.

Ensuite, la Cour d'appel a abordé la conclusion du juge de première instance voulant qu'en ne déposant pas la requête en annulation de saisie dans un délai raisonnable, Chaleur ait été à l'origine de sa propre perte. Le juge Heald n'était pas d'accord avec le juge de première instance et a affirmé que la loi n'obligeait pas le propriétaire de la cargaison saisie à s'opposer immédiatement à la saisie (à la p. 19):

Essentiellement, [le juge de première instance] imposait au propriétaire [de la cargaison du] navire l'obligation de prendre des mesures immédiates pour faire annuler la saisie [. . .] À ma connaissance, il n'existe aucun fondement légal justifiant l'imposition d'une pareille obligation.

Après avoir statué que le délai ne réglait pas la demande reconventionnelle de Chaleur, le juge Heald a examiné le droit applicable à la saisie d'une cargaison. À son avis, la procédure de saisie en droit maritime offre à un demandeur un redressement interlocutoire semblable à celui que constitue l'injonction de type *Mareva*. La règle 1003 des *Règles de la Cour fédérale* énonce les critères

property. In the opinion of the Court of Appeal, the Rule 1003 guidelines are “consistent” with the rules which govern *Mareva* injunctions. Heald J.A. explained (at p. 20):

In each instance, the onus is undoubtedly cast upon the plaintiff to show that the arrest requested is necessary for the protection of its rights.

The court did acknowledge one apparent difference between the two: in order to obtain a *Mareva* injunction, a plaintiff must give an undertaking in damages; by contrast, Rule 1003 makes no mention of undertakings. However, in the view of the Court of Appeal, the omission of the undertaking requirement from the text of the *Federal Court Rules* does not preclude the courts from effectively reading such language into the legislation. Heald J.A. said (at p. 20):

While Rule 1003 does not specifically require an undertaking as to damages for wrongful arrest, I think it to be a necessary inference that the plaintiff assumes the consequences of such an arrest.

Heald J.A. concluded that, if a plaintiff obtains an arrest of cargo which later turns out to be “illegal”, the plaintiff “must suffer the consequences of that illegality” (p. 20).

In the present case, Heald J.A. found that Armada had arrested the cargo “without legal justification” (p. 20). Accordingly, the Court of Appeal held that Armada must suffer the consequences of that illegality and compensate Chaleur for the damages which flowed from the arrest.

For these reasons, the Court of Appeal allowed the respondent’s counterclaim, with costs, awarding \$36,651.27 with interest calculated at 11.31 percent per annum from April 16, 1982.

#### IV. Issues

1. Did the Federal Court of Appeal err in awarding damages for loss of interest in posting security?

applicables à la délivrance d’un mandat de saisie de biens. Selon la Cour d’appel, les directives de la règle 1003 sont «compatibles» avec les règles qui régissent les injonctions *Mareva*. Le juge Heald donne l’explication suivante, à la p. 20:

Dans les deux cas, il ne fait aucun doute que le demandeur a le fardeau de prouver que la saisie demandée est nécessaire pour protéger ses droits.

La cour a effectivement reconnu qu’il existait une différence manifeste entre les deux: pour obtenir une injonction *Mareva*, un demandeur doit s’engager à payer des dommages-intérêts; par contre, la règle 1003 ne fait aucune allusion à des engagements. Cependant, selon la Cour d’appel, l’absence de l’exigence d’engagement dans le texte des *Règles de la Cour fédérale* n’empêche pas les tribunaux de considérer que la loi comporte effectivement une telle exigence. Le juge Heald affirme, à la p. 20:

Même si la Règle 1003 n’exige pas précisément qu’il y ait un engagement de payer des dommages-intérêts en cas de saisie injustifiée, j’estime qu’il va de soi que le demandeur assume les conséquences d’une telle saisie.

Le juge Heald a conclu que, si le demandeur obtient une saisie de cargaison qui s’avère «illégale» par la suite, celui-ci «doit subir les conséquences de cette illégalité» (p. 20).

En l’espèce, le juge Heald a conclu que la saisie de la cargaison par Armada n’avait «aucun fondement légal» (p. 20). Par conséquent, la Cour d’appel a jugé qu’Armada doit subir les conséquences de cette illégalité et indemniser Chaleur du préjudice résultant de la saisie.

Pour ces motifs, la Cour d’appel a accueilli la demande reconventionnelle de l’intimée, avec dépens, et lui a accordé la somme de 36 651,27 \$ plus des intérêts calculés au taux annuel de 11,31 pour 100 à compter du 16 avril 1982.

#### IV. Les questions en litige

1. La Cour d’appel fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d’intérêts résultant du dépôt d’un cautionnement?

13

14

15

16

2. Did the Federal Court of Appeal err in awarding damages for the loss of use of working capital under the heading “damages for wrongful arrest”?

2. La Cour d’appel fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d’usage de fonds de roulement sous la rubrique «préjudice résultant d’une saisie illégale»?

V. Analysis

V. Analyse

A. *Did the Federal Court of Appeal err in awarding damages for loss of interest in posting security?*

A. *La Cour d’appel fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d’intérêts résultant du dépôt d’un cautionnement?*

17 The Court of Appeal, in allowing Chaleur’s counterclaim, awarded damages to compensate the respondent for interest paid on the \$80,000 loan which was taken out in order to post security. In my view, the Court of Appeal did not err in making this award.

En accueillant la demande reconventionnelle de Chaleur, la Cour d’appel a accordé des dommages-intérêts pour indemniser l’intimée des intérêts payés sur l’emprunt de 80 000 \$ qui avait été contracté pour le dépôt d’un cautionnement. À mon avis, la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur sur ce point.

18 Rule 344 of the *Federal Court Rules* gives the Federal Court full discretionary power over the payment of costs of all parties involved in the proceedings. An award of costs may include those expenses which arise directly from maintaining the security provided in order to obtain the release of the arrested property. In *The “St. Elefterio”*, [1957] P. 179, at p. 187, Willmer J. said:

La règle 344 des *Règles de la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale un plein pouvoir discrétionnaire en matière de paiement des dépens de toutes les parties au litige. Ces dépens peuvent comprendre les dépenses qui résultent directement du maintien du cautionnement fourni en vue d’obtenir la mainlevée de la saisie en cause. Dans l’arrêt *The «St. Elefterio»*, [1957] P. 179, à la p. 187, le juge Willmer affirme:

[T]he plaintiffs, if their alleged cause of action turns out not to be a good one, will be held liable for costs, and those costs will include the costs of furnishing bail in order to secure the release of the ship.

[TRADUCTION] [L]a demanderesse, si la cause d’action qu’elle allègue ne s’avère pas bonne, sera tenue responsable des dépens, et ceux-ci comprendront les frais engagés pour fournir le cautionnement destiné à obtenir la mainlevée de la saisie du navire.

And in *Antares Shipping Corp. v. The “Capricorn”*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.), Le Dain J. said (at p. 279):

Et dans l’arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.), le juge Le Dain affirme, à la p. 279:

[T]he expense of giving bail forms part of the taxable costs for which security may be ordered to be given under Rule 446.

[L]es dépenses engagées pour fournir caution font partie des frais taxables pour lesquels il peut être ordonné, en vertu de la Règle 446, de donner une garantie.

19 In this case, the expense of giving bail included the roughly \$3,800 in interest which the respondent paid to its creditor for the \$80,000 security payment. Therefore, in my opinion, the Court of

En l’espèce, les dépenses engagées pour fournir un cautionnement comprenaient le montant d’intérêts approximatif de 3 800 \$ que l’intimée a versé à son créancier pour le paiement du cautionnement

Appeal did not err in awarding the respondent the interest which it paid on the bail money.

B. *Did the Federal Court of Appeal err in awarding damages for the loss of use of working capital under the heading "damages for wrongful arrest"?*

The rule governing when a party can claim damages for wrongful arrest was laid down in *The "Evangelismos"* (1858), 12 Moo. P.C. 352, 14 E.R. 945. In that case, the Privy Council held that a court may only award damages for wrongful arrest where the arresting party acts with either bad faith or gross negligence (at p. 359):

Undoubtedly there may be cases in which there is either *mala fides*, or that *crassa negligentia*, which implies malice, which would justify a Court of Admiralty giving damages . . . .

The real question . . . comes to this: is there or is there not, reason to say, that the action was so unwarrantably brought, or brought with so little colour, or so little foundation, that it rather implies malice on the part of the Plaintiff, or that gross negligence which is equivalent to it?

Holmes J. explained in *Frontera Fruit Co. v. Dowling*, 1937 A.M.C. 1259 (5th Cir. 1937), at p. 1266:

The gravamen of the right to recover damages for wrongful seizure or detention of vessels is the bad faith, malice, or gross negligence of the offending party.

The rule in *The "Evangelismos"* survives to this day. See, for example, *Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd.*, [1990] 3 F.C. 684 (T.D.). I am not aware of any Canadian case where a court has awarded damages for wrongful arrest in the absence of conduct amounting to either malice or gross negligence.

In this case, none of the courts below found that the appellant acted with either bad faith or gross

de 80 000 \$. Donc, à mon avis, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en accordant à l'intimée les intérêts qu'elle a payés sur le cautionnement.

B. *La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour la perte d'usage de fonds de roulement sous la rubrique «préjudice résultant d'une saisie illégale»?*

La règle applicable pour déterminer quand une partie peut réclamer des dommages-intérêts pour saisie illégale a été établie dans *The «Evangelismos»* (1858), 12 Moo. P.C. 352, 14 E.R. 945. Dans cet arrêt, le Conseil privé a conclu qu'une cour ne peut accorder des dommages-intérêts pour saisie illégale que lorsque la partie saisissante agit de mauvaise foi ou fait preuve de négligence grave (à la p. 359):

[TRADUCTION] Il peut, sans doute, y avoir des cas où il y a soit mauvaise foi soit négligence grave qui implique une intention de nuire, ce qui justifierait l'attribution des dommages-intérêts par une cour d'amirauté . . .

La véritable question [. . .] se résume à ceci: y a-t-il ou non une raison de dire que l'action a été intentée de façon si injustifiable ou avec si peu de vraisemblance ou de fondement qu'elle implique plutôt l'existence d'une intention de nuire chez le demandeur, ou encore de cette négligence grave qui y équivaut?

Le juge Holmes donne l'explication suivante dans *Frontera Fruit Co. c. Dowling*, 1937 A.M.C. 1259 (5th Cir. 1937), à la p. 1266:

[TRADUCTION] Le droit d'obtenir des dommages-intérêts pour saisie ou rétention illégale de navires se fonde sur la mauvaise foi, l'intention de nuire ou la négligence grave de la partie fautive.

La règle de l'arrêt *The «Evangelismos»* s'applique encore aujourd'hui. Voir, par exemple, *Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd.*, [1990] 3 C.F. 684 (1<sup>re</sup> inst.). Je ne connais aucune décision canadienne dans laquelle un tribunal a accordé des dommages-intérêts pour saisie illégale en l'absence d'une conduite correspondant à une intention de nuire ou à une négligence grave.

En l'espèce, aucun des tribunaux d'instance inférieure n'a conclu que l'appelante avait agi de

20

21

22

negligence. This would seem to preclude a claim for wrongful arrest. However, on this point, the respondent made two submissions. First, counsel argued that the rule in *The "Evangelismos"* should no longer be followed and that damages for wrongful arrest should not be limited to cases of bad faith or gross negligence. In the alternative, counsel invited this Court to reach its own finding of *mala fides* or *crassa negligentia* based on the evidentiary record. I will address each of these arguments in turn.

23 In asking this Court to depart from the *Evangelismos* rule, the respondent focused on the similarities between the maritime arrest procedure, on the one hand, and the seizure of assets pursuant to a *Mareva* injunction, on the other. And, indeed, in substance, the two orders are not dissimilar: both the admiralty arrest and the *Mareva* injunction restrain a defendant from dealing with his or her property prior to judgment. However, despite this similarity of purpose and effect, the rules surrounding the two remedies differ in certain important respects.

24 A plaintiff who obtains a *Mareva* injunction, like a plaintiff who obtains any type of interlocutory injunctive relief, must give an undertaking to compensate the defendant for damages sustained by reason of the injunction, should the action ultimately fail. *Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine S.A.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 184 (C.A.), at p. 189; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1992 (loose-leaf)), at ¶ 2.470. By contrast, Rule 1003(2) of the *Federal Court Rules*, which governs the arrest of a ship or cargo, does not require that the plaintiff give any undertaking for damages. Furthermore, as discussed above, the common law only imposes liability for damages flowing from the arrest of property if the plaintiff acted with either *mala fides* or *crassa negligentia*.

25 The respondent argued that the disparity between these two sets of rules operates unfairly

mauvaise foi ou fait preuve de négligence grave. Cela semblerait exclure une réclamation pour saisie illégale. Toutefois, sur ce point, l'intimée a avancé deux arguments. Premièrement, son avocat a soutenu que la règle de l'arrêt *The «Evangelismos»* ne devrait plus être appliquée et que les dommages-intérêts pour saisie illégale ne devraient pas se limiter aux cas de mauvaise foi ou de négligence grave. Subsidiairement, l'avocat a demandé à notre Cour de tirer sa propre conclusion à l'existence de mauvaise foi ou de négligence grave d'après la preuve au dossier. Je vais aborder chacun de ces arguments à tour de rôle.

En demandant à notre Cour de déroger à la règle *Evangelismos*, l'intimée s'est concentrée sur les similitudes entre la procédure de saisie en droit maritime, d'une part, et la saisie de biens conformément à une injonction *Mareva*, d'autre part. Et, en fait, les deux ordonnances ne diffèrent pas pour l'essentiel: la saisie en droit maritime et l'injonction *Mareva* empêchent toutes deux la partie demanderesse d'aliéner son bien avant un jugement. Toutefois, malgré cette similitude sur le plan de l'objet et de l'effet, les règles entourant les deux mesures de redressement diffèrent à certains égards importants.

Le demandeur qui obtient une injonction *Mareva*, tout comme le demandeur qui obtient n'importe quel type d'injonction interlocutoire, doit s'engager à indemniser le défendeur du préjudice subi en raison de l'injonction, si, en fin de compte, il n'a pas gain de cause. *Third Chandris Shipping Corp. c. Unimarine S.A.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 184 (C.A.), à la p. 189; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2<sup>e</sup> éd. 1992 (feuilles mobiles)), au ¶ 2.470. Par contre, la règle 1003(2) des *Règles de la Cour fédérale*, qui régit la saisie d'un navire ou d'une cargaison, n'exige pas que le demandeur s'engage à payer des dommages-intérêts. De plus, comme nous l'avons vu, la common law impose une responsabilité seulement pour le préjudice résultant de la saisie d'un bien si le demandeur a agi de mauvaise foi ou a fait preuve de négligence grave.

L'intimée a soutenu que la disparité entre ces deux ensembles de règles joue injustement contre

against defendants in admiralty law actions. To remedy this unfairness, the respondent suggested imposing a new rule on maritime law. Under this proposed rule, a plaintiff who effects a maritime arrest and then has his or her claim dismissed will be liable for all damages caused by the arrest. This position finds support among certain academic writers, who have criticized the *Evangelismos* rule as being out of step with modern developments in the common law. See, for example, S. Nossal, "Damages for the wrongful arrest of a vessel", [1996] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 368.

While I have some sympathy with this argument, in my view, any such change in the law falls not to the courts, but rather to the legislature to carry out. As noted above, the rule in *The "Evangelismos"* is of long standing. Whether it does or does not operate harshly upon defendants is a question best resolved by the legislature. As this Court said in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, at p. 531:

... whether this regime is responsive to modern realities is a question of policy to be determined by Parliament and not the courts whose task is to interpret and give effect to the intention of Parliament.

In this regard, I note that, apparently alone among the common law jurisdictions, Australia has departed from the rule in *The "Evangelismos"*. Section 34(1)(a)(ii) of the Australian *Admiralty Act 1988*, No. 34 of 1988, provides that a party may recover damages arising out of the arrest of property if the arrest was obtained "unreasonably and without good cause". As pointed out by counsel for the appellant, this change was effected not through judicial means, but rather by specific legislative enactment. In my opinion, any analogous change in Canadian law must originate in the legislative branch of government. For these reasons, in my view, the rule in *The "Evangelismos"* remains good law in Canada.

les défendeurs dans des actions fondées sur le droit maritime. Pour remédier à cette injustice, l'intimée a suggéré d'imposer une nouvelle règle en droit maritime. Selon ce projet de règle, le demandeur qui a effectué une saisie en matière maritime et qui voit son action rejetée sera responsable de tout le préjudice causé par cette saisie. Ce point de vue est appuyé par certains auteurs de doctrine, qui ont reproché à la règle *Evangelismos* d'aller à l'encontre de l'évolution moderne de la common law. Voir, par exemple, S. Nossal, «Damages for the wrongful arrest of a vessel», [1996] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 368.

Bien que je sois favorable jusqu'à un certain point à cet argument, j'estime qu'il appartient au législateur et non pas aux tribunaux de modifier ainsi le droit. Comme nous l'avons vu, la règle de l'arrêt *The «Evangelismos»* ne date pas d'hier. C'est le législateur qui est le mieux en mesure de décider si elle traite ou non durement les défendeurs. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, aux pp. 531 et 532:

... la question de savoir si ce régime tient compte des réalités modernes en est une de principe qui doit être tranchée par le Parlement et non pas par les tribunaux, dont la tâche consiste à interpréter l'intention du Parlement et à la mettre à exécution.

À cet égard, je note que l'Australie est apparemment le seul pays de common law à avoir dérogé à la règle de l'arrêt *The «Evangelismos»*. En Australie, le sous-al. 34(1)a)(ii) de l'*Admiralty Act 1988*, n° 34 de 1988, prévoit qu'une partie peut obtenir l'indemnisation du préjudice résultant de la saisie d'un bien si cette saisie a été obtenue [TRADUCTION] «de façon déraisonnable et sans motif valable». Comme l'a souligné l'avocat de l'appelante, ce changement s'est effectué non pas par voie judiciaire mais par l'adoption de mesures législatives particulières. Selon moi, toute modification analogue du droit canadien doit provenir du pouvoir législatif. Pour ces motifs, je suis d'avis que la règle de l'arrêt *The «Evangelismos»* reste valable au Canada.

26

27

28

I will next address the respondent's second argument that this Court should make its own finding of *mala fides* or *crassa negligentia* based on the evidence. I wish to emphasize that none of the courts below, not the motions court judge, or the trial judge, or the Court of Appeal, addressed this issue. An examination of their respective reasons and orders reveals no indication that any of the judgments were based on a finding of either bad faith or gross negligence. Furthermore, I could find no evidence in the record which would support such a finding. Given the lack of supporting evidence and the failure of any of the courts below to address the issue of bad faith or gross negligence, in my opinion, it would not be appropriate for this Court to make such a finding.

29

Accordingly, given that this Court has no evidence that the appellant acted with either *mala fides* or with gross negligence, in my view, the Court of Appeal erred in awarding damages for wrongful arrest.

## VI. Conclusion

30

For the foregoing reasons, I would allow this appeal in part, as follows:

- (i) The appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal on the respondent's counterclaim is allowed with costs.
- (ii) However, the respondent may recover its costs in the motion to strike the action *in rem* and to set aside the arrest. These costs include the \$3,806.37 in interest costs incurred as a result of maintaining the \$80,000 security.

Because success has been divided, I would not otherwise disturb costs ordered in the courts below.

*Appeal allowed in part.*

Je vais maintenant aborder le deuxième argument de l'intimée selon lequel notre Cour devrait tirer sa propre conclusion à l'existence de mauvaise foi ou de négligence grave d'après la preuve. Je voudrais insister sur le fait que les juridictions inférieures, à savoir le juge des requêtes, le juge de première instance et la Cour d'appel, n'ont pas abordé cette question. L'examen de leurs ordonnances et motifs respectifs n'indique nullement que l'un quelconque de leurs jugements est fondé sur une conclusion à l'existence de mauvaise foi ou de négligence grave. De plus, je n'ai pu découvrir dans le dossier aucun élément de preuve qui justifierait une telle conclusion. Vu l'absence d'élément de preuve à l'appui et vu l'omission des tribunaux d'instance inférieure d'aborder la question de la mauvaise foi ou de la négligence grave, j'estime qu'il ne conviendrait pas que notre Cour tire une telle conclusion.

Par conséquent, étant donné que notre Cour ne dispose d'aucune preuve que l'appelante a agi de mauvaise foi ou fait preuve de négligence grave, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour saisie illégale.

## VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, de la façon suivante:

- (i) Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale relativement à la demande reconventionnelle de l'intimée est accueilli, avec dépens.
- (ii) Cependant, l'intimée peut obtenir ses dépens dans la requête en radiation de l'action *in rem* et en annulation de la saisie. Ces dépens comprennent les frais d'intérêt de 3 806,37 \$ engagés pour maintenir le cautionnement de 80 000 \$.

Comme il y a gain de cause partagé, je suis d'avis de ne pas modifier par ailleurs les dépens accordés par les tribunaux d'instance inférieure.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Solicitors for the appellant: McMaster Meighen,  
Montreal.*

*Procureurs de l'appelante: McMaster Meighen,  
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Gilbert, McGloan,  
Gillis, Saint John.*

*Procureurs de l'intimée: Gilbert, McGloan,  
Gillis, Saint John.*

**Patrick Mara and Allan East** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARA

File No.: 25159.

Hearing and judgment on East appeal: March 12, 1997.

Reasons and judgment on Mara appeal: June 26, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Appeal — Question of law — Indecency — Theatrical performance — Whether a given performance unlawful a question of law alone.*

*Criminal law — Indecency — Theatrical performance — Lap dancing — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager of tavern charged with allowing indecent performances — Whether performances indecent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).*

*Criminal law — Indecency — Theatrical performance — Mens rea — Tavern owner hiring manager to oversee all aspects of entertainment — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager charged with allowing indecent performances — Whether Court of Appeal erred in overturning trial judge's finding of fact that owner did not have sufficient mens rea — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).*

M, the owner of a tavern, and E, his manager in charge of entertainment, were charged with allowing indecent performances pursuant to s. 167(1) of the *Criminal Code*. The performances in question involved varying degrees of sexual contact between nude "dancers" and patrons at the tavern, including the fondling and kissing of a dancer's breasts by patrons, mutual masturbation and apparent cunnilingus. At trial, both accused were acquitted. The trial judge held that M did

**Patrick Mara et Allan East** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARA

N° du greffe: 25159.

Audition et jugement quant au pourvoi de East: 12 mars 1997.

Motifs et jugement quant au pourvoi de Mara: 26 juin 1997.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Appel — Question de droit — Indécence — Représentation théâtrale — La question de savoir si un spectacle donné est illégal est-elle une question de droit seulement?*

*Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — Danse-contact — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients d'une taverne — Propriétaire et gérant d'une taverne accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — Les spectacles étaient-ils indécents? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).*

*Droit criminel — Indécence — Représentation théâtrale — Mens rea — Gérant engagé par le propriétaire d'une taverne pour surveiller tous les aspects des divertissements — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients de la taverne — Propriétaire et gérant accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que le propriétaire n'avait pas eu une mens rea suffisante? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).*

M, le propriétaire d'une taverne, et E, son gérant responsable des divertissements, ont été accusés, en vertu du par. 167(1) du *Code criminel*, d'avoir permis la présentation de spectacles indécents. Les spectacles en question comprenaient à divers degrés, des contacts sexuels entre des «danseuses» nues et des clients de la taverne, notamment une conduite des clients consistant à caresser et à embrasser les seins d'une danseuse, à se livrer à la masturbation mutuelle et apparemment au

not have the requisite criminal intent to support a conviction. He found that M made adequate and appropriate arrangements in hiring an entertainment director to oversee all aspects of entertainment and that there was no evidence that M knew that the table dancers were usually performing dances which might be classified as indecent. In any event, after reviewing the activities observed by the police in the tavern, he concluded that the performances did not exceed the Canadian community standard of tolerance and thus were not indecent. On appeal, the Court of Appeal set aside the acquittals and convicted both accused.

*Held:* E's appeal should be dismissed. M's appeal should be allowed.

The Court of Appeal had jurisdiction to hear the appeal from the acquittals. The Crown may only appeal an acquittal on a question of law alone. The question of whether a given set of facts gives rise to a finding of indecency is a question of law for the purposes of appeal.

Aside from the question of intent, conviction or acquittal in this case turns only on whether the performances were indecent. The appropriate test to determine indecency is the community standard of tolerance. A performance is indecent if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that the community would not tolerate it taking place. The relevant social harm to be considered under s. 167 of the *Criminal Code* is the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole. Here, as found by the Court of Appeal, the conduct exceeded the standard of tolerance in contemporary Canadian society. The activities were indecent insofar as they involved sexual touching between dancer and patron. This type of activity — the fondling and sucking of the dancer's breasts by patrons, as well as contact between the dancer or patron and the other person's genitals — is harmful to society in many ways: it degrades and dehumanizes women; it desensitizes sexuality and is incompatible with the dignity and equality of each human being; and it predisposes persons to act in an antisocial manner. This analysis is sufficient to ground the finding that the performances were indecent. The potential harm to the performers themselves — the risks of harm from sexually transmitted diseases and from the activities' similarity to prostitution — while

cunnilingus. Au procès, les deux accusés ont été acquittés. Le juge du procès a statué que M n'avait pas eu l'intention criminelle requise pour justifier une déclaration de culpabilité. Il a conclu que M avait pris des mesures adéquates et appropriées en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements, et qu'il n'y avait aucune preuve que M savait que les danseuses aux tables exécutaient habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d'indécents. Quoiqu'il en soit, après avoir examiné les activités observées par les policiers dans la taverne, il a décidé que les spectacles n'outrepassaient pas la norme de tolérance de la société canadienne et n'étaient donc pas indécents. En appel, la Cour d'appel a annulé les acquittements et déclaré les deux accusés coupables.

*Arrêt:* Le pourvoi de E est rejeté. Le pourvoi de M est accueilli.

La Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel contre les acquittements. Le ministère public ne peut en appeler d'un acquittement que sur une question de droit seulement. La question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à une conclusion d'indécence est une question de droit aux fins d'un appel.

Mise à part la question de l'intention, la déclaration de culpabilité ou l'acquittement en l'espèce dépendent seulement de la question de savoir si les spectacles étaient indécents. Le critère à appliquer pour déterminer s'il y a indécence est la norme de tolérance de la société. Un spectacle est indécent si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu. Le préjudice social qui doit être examiné en vertu de l'art. 167 du *Code criminel* est le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. Ici, comme l'a conclu la Cour d'appel, la conduite outrepassait la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine. Les activités étaient indécents dans la mesure où elles comportaient des atouchements sexuels entre les danseuses et les clients. Ce type d'activité — les caresses des seins des danseuses par les clients avec les mains ou la bouche, de même que les contacts d'organes génitaux entre danseuses et clients — est préjudiciable à la société à maints égards: il dégrade et déshumanise les femmes; il banalise la sexualité et est incompatible avec la dignité et l'égalité de tous les êtres humains; il prédispose, en outre, les personnes à agir d'une manière antisociale. Cette analyse suffit pour justifier la conclusion que les spectacles en cause étaient indécents. La possibilité qu'un préjudice soit causé aux

obviously regrettable is not a central consideration under s. 167. The risk of harm to the performers is only relevant insofar as that risk exacerbates the social harm resulting from the degradation and objectification of women. Finally, the physical contact between patron and dancer and the public nature of the activity are the central points distinguishing this case from *Tremblay* and *Hawkins*.

Since there is no issue in this appeal concerning E's intent, the finding of indecency is sufficient to uphold his conviction. The Court of Appeal erred, however, in interfering with the trial judge's factual finding that M did not have the requisite *mens rea* to support a conviction. Section 167 is a full *mens rea* offence. The requirement that an accused "allow" an indecent performance implies, at the very least, a requirement of concerted acquiescence on the part of the accused or wilful blindness. The word "allow" in this context should be equated with "knowingly" in the context of s. 163(2) of the *Criminal Code*. Here, the trial judge noted that both E and M testified that E was entirely responsible for the activity of the dancers at the tavern and found, as a fact, that M did not have actual knowledge of the activities in question. In overturning this finding, the Court of Appeal improperly substituted its view of the facts for that of the trial judge. Further, the issue of wilful blindness did not arise. First, the trial judge stated that M did not have the "necessary criminal intent", and this includes wilful blindness. Second, the trial judge's finding that M had taken "reasonable steps" — the delegation of responsibility to E — to comply with the law precludes the possibility that he could have been found wilfully blind. It is possible in other circumstances that delegation in bad faith in order to protect oneself from the law rather than to ensure compliance with the law will amount to wilful blindness. Given the trial judge's finding of fact on *mens rea*, M's acquittal should be restored.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; referred to: *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *R. v. Morin*, [1992] 3

exécutantes mêmes — le risque de préjudice découlant de maladies transmises sexuellement et d'activités semblables à la prostitution — bien qu'elle soit évidemment regrettable, n'est pas un facteur essentiel aux fins de l'art. 167. Le risque que les exécutantes subissent un préjudice n'est pertinent que s'il aggrave le préjudice social résultant de l'aviilissement des femmes et de leur traitement comme des êtres objets. Enfin, le contact physique entre clients et danseuses et la nature publique de l'activité en question sont les principaux éléments qui distinguent la présente affaire des arrêts *Tremblay* et *Hawkins*.

Étant donné que le présent pourvoi ne comporte aucune question relative à l'intention de E, la conclusion d'indécence est suffisante pour maintenir sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a, toutefois, commis une erreur en modifiant la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle M n'avait pas eu la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité. L'article 167 définit une infraction exigeant une *mens rea* complète. L'exigence que l'accusé «permette» la présentation d'un spectacle indécent implique, tout au moins, l'exigence d'acquiescement concerté ou d'ignorance volontaire de la part de l'accusé. Le mot «permet», dans le présent contexte, devrait être assimilé à «sciemment» dans le contexte du par. 163(2) du *Code criminel*. En l'espèce, le juge du procès a noté que E et M avaient témoigné que E était entièrement responsable des activités des danseuses à la taverne et il a tenu pour avéré que M n'avait pas eu véritablement connaissance des activités en question. En écartant cette conclusion, la Cour d'appel a irrégulièrement substitué sa perception des faits à celle du juge du procès. De plus, la question de l'ignorance volontaire ne se posait pas. Premièrement, le juge du procès a affirmé que M n'avait pas eu «l'intention criminelle requise», ce qui comprend l'ignorance volontaire. Deuxièmement, la conclusion du juge du procès que M avait pris des «mesures raisonnables» — la délégation de responsabilité à E — pour se conformer à la loi empêche de conclure qu'il avait fait preuve d'ignorance volontaire. La délégation effectuée de mauvaise foi pour se protéger de la loi plutôt que pour s'y conformer peut, dans d'autres circonstances, équivaloir à de l'ignorance volontaire. Compte tenu de la conclusion de fait du juge du procès quant à la *mens rea*, il y a lieu de rétablir l'acquittement de M.

#### Jurisprudence

**Distinction faite d'avec les arrêts:** *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; arrêts mentionnés: *R. c. Jorgensen*, [1995] 4

S.C.R. 286; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152, setting aside the acquittals of the accused and entering convictions on charges of allowing indecent performance. East's appeal dismissed. Mara's appeal allowed.

*Heather A. McArthur*, for the appellants.

*David Butt* and *Christine Bartlett-Hughes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the criminal liability of the appellants for allowing an indecent performance. The performances in question involved varying degrees of sexual contact between “dancers” and patrons at Cheaters Tavern in Toronto. The trial judge acquitted both appellants, holding that the appellant Mara did not have the requisite criminal intent and that the performances were in any event not indecent: [1994] O.J. No. 264 (QL). The Court of Appeal unanimously overturned the acquittals and entered convictions: (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152. The appeal with respect to the appellant East was dismissed from the bench with reasons to follow, while the appeal with respect to the appellant Mara was reserved.

R.C.S. 55; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Roth c. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller c. California*, 413 U.S. 15 (1973).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152, qui a annulé les acquittements des accusés et inscrit des déclarations de culpabilité relativement à des accusations d'avoir permis la présentation d'un spectacle indécent. Le pourvoi de East est rejeté. Le pourvoi de Mara est accueilli.

*Heather A. McArthur*, pour les appelants.

*David Butt* et *Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne la responsabilité criminelle des appelants pour avoir permis la présentation d'un spectacle indécent. Les spectacles en question comprenaient, à divers degrés, des contacts sexuels entre les «danseuses» et les clients de la taverne Cheaters, à Toronto. Le juge du procès a acquitté les deux appelants, statuant que l'appellant Mara n'avait pas eu l'intention criminelle requise et que, de toute façon, les spectacles n'étaient pas indécents: [1994] O.J. No. 264 (QL). La Cour d'appel a infirmé, à l'unanimité, les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité: (1996), 27 O.R. (3d) 643, 88 O.A.C. 358, 133 D.L.R. (4th) 201, 105 C.C.C. (3d) 147, 46 C.R. (4th) 167, 35 C.R.R. (2d) 152. Le pourvoi en ce qui concerne l'appellant East a été rejeté à l'audience, avec motifs à suivre, alors que le pourvoi en ce qui concerne l'appellant Mara a été mis en délibéré.

2 In my view, as a matter of law, the performances in question went beyond community standards of tolerance and were therefore indecent. This conclusion suffices to dismiss the appeal with respect to the appellant East. With respect to the appellant Mara, however, in my view the trial judge made a clear finding of fact that he did not have the requisite *mens rea* to support a conviction. This finding is not open to appellate review and thus I would allow the appeal with respect to the appellant Mara.

### I. Facts

3 Cheaters Tavern in midtown Toronto was licensed to sell alcoholic beverages and food and presented "adult entertainment". The appellant, Patrick Mara, was the owner and operator of the tavern and the appellant, Allan East, was the manager in charge of entertainment.

4 Undercover police attended at the tavern on several days in March and April 1991. The officers testified about the adult entertainment being presented. Women performed exotic dances on stage, for which there was no charge. For a fee, the entertainer performed a "table dance" in which she would be nude, save for a long, unbuttoned blouse. The dancer would lower her chest to the patron's face, allowing the patron to suck and lick her breasts. For a larger fee, the dancer performed a "special dance" called a "lap dance". The dancer would sit on the patron's lap with her back to the patron and her bare buttocks on the patron's groin area. The trial judge summarized the sexual activity as follows:

The conduct of each dancer with the customer is clearly detailed in the evidence, and includes: (a) being nude except for wearing an open shirt or blouse; (b) fondling her own breasts, buttocks, thighs and genitals while close to the customer; (c) sitting on a customer's lap and grinding her bare buttocks into his lap; (d) sitting on a customer's lap, reaching into his crotch and apparently masturbating the customer; (e) permitting the customer to touch and fondle her breasts, buttocks, thighs and genitals; (f) permitting the customer to kiss,

Selon moi, sur le plan du droit, les spectacles en cause ont outrepassé les normes sociales de tolérance et étaient donc indécents. Cette conclusion suffit pour rejeter le pourvoi en ce qui concerne l'appellant East. Quant à l'appellant Mara, j'estime toutefois que le juge du procès a tiré une conclusion de fait claire qu'il n'avait pas eu la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité. Cette conclusion ne peut pas faire l'objet d'un examen en appel et, par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l'appellant Mara.

### I. Les faits

La taverne Cheaters, située dans un quartier intermédiaire de Toronto, détenait un permis de vente de boissons alcoolisées et de nourriture et présentait des «divertissements pour adultes». L'appellant Patrick Mara était le propriétaire exploitant de la taverne, et l'appellant Allan East était le gérant responsable des divertissements.

Des policiers en civil se sont rendus à la taverne plusieurs fois en mars et en avril 1991. Ceux-ci ont témoigné au sujet des divertissements pour adultes qui y étaient présentés. Des femmes exécutaient des danses exotiques sur une scène, pour lesquelles il n'y avait aucuns frais à payer. En échange d'une somme d'argent, l'exécutante, nue à l'exception d'une longue blouse déboutonnée, exécutait une «danse à la table». La danseuse se penchait et permettait au client de lui sucer et lécher les seins. Pour une somme plus importante, la danseuse exécutait une «danse spéciale» appelée «danse-contact». La danseuse s'assoit sur les genoux du client, lui tournant le dos, ses fesses nues appuyées sur le bas-ventre du client. Le juge du procès a résumé l'activité sexuelle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La conduite de chaque danseuse avec le client est clairement décrite dans la preuve, et consiste notamment a) à être nue sauf pour une chemise ou blouse ouverte, b) à se caresser les seins, les fesses, les cuisses et les organes génitaux alors qu'elle se trouve près du client, c) à s'asseoir sur les genoux du client et à frotter ses fesses nues sur lui, d) à s'asseoir sur les genoux du client, à porter la main à son entre-cuisse et, apparemment, à le masturber, e) à permettre au client de lui toucher et caresser les seins, les fesses, les cuisses et

lick and suck their breasts; (g) permitting what appeared to be cunnilingus.

The appellants were charged with, being the manager or agent or person in charge, allowing an indecent performance to be presented contrary to s. 167(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At trial, both appellants were acquitted. The Crown appealed and a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal for Ontario allowed the appeal, set aside the acquittals and entered convictions against both appellants.

## II. Relevant Statutory Provision

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

167. (1) Every one commits an offence who, being the lessee, manager, agent or person in charge of a theatre, presents or gives or allows to be presented or given therein an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation.

## III. Prior Judgments

### A. *Ontario Court of Justice (Provincial Division)*

Hachborn Prov. Div. J. held that there was no doubt that Cheaters Tavern is a "theatre" within the meaning of s. 167 of the *Criminal Code* and that the activity in question consisted of "performances" under the *Code*.

The trial judge noted the evidence of Mara that he delegated all responsibility for the entertainment to East. For example, any complaint was referred to East. East's evidence was similar. The trial judge observed that s. 167 does not establish absolute liability and held that Mara made adequate and appropriate arrangements to hire an entertainment director to oversee all aspects of entertainment. There was no evidence Mara knew that the table dancers were generally or usually performing dances which might be classified as indecent. Having found that Mara took reasonable

les organes génitaux, f) à permettre au client de lui embrasser, lécher et sucer les seins, g) à permettre de faire ce qui paraissait être un cunnilingus.

Les appelants ont été accusés, à titre de gérant, d'agent ou de personne ayant la charge des lieux, d'avoir permis la présentation d'un spectacle indécent en contravention du par. 167(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Au procès, les deux appelants ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel et une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario a, à l'unanimité, accueilli l'appel, annulé les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité contre les deux appelants.

## II. La disposition législative pertinente

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

167. (1) Commet une infraction quiconque, étant le locataire, gérant ou agent d'un théâtre, ou en ayant la charge, y présente ou donne, ou permet qu'y soit présenté ou donné, une représentation, un spectacle ou un divertissement immoral, indécent ou obscène.

## III. Les jugements antérieurs

### A. *Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale)*

Le juge Hachborn de la Division provinciale a conclu qu'il n'y avait aucun doute que la taverne Cheaters était un «théâtre» au sens de l'art. 167 du *Code criminel*, et que les activités en question constituaient des «spectacles» au sens du *Code*.

Le juge du procès a noté le témoignage de Mara selon lequel il avait délégué à East l'entière responsabilité des divertissements. Par exemple, toute plainte était renvoyée à East. East a témoigné dans le même sens. Le juge du procès a fait remarquer que l'art. 167 n'établit pas une responsabilité absolue et a conclu que Mara avait pris des mesures adéquates et appropriées en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements. Il n'y avait aucune preuve que Mara savait que les danseuses aux tables exécutaient généralement ou habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d'indécents. Après avoir conclu que Mara avait pris des

5

6

7

8

steps to comply with the law, the trial judge acquitted Mara.

9

The trial judge reviewed the activities observed by the police as set out in the facts. He stated that the standard to be applied in the present case is whether the conduct in question went beyond conduct which would be permissible when measured against the Canadian community standard of tolerance. Such an approach was affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932. After reviewing *Tremblay* and *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), the trial judge stated:

The conduct complained of in this present case is innocuous by comparison to the conduct dealt with by the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal of Ontario.

If it had not been for these cases there would have been little difficulty in finding the table dancers' conduct to be indecent.

The conduct at Cheaters Tavern is not indecent, and the charge against Allan East is dismissed. There will be an acquittal entered.

B. *Court of Appeal for Ontario* (Dubin C.J.O.)

10

The Court of Appeal first considered the submission that the Crown's appeal only raised a question of fact, or mixed law and fact, and thus the Crown did not raise a legitimate ground to appeal the acquittal. The court concluded that *Tremblay* held that whether certain activities are indecent is a question of law.

11

The court then analyzed whether s. 167 of the *Criminal Code* violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for vagueness. In this Court, the appellants do not raise this issue, or any other *Charter* issue, so I will simply note that in a thorough analysis of vagueness doctrine, the court concluded that the terms in s. 167, while not mathematically precise, were not impermissibly vague.

mesures raisonnables pour se conformer à la loi, le juge du procès l'a acquitté.

Le juge du procès a examiné les activités observées par les policiers et décrites dans la partie sur les faits. Il a affirmé que la norme à appliquer en l'espèce consiste à déterminer si la conduite en question est allée au-delà de ce qui est permis selon la norme de tolérance de la société canadienne. Ce point de vue a été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932. Après avoir examiné les arrêts *Tremblay* et *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), le juge du procès a affirmé:

[TRADUCTION] La conduite reprochée en l'espèce est inoffensive en comparaison de celle examinée par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario.

N'eussent été ces arrêts, il n'aurait pas été difficile de conclure à l'indécence de la conduite des danseuses aux tables.

La conduite à la taverne Cheaters n'est pas indécente et l'accusation portée contre Allan East est rejetée. Un acquittement sera inscrit.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (le juge en chef Dubin)

La Cour d'appel a d'abord examiné l'argument selon lequel l'appel soulevait seulement une question de fait, ou une question mixte de droit et de fait, et, par conséquent, le ministère public ne soulevait pas un motif légitime d'en appeler de l'acquiescement. La cour a conclu que l'arrêt *Tremblay* avait établi que la question de savoir si certaines activités sont indécentes est une question de droit.

La cour s'est ensuite demandé si l'art. 167 du *Code criminel* violait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour cause d'imprécision. Les appelants n'ont pas soulevé cette question devant notre Cour, ni aucune autre question de *Charte*, de sorte que je ferai simplement observer que, à la suite d'une analyse complète de la règle de l'imprécision, la cour a conclu que, même s'ils n'étaient pas mathématiquement précis, les termes de l'art. 167 n'étaient pas imprécis d'une manière inacceptable.

Turning to what it characterized as the principal issue on the appeal, the indecency of the activities of the “dancers”, the court held that in determining indecency in a particular set of circumstances, the “community standard of tolerance” is the test that must be applied. It is not a matter of one’s taste, but it is whether the conduct exceeds the standard of tolerance in contemporary Canadian society. The court held that attitudinal harm, particularly the reinforcement of stereotypes, is one type of harm s. 167 is designed to prevent. The court held that the conduct in issue in the present case is harmful to society in many ways: it degrades and dehumanizes women; it desensitizes sexuality and is incompatible with the dignity and equality of each human being; and it predisposes persons to act in an antisocial manner. The court also held that there was a risk of real physical harm to the performers, a risk of unwanted touching and a risk of spreading infectious diseases. The court held that the conduct of the dancers constituted a form of prostitution. Although prostitution is not illegal in Canada, Parliament has made clear its intention to eradicate it by criminalizing prostitution-related activities.

The conduct in the present case, the court concluded, exceeded what is acceptable for the proper functioning of our society, exceeded community standards of tolerance and was indecent. The court noted that when asked whether various activities observed by the police, such as masturbating the patrons through their clothing, were improper, East testified that they would be very improper.

The Court of Appeal held that the trial judge erred in holding that the judgments in *Tremblay* and *Hawkins* precluded him from finding that the conduct in issue here was indecent — both cases are distinguishable.

The court then turned to the question of whether either or both of Mara and East “allowed” the performances in question pursuant to s. 167. The court reviewed the *mens rea* requirements set out

Quant à ce qu’elle a qualifié de question principale de l’appel, soit l’indécence des activités des «danseuses», la cour a statué que, pour déterminer ce qui est indécent dans des circonstances données, il faut appliquer le critère de la «norme sociale de tolérance». Il s’agit non pas d’une question de goût personnel, mais plutôt de savoir si la conduite en question outrepassait la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine. La cour a décidé que le préjudice résultant d’une attitude, particulièrement le renforcement des stéréotypes, est un type de préjudice que l’art. 167 vise à empêcher. La cour a conclu que la conduite en question dans la présente affaire est préjudiciable à la société à maints égards: elle dégrade et déshumanise les femmes; elle banalise la sexualité et est incompatible avec la dignité et l’égalité de tous les êtres humains; elle prédispose, en outre, les personnes à agir d’une manière antisociale. La cour a aussi jugé que les exécutantes couraient un risque réel de préjudice physique, un risque d’attouchements non souhaités et de contagion de maladies infectieuses. La cour a décidé que la conduite des danseuses était une forme de prostitution. Bien que la prostitution ne soit pas illégale au Canada, le législateur a clairement exprimé son intention de l’éradiquer en criminalisant les activités liées à la prostitution.

La cour a statué que la conduite en cause dans la présente affaire excédait ce qui est acceptable pour assurer le bon fonctionnement de la société, qu’elle outrepassait les normes sociales de tolérance et qu’elle était indécente. Elle a souligné que, lorsqu’on lui a demandé si diverses activités observées par les policiers, telle la masturbation des clients à travers leurs vêtements, étaient déplacées, East a témoigné qu’elles étaient très déplacées.

La Cour d’appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que les arrêts *Tremblay* et *Hawkins* l’empêchaient de conclure à l’indécence de la conduite en cause — ces deux arrêts peuvent être distingués de la présente affaire.

La cour s’est ensuite demandé si Mara ou East, ou les deux à la fois, «avaient permis» la présentation des spectacles en question, au sens de l’art. 167. La cour a examiné les exigences de

12

13

14

15

in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, observing that failing to inquire when one becomes aware of the need for inquiry suffices to establish “knowingly”. The court held that, having regard to the widespread nature of the activities in the present case, if the accused were unaware of what was going on, they must have “shut their eyes” and been wilfully blind. The trial judge thus erred in holding that Mara had acted reasonably by delegating the conduct of the performers to East without taking any steps in his own right to prevent the indecent performances.

16 In any event, Parliament did not adopt the word “knowingly” in s. 167, which indicates a lower standard of *mens rea*. All the Crown has to prove is that Mara and East allowed an indecent performance to be presented.

17 The court was satisfied that a new trial was not necessary and convicted both accused.

#### IV. Analysis

##### A. *Indecency as a Question of Law Alone*

18 The Crown may only appeal an acquittal on a question of law alone. I will consider the jurisdictional issue with respect to the appellant Mara’s mental state below, but will consider here the appellants’ submission that reviewing the trial judge’s finding on indecency does not involve a question of law alone, and that therefore the Court of Appeal erred in conducting such a review. In my view, the question of whether a given set of facts gives rise to a finding of indecency is a question of law. This conclusion is consistent with the principles set out in case law on the general issue of when a question of law arises, and is consistent with this Court’s specific treatment of indecency and similar charges.

*mens rea* établies dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, faisant observer que le défaut de se renseigner lorsqu’on se rend compte de la nécessité de le faire suffit pour établir que l’on a agi «sciemment». La cour a statué que, vu l’ampleur des activités en l’espèce, si les accusés n’étaient pas au courant de ce qui se passait, c’est qu’ils ont dû «se fermer les yeux» et avoir fait preuve d’ignorance volontaire. Le juge du procès a donc commis une erreur en concluant que Mara avait agi raisonnablement en déléguant la gestion des exécutantes à East sans prendre lui-même des mesures pour empêcher la présentation de spectacles indécents.

De toute façon, le législateur n’a pas utilisé le terme «sciemment» à l’art. 167, ce qui indique une norme moins stricte de *mens rea*. Tout ce que le ministère public a à prouver, c’est que Mara et East ont permis la présentation d’un spectacle indécents.

La cour était convaincue qu’un nouveau procès n’était pas nécessaire et a déclaré coupables les deux accusés.

#### IV. Analyse

##### A. *L’indécence à titre de question de droit seulement*

Le ministère public ne peut en appeler d’un acquittement que sur une question de droit seulement. J’examinerai plus loin la question de compétence relativement à l’état d’esprit de l’appelant Mara, mais je vais d’abord analyser l’argument des appelants voulant que l’examen de la conclusion du juge du procès quant à l’indécence ne comporte pas une question de droit seulement, et que, par conséquent, la Cour d’appel ait commis une erreur en procédant à cet examen. Selon moi, la question de savoir si un ensemble particulier de faits donne lieu à une conclusion d’indécence est une question de droit. Cette conclusion est compatible avec les principes établis dans la jurisprudence relativement à la question générale de savoir quand une question de droit est soulevée, et est également compatible avec la façon particulière dont notre Cour a traité l’indécence et d’autres accusations semblables.

*R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, elaborated on the reasoning in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, as to when questions of law arise in assessing findings of fact by a trial judge. I stated for the Court at p. 294:

If a trial judge finds all the facts necessary to reach a conclusion in law and in order to reach that conclusion the facts can simply be accepted as found, a Court of Appeal can disagree with the conclusion reached without trespassing on the fact-finding function of the trial judge. The disagreement is with respect to the law and not the facts or inferences to be drawn from the facts. The same reasoning applies if the facts are accepted or not in dispute. In this situation, the court can arrive at the correct conclusion in law without ordering a new trial because factual issues have been settled. [Emphasis added.]

In the present context, *Morin* indicates that if the facts concerning a performance are undisputed, whether or not the performance is indecent is a question of law alone. This conclusion is confirmed by consideration of other case law specifically dealing with indecency and similar issues.

*Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160, involved the question of whether a woman dancing nude before a paying audience constituted an immoral performance. Ritchie J., on behalf of the majority, held at p. 170:

With the greatest respect for those who may hold a different view, it appears to me that the question of whether or not certain conduct constitutes an offence under the *Criminal Code* is a question of law in the strict sense and that the Courts below accordingly had jurisdiction to entertain the appeal. The question raised by the stated case does not turn on the weighing of any evidence as it is based on a fact which is in no way disputed, namely, that the appellant was nude when dancing in a cabaret. [Emphasis added.]

*Johnson* thus clearly stands for the proposition that the question of whether a given performance is unlawful is a question of law alone.

Dans *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, la Cour a précisé le raisonnement suivi dans *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, relativement à la question de savoir quand l'appréciation des conclusions de fait tirées par le juge du procès soulève des questions de droit. Voici ce que j'affirme, au nom de la Cour, à la p. 294:

Si un juge du procès conclut à l'existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d'appel peut ne pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s'applique si les faits sont acceptés ou incontestés. Dans ce cas, le tribunal peut arriver à la bonne conclusion en droit sans ordonner un nouveau procès puisque les questions factuelles ont été réglées. [Je souligne.]

Dans le contexte de la présente affaire, l'arrêt *Morin* indique que, si les faits concernant un spectacle sont incontestés, la question de savoir si le spectacle est indécent est une question de droit seulement. Cette conclusion est confirmée par la jurisprudence qui porte précisément sur l'indécence et des questions semblables.

L'arrêt *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, portait sur la question de savoir si une femme qui danse nue devant des spectateurs payants donne un spectacle immoral. Le juge Ritchie a statué, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 170:

Avec le plus grand respect pour les vues de ceux dont l'avis est différent, il me semble que la question de savoir si, oui ou non, une certaine conduite constitue une infraction en vertu du *Code criminel*, est une question de droit au sens strict et que les cours d'instance inférieure étaient par conséquent compétentes pour entendre l'appel. La question soulevée par l'exposé de cause ne repose pas sur l'évaluation d'une preuve puisqu'elle est basée sur un fait qui n'est contesté d'aucune façon, à savoir, que l'appelante était nue lorsqu'elle a dansé dans un cabaret. [Je souligne.]

L'arrêt *Johnson* permet clairement de dire que la question de savoir si un spectacle donné est illégal est une question de droit seulement.

19

20

21

22

*Tremblay, supra*, involved the charge of keeping a bawdy house for the purpose of the practice of indecent acts. The appellants before this Court had been acquitted at trial, but the Court of Appeal held that the acts in question were indecent and convicted. This Court restored the acquittals. The majority reversed the decision of the Court of Appeal on the basis of a different application of the community standards test. This was the issue on which the Crown's appeal to the Court of Appeal was based. As I have stated, an appeal by the Crown of an acquittal can only be based on a question of law alone. No question was raised in either court as to the jurisdiction of the Court of Appeal to entertain the appeal on this basis. Indeed, Cory J., for the majority, made this explicit in adopting at p. 958 the following passage from *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 508:

[T]he decision whether [the acts in question are] tolerable according to Canadian community standards rests with the court. . . .

23

There is also explicit support for this conclusion within the reasons in *Tremblay*. Gonthier J., in dissent, observed at p. 946:

The decision of the Court of Appeal to reverse the conclusion of the trial judge was correctly based upon a reconsideration of the evidence, and an application of the law to the facts of this case. A conclusion that certain activities are indecent is one which is based on the facts, but in the final analysis is a question of law, since, as mentioned by Cory J. in his reasons at p. 958, "the decision whether (the acts in question are) tolerable according to Canadian community standards rests with the court".

Cory J.'s approval of the observation that the question of whether the community would tolerate the acts rests with the Court, along with his assumption of jurisdiction over the case, indicates that the majority in *Tremblay* concluded that the question of whether a given act is indecent is a question of law alone.

L'arrêt *Tremblay*, précité, portait sur l'accusation d'avoir tenu une maison de débauche à des fins de pratique d'actes d'indécence. Les appelants devant notre Cour avaient été acquittés à leur procès, mais la Cour d'appel avait statué que les actes en question étaient indécentes et avait prononcé une déclaration de culpabilité. Notre Cour a rétabli les acquittements. Les juges majoritaires ont infirmé l'arrêt de la Cour d'appel en se fondant sur une application différente du critère des normes sociales. C'était la question sur laquelle était fondé l'appel du ministère public devant la Cour d'appel. Comme je l'ai dit, un appel du ministère public contre un acquittement ne peut être fondé que sur une question de droit seulement. Aucune question n'a été soulevée devant l'une ou l'autre cour quant à la compétence que la Cour d'appel possède pour entendre l'appel en fonction de ce moyen. En fait, le juge Cory a explicité cela, au nom des juges majoritaires, en adoptant, à la p. 958, le passage suivant de l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, à la p. 508:

[I]l appartient à la cour de décider si [les actes en cause sont] tolérable[s] suivant les normes de la société canadienne . . .

Cette conclusion reçoit également un appui explicite dans les motifs de l'arrêt *Tremblay*. Le juge Gonthier, dissident, fait observer, à la p. 946:

La décision de la Cour d'appel d'infirmar la conclusion du juge du procès reposait à bon droit sur un réexamen de la preuve et une application du droit aux faits de l'espèce. La conclusion que certaines activités sont indécentes repose sur les faits, mais en fin de compte, c'est une question de droit puisque, comme le dit le juge Cory dans ses motifs à la p. 958, «il appartient à la cour de décider si (les actes en cause sont) tolérable(s) suivant les normes de la société canadienne».

L'approbation par le juge Cory de l'observation selon laquelle il appartient à la Cour de décider si la collectivité tolérerait les actes en cause, de même que le fait qu'il s'attribue compétence sur l'affaire, indique que les juges majoritaires dans l'arrêt *Tremblay* ont conclu que la question de savoir si un acte donné est indécent est une question de droit seulement.

Moreover, both the nature of the inquiry and policy support the conclusion that the application of the community standards test to a given set of facts is a question of law for the purposes of appeal. The nature of the inquiry was elaborated in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 484:

Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is degrading or dehumanizing. . . . Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole. [Emphasis added.]

Furthermore, the application of this norm by the courts is not dependent on evidence although evidence is often called and considered. See *Butler*, *supra*, at p. 485, and *Jorgensen*, *supra*, at p. 115. This distinguishes the inquiry from a factual one, in which evidence is essential. What the Court must determine was described in the following passage in *Butler* at p. 485:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure.

This determination, then, can be made in the absence of evidence and is not susceptible of proof in the traditional way. It must perforce be a question of law, otherwise proof would be required based on evidence and according to the criminal standard.

Finally, there is sound policy supporting the conclusion that, at least for the purpose of appellate review, whether a particular performance gives rise to a finding of indecency is a question of law. *Towne Cinema* confirmed that the “commu-

De plus, tant la nature de l’examen que la politique générale soutiennent la conclusion que l’application du critère des normes sociales à un ensemble donné de faits est une question de droit aux fins d’un appel. La question de la nature de l’examen a été explicitée dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 484:

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu’elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d’autres, aucune de ces catégories de pornographie n’est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d’opinions quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. [ . . . ] Parce qu’il ne s’agit pas d’une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d’une norme qui fera fonction d’arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l’ensemble de la société. [Je souligne.]

En outre, l’application de cette norme par les tribunaux ne dépend pas de l’existence d’éléments de preuve, quoique des éléments de preuve soient souvent présentés et examinés. Voir *Butler*, précité, à la p. 485, et *Jorgensen*, précité, à la p. 115. Cela distingue cet examen d’un examen de faits, où les éléments de preuve sont essentiels. L’extrait suivant de la p. 485 de l’arrêt *Butler* décrit ce que la Cour doit décider:

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu’ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter.

Cette décision peut donc être prise en l’absence d’élément de preuve et n’est pas tributaire d’une preuve au sens traditionnel du terme. Il doit forcément s’agir d’une question de droit, sinon une démonstration fondée sur des éléments de preuve et conforme à la norme applicable en matière criminelle serait requise.

Enfin, il y a une saine politique générale qui appuie la conclusion que, au moins aux fins de l’examen en appel, la question de savoir si l’on doit conclure d’un spectacle en particulier qu’il est indécemment soit une question de droit. L’arrêt *Towne*

nity standards" referred to in obscenity and indecency cases were to be the standards of the Canadian community generally, not the particular community in which the acts took place. That is, there is a national standard. In my view, appellate review is important in ensuring that there is consistency across Canada in the application of a national community standards test. If indecency or obscenity were considered to raise factual matters for the purpose of jurisdiction on appeal, appellate review would be significantly undermined.

27

A similar policy rationale for permitting appellate review is found in the United States. In the United States, obscenity and indecency are not based on a nationwide standard, yet the importance of appellate review is recognized in characterizing the nature of the issue before the court. In order to permit a reviewing court to revisit a finding of obscenity, American courts have characterized whether something is obscene as a question of constitutional law. For example, Harlan J., in an influential opinion in *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), stated at pp. 497-98:

The Court seems to assume that 'obscenity' is a peculiar *genus* of 'speech and press,' which is as distinct, recognizable, and classifiable as poison ivy is among other plants. On this basis the *constitutional* question before us simply becomes, as the Court says, whether 'obscenity,' as an abstraction, is protected by the First and Fourteenth Amendments, and the question whether a *particular* book may be suppressed becomes a mere matter of classification, of 'fact,' to be entrusted to a fact-finder and insulated from independent constitutional judgment. But surely the problem cannot be solved in such a generalized fashion. Every communication has an individuality and 'value' of its own. The suppression of a particular writing or other tangible form of expression is, therefore, an *individual* matter, and in the nature of things every such suppression raises an individual constitutional problem, in which a reviewing court must determine for *itself* whether the attacked expression is suppressable within constitutional standards. Since those standards do not readily lend themselves to generalized definitions, the constitutional problem in the last

*Cinema* a confirmé que les «normes sociales» mentionnées dans les affaires d'obscénité et d'indécence devaient être les normes de la société canadienne en général, et non pas celles de la collectivité particulière où les actes ont été accomplis. Autrement dit, il existe une norme nationale. Selon moi, l'examen en appel est important pour assurer l'application uniforme dans tout le Canada d'un critère national des normes sociales. Si l'on considérait que l'indécence et l'obscénité soulèvent des questions de fait aux fins de la compétence en matière d'appel, l'examen en appel serait grandement miné.

On trouve aux États-Unis une raison de principe semblable d'autoriser l'examen en appel. Aux États-Unis, l'obscénité et l'indécence ne reposent pas sur une norme nationale; pourtant, on reconnaît l'importance de l'examen en appel pour déterminer la nature de la question litigieuse soumise à la cour. Pour permettre à la cour qui procède à l'examen de réviser une conclusion d'obscénité, les tribunaux américains ont qualifié de question de droit constitutionnel la question de savoir si quelque chose est obscène. Par exemple, dans l'arrêt *Roth c. United States*, 354 U.S. 476 (1957), le juge Harlan affirme, dans d'importants motifs, aux pp. 497 et 498:

[TRADUCTION] La cour semble présumer que l'«obscénité» est un *genre* particulier d'«expression et de presse» qui est aussi distinct, reconnaissable et classable que l'est l'herbe à puce parmi les autres plantes. Compte tenu de cela, la question *constitutionnelle* qui nous est soumise devient simplement, comme la cour le dit, une question de savoir si l'«obscénité», abstraitement, est protégée par le Premier ou par le Quatorzième amendement, et la question de savoir si un livre *particulier* peut être supprimé devient une simple question de classification, une question de «fait», à être confiée à un juge des faits et isolée de tout jugement indépendant sur le plan constitutionnel. Mais, il est certain que le problème ne peut pas être résolu de manière aussi générale. Toute communication a une individualité et une «valeur» propres. La suppression d'un écrit particulier ou d'une autre forme tangible d'expression est, par conséquent, une question *individuelle*, et il est dans la nature des choses qu'une telle suppression soulève un problème constitutionnel particulier, à l'égard duquel un tribunal d'examen doit décider, pour *lui-même*, si l'expression

analysis becomes one of particularized judgments which appellate courts must make for themselves.

I do not think that reviewing courts can escape this responsibility by saying that the trier of the facts, be it a jury or a judge, has labeled the questioned matter as 'obscene,' for, if 'obscenity' is to be suppressed, the question whether a particular work is of that character involves not really an issue of fact but a question of constitutional judgment of the most sensitive and delicate kind. [Italics in original; underlining added.]

See also *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), at p. 25, which confirmed Harlan J.'s approach. In order to ensure consistency in the application of the Constitution, American courts have held that the factual elements of the issue should not deter appellate courts from reviewing findings of obscenity.

The appellants placed much reliance on a statement in *Jorgensen, supra*, which characterized the inquiry in that case as a question of mixed fact and law. The issue in respect of which this statement was made was whether the appellants could rely on a determination of the Ontario Film Review Board to support a mistake of fact. After pointing out that the characterization of an issue for one purpose does not apply for the other purposes, the Court referred to the determination of community standards as a question of mixed fact and law in order to distinguish it from a pure question of fact. The Court went on to state that it was unnecessary for the Crown to prove or the tribunal to find that the appellants knew that the impugned material exceeded community standards in order to secure a conviction. This could only be so if the knowledge of the accused related to a question of law. There is, therefore, nothing that was said in *Jorgensen* that is inconsistent with characterizing this matter as a question of law for the purposes of appeal.

contestée peut être supprimée conformément à des normes constitutionnelles. Étant donné que ces normes ne se prêtent pas facilement à des définitions générales, le problème constitutionnel est, en dernière analyse, un problème de jugements particularisés que les cours d'appel doivent former pour elles-mêmes.

Je ne crois pas que les tribunaux d'examen puissent échapper à cette responsabilité en affirmant que le juge des faits, que ce soit un jury ou un juge, a qualifié d'«obscène» la question en litige, car si l'«obscénité» doit être supprimée, la question de savoir si un ouvrage particulier est de cette nature n'est pas vraiment une question de fait, mais une question de jugement constitutionnel la plus délicate qui soit. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir aussi *Miller c. California*, 413 U.S. 15 (1973), à la p. 25, qui confirme le point de vue du juge Harlan. Pour garantir l'uniformité de l'application de la Constitution, les tribunaux américains ont statué que les composantes factuelles de la question en litige ne devaient pas dissuader les cours d'appel d'examiner des conclusions d'obscénité.

Les appelants se sont fortement appuyés sur une affirmation, dans *Jorgensen*, précité, selon laquelle la question en cause dans cette affaire était une question mixte de fait et de droit. La question visée par cette affirmation était de savoir si les appelants pouvaient s'appuyer sur une décision de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario pour justifier une erreur de fait. Après avoir souligné que la qualification d'une question à une certaine fin ne s'applique pas aux autres fins, la Cour a décrit la détermination de normes sociales comme étant une question mixte de fait et de droit, afin de la distinguer d'une simple question de fait. La Cour a ajouté qu'il n'était pas nécessaire, pour obtenir une déclaration de culpabilité, que le ministère public prouve ou que le tribunal conclue que les appelants savaient que le matériel contesté excédait les normes sociales. Il ne pouvait en être ainsi que si la connaissance de l'accusé portait sur une question de droit. Rien de ce qui a été dit dans *Jorgensen* n'est donc incompatible avec la qualification de la question dont nous sommes saisis comme étant une question de droit aux fins du pourvoi.

29 Whether undisputed facts give rise to a finding of an indecent performance raises a question of law. Thus, the Court of Appeal had, and this Court has, jurisdiction to hear the appeal from the acquittals. The appellants submit, however, that the Court below, in finding indecency and in finding *mens rea*, interfered with the findings of fact, or drew additional inferences from the given facts, such that their reversal of the acquittals was not based on a question of law alone. I will consider these submissions in discussing indecency, to which I will turn presently, and *mens rea*, which I will consider thereafter.

### B. *Indecency*

30 The trial judge found that the tavern constituted a theatre for the purposes of s. 167, and that the “dances” in question constituted performances. Given these findings, aside from the question of intent, conviction or acquittal turns only on whether the performances were indecent.

31 As set out in *Tremblay, supra*, at p. 958, the appropriate test to determine indecency is the community standard of tolerance. Dickson C.J. stated in *Towne Cinema, supra*, at p. 508:

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. [Italics in original; underlining added.]

As discussed above, *Butler* set out that harm is the principle underlying the notion of what Canadians would tolerate. The majority stated in that case at p. 485:

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes

La question de savoir si des faits incontestés donnent lieu à une conclusion qu’il y a eu spectacle indécent est une question de droit. Par conséquent, la Cour d’appel avait compétence pour entendre l’appel contre les acquittements, et notre Cour a elle aussi compétence pour le faire. Les appelants soutiennent toutefois que, en concluant à l’indécence et à l’existence de *mens rea*, la Cour d’appel a modifié les conclusions de fait, ou tiré des conclusions supplémentaires des faits donnés, de sorte que son infirmation des acquittements ne reposait pas sur une question de droit seulement. J’examinerai ces arguments dans mon analyse de l’indécence, qui suit immédiatement, et de la *mens rea*, à laquelle je procéderai ensuite.

### B. *L’indécence*

Le juge du procès a conclu que la taverne constituait un théâtre aux fins de l’art. 167, et que les «dances» en question constituaient des spectacles. Compte tenu de ces conclusions, mise à part la question de l’intention, la déclaration de culpabilité ou l’acquiescement dépendent seulement de la question de savoir si les spectacles étaient indécents.

Comme il est précisé dans l’arrêt *Tremblay*, précité, à la p. 958, le critère à appliquer pour déterminer s’il y a indécence est la norme de tolérance de la société. Le juge en chef Dickson affirme dans l’arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 508:

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n’est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c’est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d’autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu’ils le voient. [En italique dans l’original; je souligne.]

Comme nous l’avons vu, l’arrêt *Butler* établit que le préjudice est le principe qui sous-tend la notion de ce que les Canadiens toléreraient. Les juges majoritaires affirment, à la p. 485 de cet arrêt:

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu’ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu’il predispose

persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning.

While *Butler* concerned the obscenity of particular pornographic materials, the present case concerns the indecency of live performances. The tolerance basis of the community standards test is the same in indecency cases as in obscenity cases (see *Tremblay*), but indecency, unlike obscenity, entails an assessment of the surrounding circumstances in applying the community standards test. As the majority stated in *Tremblay* at p. 960:

In any consideration of the indecency of an act, the circumstances which surround the performance of the act must be taken into account. Acts do not take place in a vacuum. The community standard of tolerance is that of the whole community. However just what the community will tolerate will vary with the place in which the acts take place and the composition of the audience.

Putting the above observations together, a performance is indecent if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that the community would not tolerate it taking place. I agree with the Court of Appeal that the activities in the present case were such that the community would not tolerate them and thus were indecent.

The relevant social harm to be considered pursuant to s. 167 is the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole. In the present case, as outlined in the facts, the patrons of Cheaters could, for a fee, fondle and touch women and be fondled in an intimately sexual manner, including mutual masturbation and apparent cunnilingus, in a public tavern. In effect, men, along with drinks, could pay for a public, sexual experience for their own gratification and those of others. In my view, such activities gave rise to a social harm that indicates that

une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.

Alors que l'arrêt *Butler* concernait l'obscénité de matériel pornographique particulier, la présente affaire concerne l'indécence de spectacles sur scène. L'élément «tolérance» qui sous-tend le critère des normes sociales est le même dans le cas d'indécence que dans les cas d'obscénité (voir *Tremblay*), mais l'indécence, contrairement à l'obscénité, comporte une appréciation des circonstances lors de l'application du critère des normes sociales. Comme les juges majoritaires l'ont dit, à la p. 960 de l'arrêt *Tremblay*:

Pour déterminer si un acte est indécent, il faut tenir compte du contexte dans lequel il intervient, car un acte n'est jamais accompli dans le vide absolu. La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire.

Si on conjugue les observations susmentionnées, il en ressort qu'un spectacle est indécent si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les activités en l'espèce étaient telles que la société ne les tolérerait pas et qu'elles étaient donc indécentes.

Le préjudice social qui doit être examiné conformément à l'art. 167 est le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. En l'espèce, comme je l'ai mentionné dans la partie sur les faits, les clients de Cheaters pouvaient, en payant une somme d'argent, toucher et caresser des femmes, recevoir des caresses sexuelles intimes et se livrer à la masturbation mutuelle et apparemment au cunnilingus dans une taverne publique. En fait, en plus de leurs consommations, les hommes pouvaient se payer une aventure

32

33

34

the performances were indecent. I agree with the Court of Appeal, which stated (at p. 650 O.R.):

The conduct in issue in this case in the context in which it takes place is harmful to society in many ways. It degrades and dehumanizes women and publicly portrays them in a servile and humiliating manner, as sexual objects, with a loss of their dignity. It dehumanizes and desensitizes sexuality and is incompatible with the recognition of the dignity and equality of each human being. It predisposes persons to act in an antisocial manner, as if the treatment of women in this way is socially acceptable and is normal conduct, and as if we live in a society without any moral values.

35 Any finding of indecency must depend on all the circumstances. I am satisfied that the activities in the present case were indecent insofar as they involved sexual touching between dancer and patron. Thus, the fondling and sucking of breasts, as well as contact between the dancer or patron and the other person's genitals, in circumstances such as the present case gave rise to an indecent performance. It is unacceptably degrading to women to permit such uses of their bodies in the context of a public performance in a tavern. Insofar as the activities were consensual, as the appellants stressed, this does not alter their degrading character. Moreover, as I stated in *Butler*, at p. 479, "[s]ometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing".

36 This analysis, in my view, is sufficient to ground the finding that the performances were indecent. However, I agree with the Court of Appeal that it is also relevant that the Municipality of Metropolitan Toronto recently passed a by-law prohibiting contact between anyone who provides services designed to appeal to erotic or sexual appetites or inclinations at an adult entertainment parlour from touching or having physical contact with any other

sexuelle publique pour leur propre plaisir et celui d'autrui. Selon moi, de telles activités causent un préjudice social qui dénote que ces spectacles étaient indécents. Je suis d'accord avec la Cour d'appel, qui a affirmé (à la p. 650 O.R.):

[TRADUCTION] La conduite en cause en l'espèce, dans le contexte où elle a eu lieu, est préjudiciable à la société à maints égards. Elle dégrade et déshumanise les femmes, les présente publiquement comme des êtres serviles dans des situations humiliantes, comme des objets sexuels, et leur font perdre leur dignité. Elle déshumanise et banalise la sexualité et est incompatible avec la reconnaissance de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains. Elle prédispose les personnes à agir d'une manière antisociale, comme si un tel traitement des femmes était socialement acceptable et constituait une conduite normale, et comme si nous vivions dans une société dépourvue de toute valeur morale.

Toute conclusion d'indécence doit reposer sur l'ensemble des circonstances. Je suis convaincu que les activités en l'espèce étaient indécents dans la mesure où elles comportaient des attouchements sexuels entre les danseuses et les clients. Par conséquent, les caresses des seins des danseuses avec les mains ou la bouche, de même que les contacts d'organes génitaux entre danseuses et clients, dans des circonstances comme celles de la présente affaire, ont donné lieu à un spectacle indécents. Il est inacceptable et dégradant pour les femmes de permettre qu'un tel usage soit fait de leur corps au cours d'un spectacle public dans une taverne. Même si ces activités étaient consensuelles, comme le soulignent les appelants, cela ne change rien à leur caractère dégradant. De plus, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Butler*, à la p. 479: «[p]arfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants».

Cette analyse, selon moi, suffit pour justifier la conclusion que les spectacles en cause étaient indécents. Toutefois, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il est également pertinent de mentionner que la municipalité de la communauté urbaine de Toronto a récemment adopté un règlement interdisant tout contact ou attouchement quel qu'il soit sur toute partie du corps, entre une personne et toute autre personne qui offre, dans un

person in any manner whatsoever involving any part of that person's body, and prohibits the owner from permitting such conduct. While the by-law has been challenged unsuccessfully as being *ultra vires* the municipality, I agree with the Court of Appeal that, aside from its validity, the by-law is instructive in the present case as evidence confirming that community standards of tolerance were exceeded by the activities in question.

The Court of Appeal considered two other factors which I view as only marginally relevant to a determination of indecency. A finding of an indecent performance depends on a finding of harm to the spectators of the performance as perceived by the community as a whole. The potential harm to the performers themselves, while obviously regrettable, is not a central consideration under s. 167. The Court of Appeal, however, appeared to treat the risk of sexually transmitted diseases and the harms associated with prostitution as significant factors in finding indecency in the present case. In my view, the risk of harm to the performers is only relevant insofar as that risk exacerbates the social harm resulting from the degradation and objectification of women. Thus, if there is increased degradation of women, and therefore an increased likelihood of social harm, because the performances in question posed risk to the performers, then these factors are relevant. In the present case, these additional factors are not necessary to my conclusion that the performances in question were indecent. Aside from the risks of harm from sexually transmitted diseases and from the activities' similarity to prostitution, the social harm resulting from the performances in the context in which they took place is sufficient to find them indecent. Women were degraded and objectified in a socially unacceptable manner, whether or not the additional harms associated with prostitution and sexually transmitted diseases were associated with the performances.

lieu de divertissements pour adultes, des services qui font appel aux tendances ou aux appétits érotiques ou sexuels, et interdisant au propriétaire de permettre une telle conduite. Bien que le règlement ait été contesté sans succès comme outrepassant les pouvoirs de la municipalité, je suis d'accord avec la Cour d'appel que, outre sa validité, le règlement est intéressant, en l'espèce, en tant qu'élément de preuve confirmant que les activités en question outrepassaient les normes sociales de tolérance.

La Cour d'appel a pris en considération deux autres facteurs qui, d'après moi, ne sont que très peu pertinents pour décider s'il y a indécence. Pour conclure qu'un spectacle est indécent, il faut conclure que ceux qui y assistent subissent un préjudice perçu par l'ensemble de la société. La possibilité qu'un préjudice soit causé aux exécutantes mêmes, bien qu'elle soit évidemment regrettable, n'est pas un facteur essentiel aux fins de l'art. 167. La Cour d'appel paraît cependant avoir traité le risque de maladies transmises sexuellement et le préjudice lié à la prostitution comme des facteurs importants en concluant à l'indécence en l'espèce. Selon moi, le risque que les exécutantes subissent un préjudice n'est pertinent que s'il aggrave le préjudice social résultant de l'aviissement des femmes et de leur traitement comme des êtres objets. Ainsi, s'il y a accroissement de l'aviissement des femmes et, par conséquent, un risque accru de préjudice social parce que les spectacles en question font courir des risques aux exécutantes, alors ces facteurs sont pertinents. En l'espèce, je n'ai pas besoin de ces facteurs supplémentaires pour conclure que les spectacles en cause sont indécents. À part le risque de préjudice découlant de maladies transmises sexuellement et d'activités semblables à la prostitution, le préjudice social résultant des spectacles, dans le contexte où ils ont eu lieu, est suffisant pour conclure qu'ils étaient indécents. Les femmes étaient avilies et traitées comme des êtres objets d'une manière socialement inacceptable peu importe que les autres risques de préjudice lié à la prostitution et aux maladies transmises sexuellement aient été présents ou non lors de ces spectacles.

38

The conclusion that the performances in question were indecent is to some extent supported by the reasons of the trial judge. The trial judge would have found the performances to be indecent, but for the precedent set by *Tremblay, supra*, and *Hawkins, supra*. He stated:

The conduct complained of in this present case is innocuous by comparison to the conduct dealt with by the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal of Ontario.

If it had not been for these cases there would have been little difficulty in finding the table dancers' conduct to be indecent.

The conduct at Cheaters Tavern is not indecent, and the charge against Allan East is dismissed. There will be an acquittal entered.

In my view, the trial judge erred in viewing himself bound by those cases, as I will explain presently, in which case his alternative finding applies: the performances were indecent.

39

In distinguishing *Tremblay* and *Hawkins* from the present case, it is largely sufficient to summarize the analysis of the Court of Appeal on the matter. I note, however, that this Court in *Tremblay* and the Court of Appeal in the present case placed significance on the risk of sexual assault and transmission of disease which I do not, but it is important to recall that *Tremblay* involved an analysis of whether acts performed in a private room were indecent, whereas the present case involves an analysis of whether a performance was indecent. The charge in *Tremblay* was under s. 193(1) of the *Criminal Code* (now s. 210(1)). The gravamen of that offence is the keeping of a place for the purpose of the practice of acts of indecency. The presence of spectators and the effect on spectators is relatively unimportant. On the other hand, the gravamen of the offence under s. 167 is giving or allowing an indecent performance. The presence of spectators and of "performance" under s. 167(1), changes the emphasis in the present case largely to an analysis of the effect on the spectators, rather than the performers. While I do not share the view of the Court of Appeal with respect to the importance of the risk of infectious diseases

La conclusion que les spectacles en cause étaient indécents est étayée jusqu'à un certain point par les motifs du juge du procès. Ce dernier aurait conclu à l'indécence de ces spectacles n'eussent été les précédents établis par les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, précités. Il a affirmé:

[TRADUCTION] La conduite reprochée en l'espèce est inoffensive en comparaison de celle examinée par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario.

N'eussent été ces arrêts, il n'aurait pas été difficile de conclure à l'indécence de la conduite des danseuses aux tables.

La conduite à la taverne Cheaters n'est pas indécente et l'accusation portée contre Allan East est rejetée. Un acquittement sera inscrit.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en se considérant lié par ces arrêts, comme je vais maintenant l'expliquer, ce qui veut dire que sa conclusion subsidiaire s'applique: les spectacles étaient indécents.

Pour distinguer la présente affaire des arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, il est amplement suffisant de résumer l'analyse de la question par la Cour d'appel. Je note, toutefois, que notre Cour, dans *Tremblay*, et la Cour d'appel, en l'espèce, ont accordé une grande importance au risque d'agression sexuelle et de transmission de maladie, ce que je ne fais pas, mais il est important de se rappeler que *Tremblay* comportait une analyse de la question de savoir si des actes accomplis en privé étaient indécents, alors que la présente affaire comporte une analyse de la question de savoir si un spectacle était indécent. Dans *Tremblay*, l'accusation avait été portée en vertu du par. 193(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 210(1)). L'élément essentiel de cette infraction est la tenue d'un lieu pour la pratique d'actes indécents. La présence de spectateurs et l'incidence sur ceux-ci est relativement sans importance. Par ailleurs, l'élément essentiel de l'infraction décrite à l'art. 167 est le fait de donner ou de permettre que soit donné un spectacle indécent. La présence de spectateurs et le fait qu'il y ait eu «spectacle» au sens du par. 167(1) ont grandement pour effet, dans la présente affaire, de mettre l'accent sur l'analyse de l'incidence sur les specta-

to a finding of an indecent performance, I otherwise fully agree with the manner in which Dubin C.J.O. admirably set out the differences between the present case and *Tremblay* and *Hawkins*, and explained why the activities in the present case were indecent. While it is unnecessary to repeat verbatim what was said, the principal distinctions may be summarized as follows.

The central points distinguishing the present case from *Tremblay* are the physical contact between patron and dancer that occurred here, but was prohibited in *Tremblay*, and the public nature of the activity in the present case; here the activity took place in an open tavern, while in *Tremblay* the acts took place in a private room. With respect to *Hawkins*, the images in question were electronic images viewed in a private living room, not live dancers performing sexual acts in a tavern. These distinguishing features have a profound effect on the finding of indecency in the present case. The public nature of the activity and the physical contact raise a factual context very different from the previous cases. Given that the trial judge erred in viewing himself bound by *Tremblay* and *Hawkins*, his alternative finding, that the performances were indecent, is operative. His reasons thus provide some support for my conclusion in the present appeal.

The Court of Appeal, in assessing indecency, provided a further reason to conclude that the acts in question were indecent. Dubin C.J.O. observed (at pp. 651-52 O.R.) that:

Both [Mara and East] denied knowledge of the acts described. However, the following exchange took place during cross-examination of the respondent East by Crown counsel:

teurs plutôt que sur les exécutantes. Bien que je ne partage pas le point de vue de la Cour d'appel quant à l'importance du risque de maladies infectieuses pour pouvoir conclure à l'indécence d'un spectacle, je suis par ailleurs entièrement d'accord avec la façon admirable dont le juge en chef Dubin de l'Ontario a établi les différences entre la présente affaire et les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, et a expliqué pourquoi les activités dans la présente affaire étaient indécentes. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répéter mot à mot ce qui a été dit, les principales distinctions peuvent être résumées de la façon suivante.

Les principaux éléments qui distinguent la présente affaire de l'arrêt *Tremblay* sont le contact physique entre clients et danseuses qui a eu lieu ici, mais qui était défendu dans *Tremblay*, et la nature publique de l'activité en l'espèce; cette activité s'est déroulée ouvertement dans une taverne, alors que dans *Tremblay*, les actes avaient été accomplis en privé. En ce qui concerne *Hawkins*, il était question d'images électroniques visionnées dans un salon privé, et non pas de danseuses en chair et en os accomplissant des actes sexuels dans une taverne. Ces caractéristiques distinctives ont une incidence profonde sur la conclusion d'indécence dans la présente affaire. La nature publique de l'activité et le contact physique créent un contexte factuel très différent des affaires précédentes. Étant donné que le juge du procès a commis une erreur en se considérant lié par les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, sa conclusion subsidiaire que les spectacles étaient indécents s'applique. Ses motifs étaient donc jusqu'à un certain point la conclusion que je tire dans le présent pourvoi.

En déterminant s'il y avait indécence, la Cour d'appel a offert un autre motif de conclure que les actes en question étaient indécents. Le juge en chef Dubin a fait observer ceci (aux pp. 651 et 652 O.R.):

[TRADUCTION] [Mara et East] ont nié tous les deux avoir eu connaissance des actes décrits. Cependant, l'échange suivant a eu lieu lors du contre-interrogatoire de l'intimé East par le substitut du procureur général:

40

41

Q. And for a woman to be masturbating herself in the presence and within view of the male patron, would you consider that to be improper?

A. Improper, whether she was in view or not. Highly improper.

Q. And would that warrant dismissal, as far as you would be concerned?

A. Yes, of course.

Q. And for the patrons to be fondling the breasts of the dancers at Cheaters?

A. If they were to do that also, I would eject the customer and the dancer.

Q. Why?

A. Why?

Q. Why? Yes.

A. Because it — I would consider it improper.

Q. And for the dancers to be masturbating the [male] customers through their clothing?

A. Need you ask? Of course. It would be very improper. Instant, total dismissal for life.

Thus, the appellant East himself acknowledged that the acts described by the police were “improper”, which lends further support to the conclusion that the performances in question were indecent.

42 In summary, on the undisputed facts as described by the trial judge in the facts set out above, the performances in the present case were indecent. By finding them to be otherwise, in my view the trial judge erred in law and the Court of Appeal was correct to overturn this finding.

43 The appellants argued that by referring to factors such as social harm and the risk of sexually transmitted diseases not addressed at trial, the Court of Appeal drew additional inferences from facts, thus indicating that its disagreement with the trial judge was based on a question of mixed law and fact, rather than on law alone. The appellants further argued that by suggesting consideration of these factors, the Crown effectively advanced a new theory of liability for the first time on appeal.

Q. Et jugeriez-vous déplacé qu’une femme se masturbe en présence et à la vue de clients masculins?

R. Déplacé, qu’elle le fasse à la vue ou non de tous. Très déplacé.

Q. Et cela justifierait-il un congédiement, selon vous?

R. Oui, évidemment.

Q. Et que des clients caressent les seins des danseuses à Cheaters?

R. S’ils faisaient cela aussi, j’expulserais le client et la danseuse.

Q. Pourquoi?

R. Pourquoi?

Q. Pourquoi? Oui.

R. Parce que — je trouverais cela déplacé.

Q. Et que des danseuses masturbent les clients [masculins] à travers leurs vêtements?

R. Cela va de soi. Ce serait évidemment très déplacé. Congédiement instantané et à vie.

Donc, l’appelant East a reconnu lui-même que les actes décrits par les policiers étaient «déplacés», ce qui renforce davantage la conclusion que les spectacles en question étaient indécents.

Somme toute, d’après les faits non contestés décrits par le juge du procès et relatés plus haut, les spectacles ici en question étaient indécents. En concluant qu’ils ne l’étaient pas, le juge du procès a, selon moi, commis une erreur de droit et la Cour d’appel a eu raison d’infirmier sa conclusion.

Les appelants soutiennent que, en faisant référence à des facteurs tels que le préjudice social et le risque de maladies transmises sexuellement, qui n’avaient pas été abordés au procès, la Cour d’appel a tiré des conclusions supplémentaires à partir des faits, indiquant ainsi que son désaccord avec le juge du procès était fondé sur une question mixte de droit et de fait, plutôt que sur une question de droit seulement. Les appelants ont soutenu de plus que, en proposant que ces facteurs soient examinés, le ministère public a, en fait, soumis une nouvelle théorie de la responsabilité pour la première fois en appel.

In my view, neither of these arguments is convincing. As noted above, social harm is not a fact susceptible of proof in the traditional way, but rather where the activities or material in question involve the degradation and objectification of women, or perhaps children or men, the law infers harm simply from that degradation and objectification. Considering the social harm resulting from the given facts in the present case, therefore, does not involve consideration of a “new” fact, or a “new” factual inference to be drawn from given facts, but rather is a consideration going to the legal effect of the facts.

This also addresses the submission that the Crown advanced a new theory of liability on appeal. The Crown, obviously, argued that the performances were indecent at trial. Indecency depends on community standards, which in turn depend largely on an analysis of social harm. By suggesting on appeal consideration of the social harm resulting from the performances, the Crown was simply attempting to persuade the court that the legal effect of the facts as found was that the performances exceeded community standards of tolerance, contrary to the finding of the trial judge. The Crown was not advancing a new theory of liability, but rather was making a legal argument about community standards and the indecency of the performances in question.

With respect to consideration of the risk of sexually transmitted diseases, given that I place little or no weight on this factor, I will decline to consider whether it was proper for the Court of Appeal to examine those risks in assessing indecency even though they were not a factor discussed by the trial judge. In my view, the undisputed facts outside of the risk of sexually transmitted diseases were sufficient to ground a finding of indecency.

Selon moi, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'est convaincant. Comme je l'ai fait remarquer ci-dessus, le préjudice social n'est pas un fait susceptible d'être prouvé de façon traditionnelle, mais plutôt, lorsque les activités ou le matériel en question impliquent l'aviilissement de femmes, ou peut-être d'enfants ou d'hommes, et leur traitement comme des êtres objets, le droit déduit l'existence d'un préjudice simplement à partir de cet avilissement et de ce traitement. Par conséquent, l'examen du préjudice social résultant des faits survenus en l'espèce consiste non pas à examiner un fait «nouveau» ni à tirer une «nouvelle» conclusion de fait à partir de certains faits, mais plutôt à se pencher sur l'incidence juridique des faits.

Cela répond aussi à l'argument voulant que le ministère public ait soumis, en appel, une nouvelle théorie de la responsabilité. Le ministère public a évidemment soutenu au procès que les spectacles étaient indécents. L'indécence dépend de normes sociales, qui dépendent à leur tour en grande partie d'une analyse du préjudice social. En proposant, en appel, l'examen du préjudice social résultant des spectacles, le ministère public tentait simplement de persuader la cour que l'incidence juridique des faits constatés était que les spectacles avaient excédé les normes sociales de tolérance, contrairement à ce que le juge du procès avait conclu. Le ministère public ne soumettait pas une nouvelle théorie de la responsabilité, mais avançait plutôt un argument juridique au sujet des normes sociales et de l'indécence des spectacles en question.

Quant à la prise en considération du risque de maladies transmises sexuellement, étant donné que je n'accorde tout au plus que peu d'importance à ce facteur, je m'abstiendrai d'examiner s'il était approprié que la Cour d'appel tienne compte de ces risques pour déterminer s'il y avait indécence, même si ce facteur n'avait pas été analysé par le juge du procès. Selon moi, outre les maladies transmises sexuellement, les faits non contestés suffisaient pour justifier une conclusion d'indécence.

44

45

46

### C. *The Appellant Mara and Mens Rea*

47 There is no issue in this appeal concerning the intent of the appellant East. The finding of indecency is sufficient to dismiss the appeal with respect to him. The appellant Mara, however, argued that the Court of Appeal erred in interfering with the factual finding of the trial judge that he did not have the requisite criminal intent to find him guilty.

48 With respect to the *mens rea* of the appellant Mara, the trial judge noted that both he and the appellant East testified that the latter was entirely responsible for the activity of the dancers at the tavern and stated:

The offence under Section 167(1) of the Criminal Code is not an offence of absolute liability.

Patrick Mara made what appears to be adequate and appropriate arrangements for the presentation of exotic table dances to customers of the tavern by hiring an entertainment director to oversee all aspects of entertainment.

There is no evidence that Patrick Mara knew that the table dancers were generally or usually performing dances which might be classified as indecent.

The Court finds that Patrick Mara took reasonable steps to comply with the law, and that he did not have the necessary criminal intent for the offence charged against him. The charge against Patrick Mara is dismissed, and an acquittal will be entered.

49 The Court of Appeal overturned this finding. Dubin C.J.O. first noted that even where the mental requirement is “knowingly”, *Jorgensen* held that wilful blindness will satisfy the requirement. The court held (at p. 657 O.R.):

Having regard to the widespread nature of the activities in this case, if [Mara and East] were unaware of what was going on, they must have “shut their eyes” and been wilfully blind. It is apparent that even after being warned by the police, no steps were taken to stop the indecent performances.

The trial judge erred, under these circumstances, in holding that the respondent Mara had acted reasonably

### C. *L'appelant Mara et la mens rea*

Le présent pourvoi ne comporte aucune question relative à l'intention de l'appelant East. La conclusion d'indécence est suffisante pour rejeter le pourvoi à son égard. L'appelant Mara, toutefois, a fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle il n'avait pas eu l'intention criminelle requise pour être déclaré coupable.

En ce qui concerne la *mens rea* de l'appelant Mara, le juge du procès a noté que Mara et East avaient témoigné que East était entièrement responsable des activités des danseuses à la taverne, et il a affirmé:

[TRADUCTION] L'infraction définie au par. 167(1) du Code criminel n'est pas une infraction de responsabilité absolue.

Patrick Mara a pris ce qui semble être des mesures adéquates et appropriées pour la présentation de danses exotiques aux tables des clients de la taverne, en embauchant un directeur des divertissements chargé de surveiller tous les aspects des divertissements.

Il n'y a aucune preuve que Patrick Mara savait que les danseuses aux tables exécutaient généralement ou habituellement des danses qui pourraient être qualifiées d'indécentes.

La cour conclut que Patrick Mara a pris des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, et qu'il n'avait pas l'intention criminelle requise pour commettre l'infraction qui lui est reprochée. L'accusation contre Patrick Mara est rejetée, et un acquittement sera inscrit.

La Cour d'appel a écarté cette conclusion. Le juge en chef Dubin a d'abord fait remarquer que, même lorsque l'élément moral requis est «sciement», il a été statué, dans l'arrêt *Jorgensen*, que l'ignorance volontaire satisfait à cette exigence. La cour a conclu (à la p. 657 O.R.):

[TRADUCTION] Vu l'ampleur des activités en l'espèce, si [Mara et East] n'étaient pas au courant de ce qui se passait, c'est qu'ils ont dû se «fermer les yeux» et avoir fait preuve d'ignorance volontaire. Il appert que, même après avoir été avertis par la police, ils n'ont pris aucune mesure pour mettre fin aux spectacles indécents.

Le juge du procès a commis une erreur, dans ces circonstances, en concluant que l'intimé Mara avait agi rai-

by delegating the conduct of the performers to the respondent East, without taking any steps in his own right to prevent the indecent performances from being carried on.

The court went on to state that, in any event, “knowingly” was not found in s. 167 and that therefore the *mens rea* standard was lower. The court overturned the acquittal of Mara and entered a conviction.

In my view, the court erred in overturning the finding of fact made by the trial judge with respect to *mens rea*. Section 167 requires that the accused “allow” the indecent performance. I agree with the appellant Mara and the respondent that s. 167 is a full *mens rea* offence. In my view, the requirement that the accused “allow” an indecent performance implies, at the very least, a requirement of concerted acquiescence or wilful blindness on the part of the accused. Indeed, I would equate “allow” in this context with “knowingly” in the context of *Jorgensen*. Thus, given that the Court of Appeal’s alternative finding is based on a lesser view of *mens rea* than “knowingly”, I do not accept their alternative conclusion.

With respect to their central conclusion, in my view the Court of Appeal simply disagreed with the trial judge’s finding of fact and substituted its own view. The trial judge found as a fact that the accused did not have actual knowledge of the activities in question. Dubin C.J.O., however, appeared to conclude that while the trial judge did consider actual knowledge, he did not consider wilful blindness. In my view, there is no reason to conclude that the trial judge erred in his assessment of *mens rea*. First, he went farther than simply stating that the appellant Mara did not have actual knowledge and stated that Mara did not have the “necessary criminal intent”. Given that the requisite criminal intent includes wilful blindness, this finding sufficed to address this possibility. Second, in my view, the trial judge’s finding that the appellant Mara had taken “reasonable steps” to comply with the law precludes the possi-

sonnablement en déléguant la gestion des exécutantes à l’intimé East sans prendre lui-même des mesures pour empêcher la continuation des spectacles indécents.

La cour a ajouté que, de toute façon, le mot «sciemment» ne figurait pas à l’art. 167 et que, par conséquent, la norme de *mens rea* était moins stricte. La cour a infirmé l’acquiescement de Mara et inscrit une déclaration de culpabilité.

J’estime que la cour a commis une erreur en écartant la conclusion de fait que le juge du procès avait tirée quant à la *mens rea*. L’article 167 exige que l’accusé «permette» la présentation du spectacle indécent. Je suis d’accord avec l’appelant Mara et l’intimée pour dire que l’art. 167 définit une infraction exigeant une *mens rea* complète. À mon avis, l’exigence que l’accusé «permette» la présentation d’un spectacle indécent implique, tout au moins, l’exigence d’acquiescement concerté ou d’ignorance volontaire de la part de l’accusé. En fait, je suis d’avis que «permet», dans le présent contexte, équivaut à «sciemment» dans le contexte de *Jorgensen*. Par conséquent, étant donné que la conclusion subsidiaire de la Cour d’appel est fondée sur une perception de la *mens rea* qui est moindre que l’idée de «sciemment», je ne l’accepte pas.

Quant à sa conclusion principale, la Cour d’appel a simplement, selon moi, exprimé son désaccord avec la conclusion de fait du juge du procès et y a substitué son propre point de vue. Le juge du procès a tenu pour avéré que l’accusé n’avait pas eu véritablement connaissance des activités en question. Cependant, le juge en chef Dubin paraît avoir conclu que, même si le juge du procès avait bel et bien examiné s’il y avait eu connaissance véritable, il n’a pas considéré la question de l’ignorance volontaire. Selon moi, il n’y a aucune raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation de la *mens rea*. Premièrement, il a fait plus que simplement affirmer que l’appelant Mara n’avait pas eu véritablement connaissance des activités en cause, ajoutant que Mara n’avait pas eu [TRADUCTION] l’«intention criminelle requise». Étant donné que l’intention criminelle requise comprend l’ignorance volontaire,

50

51

bility that he could have been found wilfully blind. If a person takes reasonable steps to comply with the law, he or she has not “[d]eliberately cho[sen] not to know something when given reason to believe further inquiry is necessary”, as was stated in *Jorgensen* at para. 102. Given that the trial judge found the delegation to the appellant East to have amounted to reasonable steps to comply with the law, if East was delinquent in his duties, the appellant Mara should not be held responsible.

cette conclusion suffisait pour tenir compte de cette possibilité. Deuxièmement, j’estime que la conclusion du juge du procès que l’appelant Mara avait pris des [TRADUCTION] «mesures raisonnables» pour se conformer à la loi empêche de conclure qu’il avait fait preuve d’ignorance volontaire. Si une personne prend des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, cette personne n’a pas «chois[i] délibérément d’ignorer une chose lorsqu’[elle] a toutes les raisons de croire qu’un examen approfondi est nécessaire», comme la Cour l’a dit dans *Jorgensen*, au par. 102. Étant donné que le juge du procès a conclu que la délégation faite à l’appelant East équivalait à des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, si East manquait à ses obligations, l’appelant Mara ne devait pas être tenu responsable.

52 Given that the trial judge made no apparent error in law, the Court of Appeal did not have jurisdiction on the appeal of the appellant Mara’s acquittal to overturn the judge’s findings of fact. The Court of Appeal simply substituted its own view of the facts for that of the trial judge, which is impermissible.

Étant donné que le juge du procès n’avait commis aucune erreur de droit manifeste, la Cour d’appel n’avait pas compétence, dans l’appel interjeté contre l’acquittement de l’appelant Mara, pour écarter les conclusions de fait du juge du procès. La Cour d’appel a simplement substitué sa propre perception des faits à celle du juge du procès, ce qui est inacceptable.

53 The respondent Crown in this Court argued that while there is a full *mens rea* requirement under s. 167, the requisite knowledge on the part of the accused who is an owner of the theatre is limited. The respondent submitted that so long as the owner-accused has knowledge of the nature of the business he or she is running, he or she has sufficient *mens rea* to ground a conviction. If the accused is aware that he or she is in a business in which there is a risk that indecent performances will take place, then if those performances in fact do take place, the accused will have sufficient *mens rea* under s. 167. The respondent supported this contention largely on the basis of the following policy argument. If owners are capable of insulating themselves from conviction simply by delegating responsibility, then the persons who benefit the most financially from the indecent performances will be offered a means of making money

Devant notre Cour, le ministère public intimé a prétendu que, bien que l’art. 167 exige une *mens rea* complète, la connaissance requise de la part de l’accusé qui est propriétaire du théâtre est limitée. Il a fait valoir que, dans la mesure où le propriétaire accusé a connaissance de la nature de l’entreprise qu’il exploite, il a une *mens rea* suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. Si l’accusé sait qu’il exploite une entreprise où il y a un risque que des spectacles indécents soient présentés, alors si de tels spectacles ont effectivement lieu, l’accusé aura un *mens rea* suffisante en vertu de l’art. 167. L’intimée appuie sa prétention en grande partie sur l’argument de politique générale suivant. Si les propriétaires peuvent se mettre à l’abri d’une déclaration de culpabilité simplement en déléguant leurs responsabilités, alors les personnes qui profitent le plus financièrement des spectacles indécents seront alors en mesure de

from indecent performances without risking trouble with the law.

I cannot accept the respondent's submission. The suggested approach would render meaningless the full *mens rea* requirement which the respondent conceded to be the standard under s. 167. Indeed, the approach would amount to absolute liability for all owners of adult establishments in which an indecent performance takes place. All owners of adult entertainment establishments are presumably aware of the nature of the business they are in. Thus, if ever an indecent performance took place, no matter how diligent the owner in seeking to prevent this, the very fact that the performance took place would be enough to convict the owner. In my view, this is akin to absolute liability for owners, which is conceded not to be the standard under s. 167.

With respect to the policy concern that owners may simply shield themselves by delegating, I have two responses. First, if the policy is sufficiently compelling, perhaps Parliament could amend s. 167 to make it an offence with a lower standard of *mens rea*, at least for owners. Second, if the owner delegates responsibility in bad faith, that is, delegates in order to protect him- or herself from the law rather than to ensure compliance with the law, then, in my view, in certain circumstances this could amount to wilful blindness. Delegation with a nod and a wink will not protect the owner from conviction. In the present case, the trial judge found that the appellant Mara's delegation of responsibility amounted to taking reasonable steps to comply with the law, hence the issue of wilful blindness, as stated above, does not arise.

In summary, in my view, the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's finding of fact that the appellant Mara did not have sufficient

faire de l'argent par la présentation de spectacles indécents, tout en ne courant aucun risque de démêlés avec la justice.

Je ne puis accepter l'argument de l'intimée. L'approche qu'elle propose ferait perdre tout son sens à l'exigence d'une *mens rea* complète que l'intimée a reconnue comme étant la norme à l'art. 167. En fait, cette approche reviendrait à imposer une responsabilité absolue à tous les propriétaires d'établissements pour adultes où un spectacle indécents a lieu. Tous les propriétaires d'établissements de divertissements pour adultes sont vraisemblablement au courant de la nature de l'entreprise qu'ils exploitent. Par conséquent, si jamais un spectacle indécents avait lieu, peu importe la diligence dont le propriétaire aurait fait preuve pour en empêcher la présentation, le fait même que le spectacle a eu lieu suffirait pour le déclarer coupable. Selon moi, cela s'apparente à la responsabilité absolue des propriétaires qui, le reconnaît-on, n'est pas la norme à l'art. 167.

En ce qui concerne la préoccupation de politique générale selon laquelle les propriétaires pourraient simplement recourir à la délégation pour se protéger, j'ai deux réponses. Premièrement, si la politique générale est suffisamment impérieuse, le législateur pourrait peut-être modifier l'art. 167 de manière à y décrire une infraction assortie d'une norme de *mens rea* moins stricte, au moins à l'égard des propriétaires. Deuxièmement, si le propriétaire délègue de mauvaise foi sa responsabilité, c'est-à-dire qu'il la délègue pour se protéger de la loi plutôt que pour s'y conformer, alors j'estime que cela pourrait équivaloir, dans certaines circonstances, à de l'ignorance volontaire. La délégation par un signe de tête et un clin d'œil ne protégera pas le propriétaire contre une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès a conclu que la délégation de responsabilités par l'appellant Mara équivalait à des mesures raisonnables pour se conformer à la loi, de sorte que la question de l'ignorance volontaire, mentionnée plus haut, ne se pose pas.

En résumé, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que l'appellant Mara n'avait pas eu

54

55

56

*mens rea* to convict under s. 167. Consequently, I would allow the appeal with respect to him.

#### V. Conclusion and Disposition

57

In my view, the trial judge erred in law in concluding that the activities in the present case did not amount to indecent performances. I agree with the Court of Appeal that the performances were indecent. Given that there was no issue about whether the appellant East had the requisite mental state to support a conviction, the Court dismissed the appeal with respect to the appellant East at the conclusion of the argument.

58

With respect to the appellant Mara, on the other hand, in my view the trial judge committed no error of law in reaching his finding of fact that Mara did not have the requisite criminal intent to support a conviction. In overturning this finding, the Court of Appeal improperly substituted its view of the facts for that of the trial judge. Given the trial judge's finding of fact on *mens rea*, I would allow the appeal with respect to the appellant Mara and restore his acquittal.

*East's appeal dismissed. Mara's appeal allowed.*

*Solicitor for the appellants: Heather A. McArthur, Toronto.*

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

une *mens rea* suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 167. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne cet appelant.

#### V. Conclusion et dispositif

Selon moi, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les activités qui ont lieu en l'espèce ne constituaient pas des spectacles indécents. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les spectacles étaient indécents. Étant donné que la question de savoir si l'appelant East avait l'état d'esprit requis pour justifier une déclaration de culpabilité ne se posait pas, la Cour a, à la fin des plaidoiries, rejeté le pourvoi en ce qui concerne l'appelant East.

Par contre, en ce qui concerne l'appelant Mara, j'estime que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en tirant sa conclusion de fait que Mara n'avait pas l'intention criminelle requise pour justifier une déclaration de culpabilité. En écartant cette conclusion, la Cour d'appel a irrégulièrement substitué sa perception des faits à celle du juge du procès. Compte tenu de la conclusion de fait du juge du procès quant à la *mens rea*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne l'appelant Mara et de rétablir son acquittement.

*Pourvoi de East rejeté. Pourvoi de Mara accueilli.*

*Procureur des appelants: Heather A. McArthur, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

**St. Mary's Indian Band and St. Mary's  
Indian Band Council** *Appellants*

v.

**The Corporation of the City of  
Cranbrook** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: ST. MARY'S INDIAN BAND v. CRANBROOK  
(CITY)

File No.: 24946.

Hearing and judgment: February 19, 1997.

Reasons delivered: June 26, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Indians — Reserves — Definition of “reserve” amended to include “designated lands” released or surrendered “otherwise than absolutely” — Reserve lands surrendered at market value for airport but with the proviso that land would revert to reserve if not used for public purposes — Whether lands surrendered for airport “designated lands” — Whether common law real property principles apply to surrender of Indian reserve lands — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1) “reserve”, “surrendered lands”, 37(1), 38(1), (2) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “designated lands”, “reserve”, 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)(a).*

In 1966 the appellants surrendered part of their reserve for full market value to the Federal Crown for use as a municipal airport and subject to the stipulation that it would revert to the band if it ceased to be used for public purposes. The *Indian Act* limits a band's property tax power to interests of land “in the reserve”, but in 1988 the Kamloops Amendments amended the *Indian*

**La bande indienne de St. Mary's et le  
conseil de la bande indienne de  
St. Mary's** *Appellants*

c.

**La ville de Cranbrook** *Intimée*

et

**Le procureur général du  
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE ST. MARY'S c.  
CRANBROOK (VILLE)

N° du greffe: 24946.

Audition et jugement: 19 février 1997.

Motifs déposés: 26 juin 1997.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

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

*Indiens — Réserves — Définition de «réserve» modifiée afin d'y inclure les «terres désignées» cédées «autrement qu'à titre absolu» — Terres faisant partie d'une réserve cédées à leur valeur marchande pour la construction d'un aéroport, mais avec la stipulation que les terres retourneraient à la réserve si elles n'étaient pas utilisées à des fins d'utilité publique — Les terres cédées pour la construction de l'aéroport sont-elles des «terres désignées»? — Les principes du droit des biens en common law sont-ils applicables à la cession de terres faisant partie d'une réserve indienne? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1) «réserve», «terres cédées», 37(1), 38(1), (2) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve», «terres désignées», 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)a.*

En 1966, les appelants ont cédé à la Couronne fédérale, en contrepartie de la pleine valeur marchande du bien-fonds en question, une partie de leur réserve pour qu'elle soit utilisée comme aéroport municipal, avec la stipulation que les terres en question retourneraient à la bande si elles cessaient d'être utilisées à des fins d'utilité publique. La *Loi sur les Indiens* limitait l'exercice

Act to provide that certain forms of surrendered land — land surrendered “otherwise than absolutely” — would be brought within the legal definition of reserve. The appellants levied property taxes in 1992 on the ground that the stipulation to the surrender made the transfer “otherwise than absolut[e]” with the result that the surrendered land fell within the “designated lands” category of the reserve.

When the respondent refused to pay, the band successfully sued but the judgment at trial was reversed on appeal. The Attorney General of Canada was granted intervener status because the band claimed taxes from it under identical circumstances but in a separate action.

The central question before this Court was whether the appellants’ surrender was made “otherwise than absolutely” such that these surrendered lands now fall within the definition of “designated lands” under the current *Indian Act*. This required the Court to consider whether the *sui generis* nature of native land rights means that common law real property principles do not apply to the surrender of the Indian reserve lands under the provisions of the *Indian Act*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Given the *sui generis* nature of native land rights, the Court must go beyond the usual restrictions of the common law (which would embrace the minutiae of the language in the surrender documents and traditional distinctions between determinable limitations and conditions subsequent) and look more closely at the respective intentions of the band and the Crown when the lands were surrendered.

The appellants intended to part with the land on an absolute basis. First, the band surrendered the land for sale. Second, the band entered into negotiations with the Crown upon the full understanding that the impugned lands were to be sold for use as an airport. Third, in return for its surrender, the Crown paid the appellants the full market value of the land. The mere fact that the band included a rider in its surrender does not necessarily mean that the surrender was other than absolute. “Absolute” and “conditional” are not mutually exclusive

du pouvoir des conseils de bande d’imposer des taxes foncières aux droits sur les immeubles situés «dans la réserve», mais, en 1988, les modifications de Kamloops ont changé la *Loi sur les Indiens* pour indiquer que certaines terres cédées — les terres cédées «autrement qu’à titre absolu» — étaient désormais visées par la définition légale de réserve. Les appelants ont imposé des taxes foncières en 1992, invoquant que, en raison de la stipulation figurant dans l’acte de cession, le transfert avait été fait «autrement qu’à titre absolu», de sorte que les terres visées étaient des «terres désignées», assimilées à une réserve.

L’intimée ayant refusé de payer, la bande a pris action et obtenu gain de cause, mais le jugement de première instance a été infirmé en appel. La qualité d’intervenant a été accordée au procureur général du Canada parce que, dans une action distincte, la bande réclamait des taxes au gouvernement du Canada dans des circonstances identiques.

La question fondamentale dont est saisie notre Cour est de savoir si la cession par les appelants a été faite «autrement qu’à titre absolu», de sorte que les terres cédées sont maintenant visées par la définition de «terres désignées» dans l’actuelle *Loi sur les Indiens*. Cette question oblige la Cour à examiner la question de savoir si le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones emporte que les principes du droit des biens en common law ne s’appliquent pas à la cession, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, de terres faisant partie d’une réserve indienne.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Vu le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones, la Cour doit faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law (qui comprendraient les menus détails du langage employé dans les documents de cession et les distinctions traditionnelles entre des restrictions résolubles et des conditions résolutoires) et examiner de plus près quelle était l’intention de la bande et celle de la Couronne au moment de la cession des terres.

Les appelants entendaient se départir à titre absolu des terres. Premièrement, la bande a cédé les terres pour qu’elles soient vendues. Deuxièmement, elle a entamé des négociations avec la Couronne en sachant parfaitement que les terres en cause seraient vendues pour servir d’aéroport. Troisièmement, en contrepartie de la cession des terres, la Couronne a versé aux appelants la pleine valeur marchande de celles-ci. La simple adjonction par la bande d’une stipulation dans l’acte de cession ne veut pas forcément dire que la cession n’était pas absolue.

terms — either conceptually or under the scheme of the *Indian Act*. A key element of both the 1952 and 1988 versions of the *Indian Act* is that they expressly provide that a surrender can be both absolute and conditional.

The Kamloops Amendments created a two-tier system of surrenders which was intended to clarify the status of reserve lands surrendered for lease primarily for purposes of taxation. Surrenders for lease fall within the definition of “designated lands” and surrenders for sale remain beyond the definition of reserve. The broad phrase “otherwise than absolutely” allows for other limited forms of surrenders (such as a right of way) to be considered designated land and yet ensures that other forms of permanent surrenders, be they conditional or unconditional (such as an exchange or gift) remain beyond the notion of reserve land. The definition of “designated lands” therefore does not capture the airport lands.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

#### Statutes and Regulations Cited

*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1) “reserve”, “surrendered lands”, 37(1), 38(1), (2).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “designated lands” [ad. c. 17 (4th Supp.)], s. 1], “reserve” [am. *idem*], 37 [rep. & sub. *idem*, s. 2], 38 [*idem*], 83(1)(a) [*idem*, s. 10].

#### Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd sess., 33th Parl., June 2, 1988, pp. 16046-47.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 10 B.C.L.R. (3d) 249, 62 B.C.A.C. 109, 103 W.A.C. 109, 126 D.L.R.

Les mots «absolu» et «conditionnel» ne sont pas incompatibles, ni sur le plan des concepts ni sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Un élément clé des versions de 1952 et de 1988 de la *Loi sur les Indiens* est qu'elles disposent expressément qu'une cession peut être à la fois absolue et assortie de conditions.

Les modifications de Kamloops ont créé un régime de cession à deux niveaux visant à clarifier, principalement pour fins de taxation, le statut des terres qui sont cédées pour être données à bail. Les terres cédées à des fins de location sont visées par la définition de «terres désignées», et les terres cédées afin d'être vendues sont exclues de la définition de réserve. L'expression générale «autrement qu'à titre absolu» permet que les terres faisant l'objet d'autres formes limitées de cessions (tel un droit de passage) soient considérées comme des terres désignées, tout en faisant en sorte que celles visées par d'autres formes de cessions permanentes — que ces cessions soient faites avec ou sans conditions (comme l'échange ou le don) — continuent d'être exclues de la notion de terres faisant partie d'une réserve. La définition de «terres désignées» ne s'applique donc pas aux terrains aéroportuaires.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Leonard c. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1) «réserve», «terres cédées», 37(1), 38(1), (2).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve» [mod. ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.)], art. 1], «terres désignées» [aj. *idem*], 37 [abr. & rempl. *idem*, art. 2)], 38 [*idem*], 83(1)a) [rempl. & abr. *idem*, art. 10].

#### Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 2 juin 1988, pp. 16046 et 16047.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 10 B.C.L.R. (3d) 249, 62 B.C.A.C. 109, 103 W.A.C. 109, 126

(4th) 539, [1995] 10 W.W.R. 371, [1996] 2 C.N.L.R. 222, [1995] B.C.J. No. 1575 (QL), allowing an appeal from a judgment of Spencer J., [1994] 3 C.N.L.R. 187, 114 D.L.R. (4th) 752, [1994] B.C.J. No. 1144 (QL). Appeal dismissed.

*John L. Finlay and Janna Sylvest*, for the appellants.

*Christopher S. Murdy and David Garraway*, for the respondent.

*John R. Haig, Q.C.*, and *Scott Cowan*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE — In early 1966, the St. Mary's Indian Band surrendered a portion of its reserve to the Federal Crown for the construction of a municipal airport in Cranbrook, British Columbia. The purpose of this appeal, which is brought by the band from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, is to determine whether these surrendered lands come within the legal definition of "reserve" and are subject, therefore, to the property tax jurisdiction of the band under s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

<sup>2</sup> At the conclusion of the hearing, the Court rendered judgment in favour of the respondent, the City of Cranbrook. I indicated at that time that the result reached by the British Columbia Court of Appeal, disallowing the property tax, was correct and the Court thus dismissed the appeal with reasons to follow. The Court's full reasons for its decision are now set out below.

### I. Factual and Procedural Background

<sup>3</sup> The appellants are an Indian band with reserve lands in the Province of British Columbia. In 1966, the appellants surrendered a 598-acre portion of their reserve (the "airport lands") to the Federal Crown on the express understanding that the land would eventually be sold for the construction and

D.L.R. (4th) 539, [1995] 10 W.W.R. 371, [1996] 2 C.N.L.R. 222, [1995] B.C.J. No. 1575 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre la décision du juge Spencer, [1994] 3 C.N.L.R. 187, 114 D.L.R. (4th) 752, [1994] B.C.J. No. 1144 (QL). Pourvoi rejeté.

*John L. Finlay et Janna Sylvest*, pour les appelants.

*Christopher S. Murdy et David Garraway*, pour l'intimé.

*John R. Haig, c.r.*, et *Scott Cowan*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Au début de 1966, la bande indienne de St. Mary's a cédé une partie de sa réserve à la Couronne fédérale pour la construction d'un aéroport municipal à Cranbrook en Colombie-Britannique. L'objet du présent pourvoi, formé par la bande contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, est de déterminer si ces terres cédées sont visées par la définition légale de «réserve» et sont, en conséquence, assujetties à la compétence en matière de taxation foncière reconnue à la bande par l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

À la clôture de l'audience, la Cour a rendu jugement en faveur de la ville de Cranbrook intimée. J'ai alors indiqué que le résultat auquel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est parvenue, c'est-à-dire le rejet du compte de taxe foncière, était correct, et que notre Cour rejetait donc le pourvoi et motiverait ultérieurement sa décision. Les motifs complets de la décision de la Cour sont exposés ci-après.

### I. Les faits et l'historique des procédures

Les appelants sont une bande indienne qui possède des terres constituant une réserve dans la province de la Colombie-Britannique. En 1966, les appelants ont cédé à la Couronne fédérale une partie de leur réserve, soit 598 acres (les «terrains aéroportuaires»), à la condition expresse que ces

operation of a municipal airport. By order in council, the Crown paid the full market value of the lands (\$35,880) into trust and both parties agreed “that should at any time the said lands cease to be used for public purposes they will revert to the St. Mary’s Indian Band free of charge”. Following the surrender, the Crown transferred the land by subsequent order in council to Transport Canada. It, in turn, leased the land to the respondent City of Cranbrook and together they built the planned airport.

From 1966-1992, the respondent operated the airport and at no point during that period did the appellants request any form of payment for local property tax purposes. This is presumably because: (a) s. 83(1) of the *Indian Act* limits a band council’s property tax power to interests of land “in the reserve”; and (b) during that period, the *Indian Act* seemed to exclude lands which had been surrendered by a band from the operative definition of reserve. At that time, land was either in the reserve or surrendered — it could not be both. See *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389 (C.A.).

However, in 1988 the *Indian Act* was amended (S.C. 1988, c. 23, s. 1 (now R.S.C., 1985, c. 17 (4th Supp.)) (the “Kamloops Amendments”)) and the definition of “reserve” was altered. “Reserve” was restructured to include “designated lands” which the Act defined as:

2. . . .

. . . a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition; [Emphasis added.]

terres soient par la suite vendues pour la construction et l’exploitation d’un aéroport municipal. Par décret, la Couronne a versé en fiducie la pleine valeur marchande des terres (35 880 \$), et les deux parties ont convenu [TRADUCTION] «que si, à quelque moment que ce soit, les terres en question cessent d’être utilisées à des fins d’utilité publique, elles seront retournées à la bande indienne de St. Mary’s à titre gratuit». Après la cession, la Couronne a, au moyen d’un autre décret, transféré les terres à Transports Canada qui, à son tour, les a données à bail à la ville de Cranbrook intimée. Ensuite, Transports Canada et la ville ont construit ensemble l’aéroport projeté.

De 1966 à 1992, l’intimée a exploité l’aéroport et, à aucun moment durant cette période, les appellants n’ont exigé quelque forme de paiement que ce soit à titre de taxes foncières à des fins locales, probablement parce que: a) le par. 83(1) de la *Loi sur les Indiens* limite l’exercice du pouvoir d’un conseil de bande d’imposer des taxes foncières aux droits sur les immeubles situés «dans la réserve»; b) pendant cette période, la *Loi sur les Indiens* semblait exclure de la définition en vigueur du mot réserve les terres qui avaient été cédées par une bande. Durant cette période, soit que les terres faisaient partie de la réserve soit qu’elles étaient cédées; elles ne pouvaient pas être les deux. Voir *Leonard c. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389 (C.A.).

Toutefois, en 1988, la *Loi sur les Indiens* a été modifiée (L.C. 1988, ch. 23, art. 1 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.)) (les «modifications de Kamloops»)) et la définition de «réserve» a été modifiée afin d’inclure les «terres désignées», expression que la Loi définit en ces termes:

2. . . .

. . . Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu. [Je souligne.]

4

5

Put differently, the Kamloops Amendments made it such that certain forms of surrendered land — land surrendered “otherwise than absolutely” — would be brought within the legal definition of reserve.

6 In 1992, on the strength of the new definition, the appellants levied property taxes of approximately \$300,000 on the City of Cranbrook for the airport lands pursuant to s. 83(1) of the *Indian Act*. It was the appellants' position that even though the lands were surrendered for sale in 1966, the agreement that the lands would revert to the band if they “cease[d] to be used for public purposes” meant that the transfer was “otherwise than absolut[e]” and hence within the “designated lands” category of the reserve.

7 The City of Cranbrook refused to pay the property taxes levied by the band. It interpreted the initial transfer of the airport lands as an absolute surrender for sale. The band received full market value compensation and the respondent interpreted the “cease[d] to be used for public purposes” rider as merely a condition upon the absolute transfer.

8 Given Cranbrook's refusal to pay, the band brought an action against the respondent for the payment of outstanding property taxes. The Attorney General of Canada was granted intervener status in the case because, in a separate action, the band claimed taxes from the Government of Canada under identical circumstances.

9 On May 20, 1994, the Supreme Court of British Columbia released its decision on an application for summary judgment made by the appellants ([1994] 3 C.N.L.R. 187). The single issue according to Spencer J. was whether the “cease to be used for public purposes” stipulation rendered the surrender of the airport lands “otherwise than absolut[e]”. To make this determination, Spencer J. looked to the provisions of the *Indian Act* as they

En d'autres mots, par suite des modifications de Kamloops, certaines terres cédées — les terres cédées «autrement qu'à titre absolu» — étaient désormais visées par la définition légale de réserve.

En 1992, sur le fondement de la nouvelle définition, les appelants ont imposé à la ville de Cranbrook, en application du par. 83(1) de la *Loi sur les Indiens*, des taxes foncières d'environ 300 000 \$ à l'égard des terrains aéroportuaires. Selon la thèse des appelants, même si les terres ont été cédées en 1966 afin d'être vendues, l'entente selon laquelle les terres seraient retournées à la bande si elles «cess[ai]ent d'être utilisées à des fins d'utilité publique» signifiait que le transfert était fait «autrement qu'à titre absolu» et, en conséquence, que les terres visées étaient des «terres désignées», assimilées à une réserve.

La ville de Cranbrook a refusé de payer les taxes foncières imposées par la bande. Elle a interprété le transfert initial des terrains aéroportuaires comme une cession absolue à des fins de vente. La bande avait reçu une somme correspondant à la pleine valeur marchande des terres et l'intimée a interprété la stipulation prévoyant le cas où les terres «cessent d'être utilisées à des fins d'utilité publique» comme une simple condition assortissant le transfert à titre absolu.

Par suite du refus de payer de la ville, la bande a pris action contre l'intimée pour obtenir le paiement des taxes foncières impayées. La qualité d'intervenant a été accordée au procureur général du Canada dans l'affaire parce que, dans une action distincte, la bande réclamait des taxes au gouvernement du Canada dans des circonstances identiques.

Le 20 mai 1994, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué sur la demande de jugement sommaire présentée par les appelants ([1994] 3 C.N.L.R. 187). Selon le juge Spencer, la seule question en litige était de savoir si, du fait de la stipulation prévoyant le cas où les terres visées «cessent d'être utilisées à des fins d'utilité publique», la cession des terrains aéroportuaires avait été faite «autrement qu'à titre absolu». Pour

existed at the time of the surrender in 1966. At that time, s. 38(2) provided that a “surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional”. Spencer J. concluded that the “cease[d] to be used for public purposes” stipulation made the surrender a qualified one. Spencer J. acknowledged that there is a common law distinction between a determinable fee and a fee subject to a condition subsequent, but ultimately held that traditional real property concepts do not apply to Indian land holdings which have been characterized as *sui generis*. Instead, Spencer J. applied strict dictionary notions to the surrender, and for the simple reason that there was a limitation on the surrendered interest, he concluded that the surrender was qualified. Spencer J. ordered respondent to pay the appellants \$334,611.38 in property taxes plus interest to the date of the judgment in the amount of \$26,797.63.

On appeal, a unanimous British Columbia Court of Appeal (1995), 10 B.C.L.R. (3d) 249, reversed the ruling of Spencer J. Hutcheon J.A. first noted that the Kamloops Amendments were the direct legislative response to the Court of Appeal’s prior holding in *Leonard, supra*, where it had held that land surrendered by an Indian band situated on the Kamloops Reserve was no longer a part of the reserve for the purpose of provincial sales tax exemptions. Parliament responded to *Leonard* by enacting a two-tiered system of surrender whereby lands surrendered for sale would remain outside the reserve and lands surrendered for lease would be drawn within the notion of reserve. Hutcheon J.A. acknowledged that native land rights are *sui generis*, but rejected the band’s argument that this status suspends the application of the ordinary rules of property law. Using ordinary real property principles, Hutcheon J.A. characterized the airport lands surrender as the transfer of a fee simple defeasible by a condition subsequent, and hence as an absolute transfer. He distinguished that surrender from the granting of a determinable fee, in

se prononcer sur cette question, le juge Spencer a examiné les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui étaient en vigueur au moment de la cession en 1966. À ce moment-là, le par. 38(2) disposait qu’une «cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition». Le juge Spencer a conclu que la stipulation prévoyant le cas où les terres «cessent d’être utilisées à des fins d’utilité publique» avait donné à la cession un caractère restreint. Le juge Spencer a reconnu qu’il existe, en common law, une distinction entre un fief résoluble et un fief sous condition résolutoire, mais il a, en fin de compte, statué que les concepts traditionnels du droit des biens ne s’appliquent pas aux terres détenues par les Indiens, détention qu’on a qualifiée de *sui generis*. Le juge Spencer a plutôt appliqué strictement à la cession la définition du dictionnaire et, pour la simple raison qu’une restriction frappait le droit cédé, il a conclu que la cession était restreinte. Le juge Spencer a ordonné à l’intimée de verser aux appelants la somme de 334 611,38 \$ au titre des taxes foncières, majorée de l’intérêt couru à la date du jugement, soit 26 797,63 \$.

Dans un arrêt unanime, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1995), 10 B.C.L.R. (3d) 249, a infirmé la décision du juge Spencer. Le juge Hutcheon a d’abord souligné que les modifications de Kamloops étaient la réponse directe du législateur à l’arrêt *Leonard*, précité, rendu plus tôt par la Cour d’appel, dans lequel celle-ci avait statué que des terres situées dans la réserve de Kamloops et qui avaient été cédées par une bande indienne ne faisaient plus partie de cette réserve pour l’application des exemptions de la taxe de vente provinciale. Le législateur a réagi à l’arrêt *Leonard* en édictant un régime de cession à deux niveaux. En vertu de ce régime, les terres cédées à des fins de vente demeureraient en dehors de la réserve tandis que celles cédées à des fins de location seraient assimilées à une réserve. Le juge Hutcheon a reconnu que les droits fonciers des autochtones sont des droits *sui generis*, mais il a rejeté l’argument de la bande voulant que ce statut suspende l’application des règles ordinaires du droit des biens. Se fondant sur les principes ordinaires du droit des biens, le juge Hutcheon a qualifié la

which case the band would have retained a taxable interest in the land. Accordingly, the Court of Appeal held that the City of Cranbrook was not liable to the band's property tax assessment.

## II. Issues

11 This appeal asks one central question:

Was the appellants' surrender of the airport lands made "otherwise than absolutely" such that these surrendered lands now fall within the definition of "designated lands" under the current *Indian Act*?

This requires the Court to consider the following issue, as identified and argued by the parties:

Whether the *sui generis* nature of Native land rights means that common law real property principles do not apply to the surrender of the Indian reserve lands under the provisions of the *Indian Act*.

In my view, the other two issues raised by the appellants do not arise on the facts of this case.

## III. Relevant Statutory Provisions

12 *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149

2. (1) . . .

(o) "reserve" means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band;

. . .

(q) "surrendered lands" means a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart.

cession des terrains aéroportuaires de transfert d'un fief simple sous condition résolutoire, et, par tant, de transfert absolu. Il a établi une distinction entre cette cession et la concession d'un fief résoluble, auquel cas la bande aurait conservé, sur les terres en question, un droit donnant ouverture à taxation. Par conséquent, la Cour d'appel a statué que la ville de Cranbrook n'était pas tenue de payer les taxes foncières imposées par la bande.

## II. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève une question fondamentale:

La cession par les appelants des terrains aéroportuaires a-t-elle été faite «autrement qu'à titre absolu», de sorte que les terres cédées sont maintenant visées par la définition de «terres désignées» dans l'actuelle *Loi sur les Indiens*?

Cette question oblige la Cour à examiner la question suivante, qui a été définie et débattue par les parties:

Le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones emporte-t-il que les principes du droit des biens en common law ne s'appliquent pas à la cession, en vertu des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, de terres faisant partie d'une réserve indienne?

À mon avis, compte tenu des faits de l'espèce, les deux autres questions soulevées par les appelants ne se posent pas.

## III. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149

2. (1) . . .

(o) «réserve» signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

. . .

(q) «terres cédées» signifie une réserve ou partie d'une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé.

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5

2. (1) . . .

“designated lands” means a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition;

“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;

37. (1) Lands in a reserve shall not be sold nor title to them conveyed until they have been absolutely surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(1) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

(2) Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased nor an interest in them granted until they have been surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(2) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5

2. (1) . . .

«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.

«terres désignées» Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu.

37. (1) Les terres dans une réserve ne peuvent être vendues ou aliénées que si elles sont cédées à titre absolu conformément au paragraphe 38(1) à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l’objet d’un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d’une réserve.

(2) A band may, conditionally or unconditionally, designate, by way of a surrender to Her Majesty that is not absolute, any right or interest of the band and its members in all or part of a reserve, for the purpose of its being leased or a right or interest therein being granted.

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for. . .

(a) . . . taxation for local purposes of land, or interest in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

#### IV. Analysis

13

At the conclusion of the hearing of this case, I announced the Court's decision to dismiss the appeal. Implicit in that decision was this Court's finding that the St. Mary's Indian Band's surrender of the airport lands was not "otherwise than absolute]" and thus that these lands were not "designated lands" within the meaning of the current *Indian Act*. That holding was prompted by two conclusions. First, despite the *sui generis* nature of native land rights, the nature of the band's surrender of the airport lands, and the context in which it was made, make it clear that appellants' true intention was to part with the impugned lands on an absolute basis. Second, the effect of the Kamloops Amendments was to draw native lands surrendered for lease back into the reserve. Lands surrendered for sale were clearly intended to remain outside the band's property tax jurisdiction.

##### A. *The Sui Generis Nature of Native Land Rights*

14

I want to make it clear from the outset that native land rights are *sui generis*, and that nothing in this decision should be construed as in any way altering that special status. As this Court held in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, and *Blueberry River Indian Band v. Canada (Depart-*

(2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve.

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) . . . l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

#### IV. L'analyse

À la clôture de l'audience en l'espèce, j'ai annoncé la décision de la Cour de rejeter le pourvoi. Il était implicite dans cette décision que notre Cour avait conclu que la cession des terrains aéroportuaires par la bande indienne de St. Mary's n'avait pas été faite «autrement qu'à titre absolu» et, donc, que ces terres n'étaient pas des «terres désignées» au sens de l'actuelle *Loi sur les Indiens*. Deux constatations ont amené cette conclusion. Premièrement, malgré le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones, la nature de la cession des terrains aéroportuaires par la bande et le contexte dans lequel cette cession a été faite montrent bien que l'intention véritable des appelants était de se départir des terres en cause de façon absolue. Deuxièmement, les modifications de Kamloops ont eu pour effet de ramener dans la réserve les terres indiennes cédées à des fins de location. En revanche, les terres cédées à des fins de vente étaient manifestement censées demeurer hors de la compétence de la bande en matière de taxation foncière.

##### A. *Le caractère sui generis des droits fonciers des autochtones*

Je tiens tout d'abord à préciser que les droits fonciers des autochtones ont un caractère *sui generis* et que la présente décision n'a pas pour effet de modifier de quelque façon que ce soit ce statut spécial. Comme notre Cour l'a déclaré dans les arrêts *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, et

*ment of Indian Affairs and Northern Development*), [1995] 4 S.C.R. 344, native land rights are in a category of their own, and as such, traditional real property rules do not aid the Court in resolving this case.

But what does this really mean? As Gonthier J. stated at paras. 6 and 7 in *Blueberry River, supra*, it means that we do not approach this dispute as would an ordinary common law judge, by strict reference to intractable real property rules:

In my view, principles of common law property are not helpful in the context of this case. Since Indian title in reserves is *sui generis*, it would be most unfortunate if the technical land transfer requirements embodied in the common law were to frustrate the intention of the parties, and in particular the Band, in relation to their dealings with I.R. 172. For this reason, the legal character of the 1945 surrender, and its impact on the 1940 surrender, should be determined by reference to the intention of the Band. Unless some statutory bar exists (which, as noted above, is not the case here), then the Band members' intention should be given legal effect.

An intention-based approach offers a significant advantage, in my view. As McLachlin J. observes, the law treats aboriginal peoples as autonomous actors with respect to the acquisition and surrender of their lands, and for this reason, their decisions must be respected and honoured. It is therefore preferable to rely on the understanding and intention of the Band members in 1945, as opposed to concluding that regardless of their intention, good fortune in the guise of technical land transfer rules and procedures rendered the 1945 surrender of mineral rights null and void. In a case such as this one, a more technical approach operates to the benefit of the aboriginal peoples. However, one can well imagine situations where that same approach would be detrimental, frustrating the well-considered plans of the aboriginals. In my view, when determining the legal effect of dealings between aboriginal peoples and the Crown relating to reserve lands, the *sui generis* nature of aboriginal title requires courts to go beyond the usual

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, les droits fonciers des autochtones appartiennent à une catégorie qui leur est propre et, pour cette raison, les règles traditionnelles du droit des biens ne sont pas utiles à la Cour pour trancher le présent pourvoi.

Mais qu'est-ce que cela signifie dans les faits? Comme le juge Gonthier l'a affirmé, aux par. 6 et 7 de l'arrêt *Rivière Blueberry*, précité, cela signifie que nous ne devons pas aborder l'examen du présent litige comme le ferait ordinairement un juge de common law, en nous référant strictement aux règles inflexibles du droit des biens:

À mon avis, les principes généraux du droit des biens en common law ne sont pas utiles dans le contexte du présent pourvoi. Puisque le titre indien sur les réserves a un caractère *sui generis*, il serait fort malencontreux que les exigences de forme de la common law en matière de transfert foncier viennent frustrer l'intention des parties, tout particulièrement celle de la bande, à l'égard de leurs intérêts dans la R.I. 172. Voilà pourquoi le caractère juridique de la cession de 1945 et son effet sur celle de 1940 doivent être déterminés au regard de l'intention de la bande. Hormis quelque empêchement prescrit par la loi (ce qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'est pas le cas en l'espèce), il faut laisser l'intention des membres de la bande produire ses effets juridiques.

Selon moi, l'application d'une analyse fondée sur l'intention des parties offre un avantage important. Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin, la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions. En conséquence, il est préférable de s'en remettre à l'intention des membres de la bande et à leur compréhension de la situation en 1945, plutôt que de conclure que, quelle qu'ait été cette intention, c'est par un coup de chance — résultant de règles et autres formalités procédurales applicables aux transferts fonciers — qu'est invalidée la cession des droits miniers en 1945. Dans un cas comme celui-ci, l'application d'une analyse plus formaliste est à l'avantage des peuples autochtones. Cependant, il est facile d'imaginer des cas où cette même analyse serait préjudiciable aux autochtones et ferait obstacle à leurs plans mûrement réfléchis. À mon avis, dans l'examen des effets juridiques des opérations conclues par les peuples autochtones et la Couronne relativement à des terres faisant partie de réserves, il ne faut

restrictions imposed by the common law, in order to give effect to the true purpose of the dealings.

This passage confirms that we do not focus on the minutiae of the language employed in the surrender documents and should not rely upon traditional distinctions between determinable limitations and conditions subsequent in order to adjudicate a case such as this. Instead, the Court must “go beyond the usual restrictions” of the common law and look more closely at the respective intentions of the St. Mary’s Indian Band and the Crown at the time of the surrender of the airport lands.

16

The reason the Court has said that common law real property concepts do not apply to native lands is to prevent native intentions from being frustrated by an application of formalistic and arguably alien common law rules. Even in a case such as this where the Indian band received full legal representation prior to the surrender transaction, we must ensure that form not trump substance. It would be fundamentally unjust to impose inflexible and technical land transfer requirements upon these “autonomous actors” and conclude that the “cease[d] to be used for public purposes” stipulation was a condition subsequent solely because the band made the mistake of using the word “should” instead of the word “until”. Therefore, although I agree with the result reached by the British Columbia Court of Appeal in this case, I respectfully disagree with the manner in which Hutcheon J.A. arrived at it. Hutcheon J.A.’s reasons do not take into account this Court’s recent decision in *Blueberry River*. That case makes it abundantly clear that we do not rely upon traditional distinctions between a determinable fee and a fee subject to a condition subsequent in adjudicating disputes relating to native land rights.

pas oublier que, compte tenu du caractère *sui generis* du titre autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law afin de donner effet à l’objet véritable de ces opérations.

Ce passage confirme que nous ne nous attachons pas aux menus détails du langage employé dans les documents de cession, et que nous ne devrions pas nous appuyer sur les distinctions traditionnelles entre des restrictions résolubles et des conditions résolutoires pour statuer sur une affaire comme celle qui nous occupe. La Cour doit plutôt «faire abstraction des restrictions habituelles» imposées par la common law et examiner de plus près quelle était l’intention de la bande indienne de St. Mary’s et celle de la Couronne au moment de la cession des terrains aéroportuaires.

La Cour a dit que les concepts du droit des biens en common law ne s’appliquent pas aux terres indiennes parce qu’il faut empêcher que l’intention des autochtones ne soit frustrée par l’application des règles formalistes de la common law qui, pourrait-on soutenir, leur sont étrangères. Même dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis et où la bande indienne a bénéficié d’une représentation juridique complète avant l’opération de cession, nous devons veiller à ce que la forme ne l’emporte pas sur le fond. Il serait fondamentalement injuste d’imposer des exigences formalistes et inflexibles en matière de transfert foncier à ces «acteurs autonomes» et de conclure que la stipulation prévoyant le cas où les terres «cessent d’être utilisées à des fins d’utilité publique» était une condition résolutoire uniquement parce que la bande a commis l’erreur d’employer le mot [TRADUCTION] «si» au lieu du mot «lorsque». Par conséquent, même si je souscris au résultat auquel la Cour d’appel de la Colombie-Britannique est arrivée en l’espèce, il ne me paraît pas possible d’accepter la façon dont le juge Hutcheon est parvenu à ce résultat. Les motifs de ce dernier ne tiennent pas compte de l’arrêt récent de notre Cour *Rivière Blueberry*. Il ressort très clairement de cet arrêt que nous ne nous en remettons pas aux distinctions traditionnelles entre fief résoluble et fief sous condition résolutoire pour trancher les litiges relatifs aux droits fonciers des autochtones.

### B. *The True Purpose of the Dealings*

All of the members of the Court that sat on *Blueberry River* acknowledged the need to pierce the veil of real property law in adjudicating native land rights disputes. As Gonthier J. asserted at para. 7, the Court must look to the “true purpose of the dealings”. McLachlin J. similarly proclaimed at para. 83:

The basic purpose of the surrender provisions of the *Indian Act* is to ensure that the intention of Indian bands with respect to their interest in their reserves be honoured.

What then, was the true intention of the St. Mary's Indian Band when it surrendered the airport lands to the Crown in 1966?

I have little hesitation in concluding that the appellants intended to part with the airport lands on an absolute basis. For one, the band surrendered the land for sale. The band thoroughly contemplated the prospect of a long-term lease, but ultimately preferred the option whereby the Crown would sell the surrendered land to a third party. Second, the appellants entered into negotiations with the Crown upon the full understanding that the impugned lands were to be sold for the purpose of constructing an airport for the City of Cranbrook. We are not talking about a facility or an enterprise with a short-term lifespan. A sale suggests a high degree of permanence and an airport requires an elaborate and lasting infrastructure. Third, in return for its surrender, the Crown paid the appellants the full market value of the land (\$35,880). This further confirms the permanence of the arrangement. In fact, given the statutory scheme set out in the *Indian Act*, this is about as close as an Indian band can get to selling reserve land itself.

I do not find that the “cease[d] to be used for public purposes” stipulation frustrates this conclusion. In other words, I am not persuaded by the appellants' position that the mere fact that the band included a rider in its surrender necessarily means

### B. *L'objet véritable des opérations*

Tous les juges de la Cour qui ont entendu l'affaire *Rivière Blueberry* ont reconnu qu'il est nécessaire de lever le voile du droit des biens pour trancher les litiges relatifs aux droits fonciers des autochtones. Comme le juge Gonthier l'a affirmé, au par. 7, la Cour doit examiner l'«objet véritable de ces opérations». Le juge McLachlin a également déclaré, au par. 83:

L'objet fondamental des dispositions de la *Loi des Indiens* relatives aux cessions est de faire en sorte que l'on respecte l'intention des bandes indiennes relativement à leurs droits sur les réserves.

Quelle était donc l'intention véritable de la bande indienne de St. Mary's lorsqu'elle a cédé les terrains aéroportuaires à la Couronne en 1966?

C'est sans grande hésitation que je conclus que les appelants entendaient se départir à titre absolu des terrains aéroportuaires. Premièrement, la bande a cédé les terres en question pour qu'elles soient vendues. La bande a sérieusement envisagé la possibilité de consentir un bail à long terme, mais elle a finalement préféré demander à la Couronne de vendre à un tiers les terres cédées. Deuxièmement, les appelants ont entamé des négociations avec la Couronne en sachant parfaitement que les terres en cause seraient vendues afin d'y construire un aéroport pour la ville de Cranbrook. Nous ne parlons pas ici d'une installation ou d'une entreprise ayant une courte durée de vie. Une vente suppose un degré élevé de permanence, et un aéroport requiert une infrastructure complexe et durable. Troisièmement, en contrepartie de la cession, la Couronne a versé aux appelants la pleine valeur marchande des terres (35 880 \$). Ce paiement confirme également la permanence de l'arrangement. De fait, compte tenu du régime établi par la *Loi sur les Indiens*, c'est pratiquement le plus loin où une bande indienne peut aller sans vendre elle-même des terres faisant partie d'une réserve.

À mon sens, la stipulation prévoyant le cas où les terres «cessent d'être utilisées à des fins d'utilité publique» ne fait pas échec à cette conclusion. En d'autres mots, la thèse des appelants ne me convainc pas que la simple adjonction par la bande

17

18

19

that the surrender was other than absolute. “Absolute” and “conditional” are not mutually exclusive terms — either conceptually or under the scheme of the *Indian Act*. Indeed a key element of both the 1952 and 1988 versions of the *Indian Act* is that they expressly provide that a surrender can be both absolute and conditional. Section 38(2) of the 1952 *Indian Act* provided:

38. . . .

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Section 38(1) of the 1985 *Indian Act* similarly states:

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

Not only does this show that my interpretation of the airport lands surrender has been long contemplated in the *Indian Act*, but it also suggests, with respect, that Spencer J. was wrong to resort to a dictionary in order to distinguish between an absolute and a qualified surrender. For Spencer J. to have concluded that an absolute surrender is one without limits is to deny the *Indian Act* reality that there can be conditions to an absolute surrender.

### C. *The Effect of the Kamloops Amendments*

20

As I have emphasized above, the *sui generis* nature of native land rights means that we do not apply technical land transfer requirements to the surrender of Indian lands. It does not mean, however, that this Court should resolve this case without reference to the ordinary rules of statutory interpretation. Indeed, it is my view that the Court can dispose of this appeal by simple reference to the Kamloops Amendments themselves. Although the Kamloops Amendments were intended to clarify the status of reserve lands surrendered for lease, they were never intended to draw lands surrendered for sale into the definition of reserve.

de cette stipulation dans l'acte de cession veut forcément dire que la cession n'était pas absolue. Les mots «absolu» et «conditionnel» ne sont pas incompatibles, ni sur le plan des concepts ni sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. En effet, un élément clé des versions de 1952 et de 1988 de la *Loi sur les Indiens* est qu'elles disposent expressément qu'une cession peut être à la fois absolue et assortie de conditions. Le paragraphe 38(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1952 était ainsi rédigé:

38. . . .

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

De même, le par. 38(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1985 dispose:

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d'une réserve.

Ces dispositions montrent non seulement que mon interprétation de la cession des terrains aéroportuaires est depuis longtemps envisagée dans la *Loi sur les Indiens*, mais aussi, en toute déférence, que le juge Spencer a eu tort de recourir à un dictionnaire pour établir une distinction entre une cession absolue et une cession restreinte. En concluant qu'une cession absolue est une cession qui ne comporte aucune restriction, le juge Spencer nie la réalité exprimée dans la *Loi sur les Indiens*, savoir qu'une cession à titre absolu peut être assortie de conditions.

### C. *L'effet des modifications de Kamloops*

Comme je l'ai souligné plus haut, le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones signifie que nous n'appliquons pas à la cession de terres indiennes les exigences de forme applicables en matière de transfert foncier. Toutefois, cela ne veut pas dire que notre Cour devrait trancher le présent cas sans se référer aux règles ordinaires d'interprétation des lois. De fait, je suis d'avis que la Cour peut trancher le pourvoi simplement en se référant aux modifications de Kamloops elles-mêmes. Même si ces modifications visaient à clarifier le statut des terres de réserve cédées à des fins de location, elles n'ont jamais été conçues pour

Parliament has always considered lands surrendered for sale to have been surrendered absolutely.

The appellants argued vigorously at the hearing that the nature of the surrender must be understood in the context of the *Indian Act* as it existed at the time of the surrender in 1966. To a certain extent they are right. If the band's relinquishment of the airport lands was a surrender for lease under the *Indian Act* as it stood in 1966, nothing in the Kamloops Amendments can possibly be interpreted to alter that fact. But, with respect, this is not the issue. All of the parties to this appeal agree that the appellants surrendered the airport lands for sale. The question is whether the phraseology "otherwise than absolutely" in the Kamloops Amendments' definition of "designated lands" includes surrenders for sale. My conclusion is that it does not.

As I indicated at the outset of these reasons, the Kamloops Amendments were a legislative response to *Leonard, supra*. Mary Leonard, the Chief of an Indian band in British Columbia, contested the payment of sales tax on purchases made by members of her band from businesses located on land which the band had surrendered for lease in 1980. The band brought an action against the Crown claiming that its members were exempt from the sales tax because s. 87(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, provided that "personal property of an Indian or band situated on a reserve" is exempt from taxation. The central issue was, therefore, whether the surrendered land was part of the reserve. The Court of Appeal held that it was not. Macfarlane J.A. held that "reserve" and "surrendered lands" were defined separately and that each was given distinct legislative treatment throughout the *Indian Act*. Accordingly, the court held that all forms of surrendered land fell outside the reserve and thus personal property purchased

inclure dans la définition de réserve les terres cédées à des fins de vente. Le législateur a toujours considéré que les terres cédées à des fins de vente sont cédées à titre absolu.

À l'audience, les appelants ont énergiquement plaidé qu'il faut interpréter la nature de la cession dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* qui était en vigueur au moment de la cession en 1966. Jusqu'à un certain point ils ont raison. Si l'abandon des terrains aéroportuaires était une cession à des fins de location en vertu du texte de la *Loi sur les Indiens* qui était en vigueur en 1966, il n'y a rien dans les modifications de Kamloops qui puisse être interprété de façon à modifier ce fait. Mais, en toute déférence, il ne s'agit pas là de la question en litige. Toutes les parties au présent pourvoi conviennent que les appelants ont cédé les terrains aéroportuaires à des fins de vente. La question est de savoir si l'expression «autrement qu'à titre absolu» employée dans la définition de «terres désignées» prévue par les modifications de Kamloops vise aussi les cessions faites à des fins de vente. Je conclus que non.

Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, les modifications de Kamloops étaient la réponse du législateur à l'arrêt *Leonard*, précité. Dans cette affaire, le chef d'une bande indienne de la Colombie-Britannique, Mary Leonard, contestait la perception de la taxe de vente à l'égard des achats effectués par les membres de sa bande dans les entreprises situées sur des terres que la bande avait cédées à des fins de location en 1980. La bande a pris action contre la Couronne, invoquant le fait que ses membres étaient exonérés de la taxe de vente par l'al. 87b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, qui dispose que «les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve» sont exemptés de taxation. La question fondamentale était donc de savoir si les terres cédées faisaient partie de la réserve. La Cour d'appel a répondu par la négative. Le juge Macfarlane a statué que les termes «réserve» et «terres cédées» étaient définis séparément et que chacun d'eux faisait l'objet d'un traitement législatif distinct dans la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, la cour a statué que toutes les terres cédées étaient en dehors

21

22

by an Indian on surrendered land was subject to provincial sales tax.

23

The effect of *Leonard* was profound but the result was neither surprising nor incorrect. The 1952 *Indian Act* clearly distinguished between the notions of reserve lands and surrendered lands:

2. (1) . . .

(o) "reserve" means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band;

. . . .

(q) "surrendered lands" means a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart.

Consequently, I have little difficulty in endorsing the *Leonard* decision and concluding from it that from 1966-1988, the airport lands were not within the appellants' reserve. Given the structure of the 1952 *Indian Act*, all forms of surrendered land prior to 1988 — be the surrender absolute or qualified, conditional or unconditional — necessarily fell outside the definition of reserve. The question that remains to be answered is how the 1988 Kamloops Amendments altered that situation.

24

The stated purpose of the Kamloops Amendments is unequivocal. When introducing the new amendments to Parliament, the government made it clear that they were intended to clarify the status of surrendered lands and to draw lands surrendered for lease into the definition of reserve, primarily for the purpose of taxation. At that time, the Parliamentary Secretary to the Minister of Indian Affairs and Northern Development made the following statement (*House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd sess., 33rd Parl., June 2, 1988, at pp. 16046-47):

de la réserve et que, de ce fait, les biens personnels achetés par un Indien sur des terres cédées étaient assujettis à la taxe de vente provinciale.

L'effet de l'arrêt *Leonard* a été profond, mais le résultat n'était ni étonnant ni incorrect. La *Loi sur les Indiens* de 1952 établissait une nette distinction entre les notions de terres faisant partie d'une réserve et de terres cédées:

2. (1) . . .

o) «réserve» signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

. . . .

q) «terres cédées» signifie une réserve ou partie d'une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé.

En conséquence, je n'ai guère de difficulté à souscrire à l'arrêt *Leonard* et à conclure, sur le fondement de cette décision, que, de 1966 à 1988, les terrains aéroportuaires ne faisaient pas partie de la réserve des appelants. Compte tenu de la structure de la *Loi sur les Indiens* de 1952, toutes les terres cédées avant 1988 — que la cession ait été absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition — étaient nécessairement exclues de la définition de réserve. La dernière question à laquelle il faut répondre concerne la façon dont les modifications de Kamloops de 1988 ont changé cette situation.

L'objet déclaré des modifications de Kamloops ne laisse place à aucune équivoque. Lorsqu'il a présenté les nouvelles modifications au Parlement, le gouvernement a bien précisé que ces modifications visaient à clarifier le statut des terres cédées et à inclure les terres cédées aux fins de les donner à bail dans la définition de réserve, principalement pour fins de taxation. À ce moment-là, le secrétaire parlementaire du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a fait la déclaration suivante (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 2 juin 1988, aux pp. 16046 et 16047):

There are two main purposes to this Bill: first, to clarify the legal status of Indian lands; second, to establish the legal foundation for property taxation by band councils. . . .

The Bill before us will establish that a surrender may take one of two forms — first, an absolute surrender for sale which would remove land completely of all Indian interests and take it out of reserve, which is extremely rare, and, second, a surrender for lease or some other restricted purpose, in which case the land remains part of the reserve. Setting aside part of a reserve for leasing is not a surrender, nor is it a release of the Indian interest in the land.

In order to facilitate and strengthen the distinction between these two types of surrender, land surrendered for lease would be termed “designated land” and the process of such non-absolute surrender would be termed “designation”. This terminology is obviously far superior to the word “surrender”, and the symbolic importance of this change is of great value.

As a result of these amendments Indian communities will be able to set land aside for development without fear of losing the Indian status of the land. The rights they obtain through the Indian Act will continue to apply, such as voting rights in band elections, protection of cultural property, and the power to govern the land through by-laws.

The last point is very important. At present it is not at all clear in the Indian Act whether the word “reserve” includes surrendered land of any type. There is, therefore, a risk that when land is surrendered for lease it might cease to be defined as part of the reserve and the by-law powers of the band council could not govern the land. This is a totally unacceptable loss of Indian jurisdiction and control of Indian land. It would also mean a very serious vacuum of local jurisdiction over leased Indian land. This has taken place in many instances across Canada and is why the band at Kamloops requested the change. This situation cannot be permitted to continue.

One of the most important by-law powers that bands need is their power to tax use of the land. That brings me to the second purpose of these amendments, which is to establish clearly that band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray

Le projet de loi a deux buts principaux. D’abord préciser le statut juridique des terres indiennes; ensuite, fixer le cadre juridique permettant aux bandes de prélever des impôts fonciers. . . .

Aux termes du projet de loi à l’étude, deux formes de cession seront définies. Premièrement, la cession à titre absolu aux fins de la vente, qui signifie l’abandon de tout intérêt indien dans une terre et son retrait de la réserve, un cas extrêmement rare, et deuxièmement, la cession d’une terre aux fins de la donner à bail ou à une autre fin restreinte, auquel cas elle continue de faire partie de la réserve. La mise de côté d’une partie de la réserve aux fins de la donner à bail ne constitue pas une cession, ni un abandon de l’intérêt indien dans cette terre.

Pour faciliter et renforcer la distinction entre ces deux types de cession, on appellerait respectivement «terres désignées» et «désignation» les terres cédées aux fins de les donner à bail et le processus de cession non absolue de ces terres. Il s’agit d’un progrès certain dans les termes par rapport au terme «cession» et ce changement a une grande valeur symbolique.

Grâce à ces modifications, les collectivités indiennes pourront mettre de côté des terres pour qu’elles soient mises en valeur sans craindre qu’elles ne perdent le statut de terres indiennes. Les droits que leur confère la Loi sur les Indiens vont subsister, par exemple le droit de vote aux élections de bande, la protection de la propriété culturelle et le pouvoir de gouverner le territoire par voie de statuts administratifs.

Ce dernier point est très important. À l’heure actuelle, il n’est pas du tout clair que dans la Loi sur les Indiens le mot «réserve» comprenne les territoires cédés d’une façon ou d’une autre. Il y a donc danger qu’une terre cédée à bail cesse de faire partie de la réserve, et que les statuts administratifs pris par le conseil de bande y soient sans effet. Ce serait là une perte absolument inadmissible de la compétence indienne et de la maîtrise des Indiens sur leur territoire. Cela entraînerait par ailleurs une très grave carence administrative locale sur les terres indiennes cédées à bail. La chose s’est produite à maintes reprises en divers endroits du Canada et c’est la raison pour laquelle la bande de Kamloops a sollicité ces changements. Voilà une situation qui ne peut plus être tolérée.

Une des attributions les plus importantes que les bandes ont besoin d’exercer par voie de statuts administratifs, c’est la taxation de l’occupation du sol. Cela m’amène au deuxième but de ces modifications, qui est de bien préciser que les conseils de bande ont le pouvoir

their costs as the government of that land. Such taxation power is obviously indispensable to any form of modern government. Some bands may not wish to use this power, but it must be there for bands which wish to exercise it.

25

In keeping with its stated objectives, Parliament passed the Kamloops Amendments, altering the definition of "reserve" to include "designated lands" which the new Act defined as:

... a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition. . . .

Parliament similarly amended ss. 37 and 38 of the *Indian Act* to explain which forms of surrender would be absolute and which would not. On the one hand, Parliament made it clear that surrenders for lease would not be absolute. Sections 37(2) and 38(2) were amended to provide:

37. . . .

(2) Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased nor an interest in them granted until they have been surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(2) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. . . .

(2) A band may, conditionally or unconditionally, designate, by way of a surrender to Her Majesty that is not absolute, any right or interest of the band and its members in all or part of a reserve, for the purpose of its being leased or a right or interest therein being granted.

On the other hand, Parliament made it equally clear that surrenders for sale would continue to be considered absolute. Sections 37(1) and 38(1) were amended to confirm:

d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire. Il s'agit là d'une attribution fiscale qui est absolument indispensable aux pouvoirs publics modernes de tous les niveaux. Certaines bandes préféreront peut-être ne pas en faire usage, mais il faut qu'elle soit prévue à l'intention de celles qui désirent l'exercer.

Conformément aux objectifs qu'il avait annoncés, le législateur a adopté les modifications de Kamloops et changé la définition de «réserve» pour qu'elle vise aussi les «terres désignées», que la nouvelle Loi définit ainsi:

... Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l'usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l'entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu'à titre absolu.

Le législateur a également modifié les art. 37 et 38 de la *Loi sur les Indiens* afin de préciser les formes de cession qui seraient absolues et celles qui ne le seraient pas. D'une part, le législateur a clairement indiqué que la cession d'une terre afin de la donner à bail ne serait pas faite à titre absolu. Les paragraphes 37(2) et 38(2) ont été modifiés pour disposer:

37. . . .

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l'objet d'un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. . . .

(2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve.

D'autre part, le législateur a précisé tout aussi clairement que la cession d'une terre afin de la vendre continuerait d'être considérée comme faite à titre absolu. Les paragraphes 37(1) et 38(1) ont été modifiés pour confirmer:

37. (1) Lands in a reserve shall not be sold nor title to them conveyed until they have been absolutely surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(1) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

Parliament thus responded to the *Leonard* decision by making significant clarifications to the legal status of surrendered land under the *Indian Act*. It is obvious, however, that Parliament did not draw all lands surrendered by an Indian band within the legal definition of “reserve”. Had this been the desired end, the means would have been decidedly less elaborate. Instead, recognizing the need to keep land surrendered for sale outside the definition of “reserve”, Parliament created a two-tiered system of surrenders. That surrenders for sale were meant to remain beyond the definition of reserve is evidenced by the precondition in s. 37(1) that land be surrendered absolutely prior to being sold. That surrenders for lease were meant to be drawn within the definition of “designated lands” is evidenced by a number of features of the Kamloops Amendments, the most obvious being the fact that s. 38(2) uses the word “designate”.

Why did Parliament use this broad “otherwise than absolutely” language? If its express intention was to keep surrenders for sale outside the reserve, why did Parliament not define “designated lands” in a more explicit manner? I offer one convincing response: Parliament must have selected the broad “otherwise than absolutely” phraseology in order to account for other contingencies — to allow, at one end, for other limited forms of surrenders, such as a right of way, to be considered designated land, and to ensure, at the other end, that other forms of permanent surrenders such as exchange or gift remain beyond our notions of reserve land. Parliament could have tailored its definition of “designated lands” to the specific distinction between lease and sale. Had it done so, this litiga-

37. (1) Les terres dans une réserve ne peuvent être vendues ou aliénées que si elles sont cédées à titre absolu conformément au paragraphe 38(1) à Sa Majesté par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d’une réserve.

Le législateur a donc réagi à l’arrêt *Leonard* en donnant des éclaircissements importants sur le statut juridique des terres cédées en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il est évident, toutefois, que le législateur n’a pas inclus toutes les terres cédées par une bande indienne dans la définition légale de «réserve». Si telle avait été la fin recherchée, les moyens employés auraient été carrément moins complexes. Au contraire, conscient de la nécessité d’exclure de la définition de «réserve» les terres cédées afin d’être vendues, le législateur a créé un régime de cessions à deux niveaux. La condition préalable énoncée au par. 37(1), savoir que les terres doivent être cédées à titre absolu avant d’être vendues, montre que le législateur entendait exclure les terres cédées à cette fin de la définition de réserve. Plusieurs éléments des modifications de Kamloops, dont le plus manifeste est l’emploi du verbe «désigner» au par. 38(2), montrent qu’on entendait que les terres cédées pour être données à bail soient visées par la définition de «terres désignées».

Pourquoi le législateur a-t-il employé l’expression générale «autrement qu’à titre absolu»? Si son intention expresse était d’exclure des terres faisant partie de la réserve les terres cédées à des fins de vente, pourquoi n’a-t-il pas défini l’expression «terres désignées» d’une manière plus explicite? J’ai une réponse convaincante à offrir: le législateur doit avoir choisi l’expression générale «autrement qu’à titre absolu» afin de parer à d’autres éventualités — d’une part, pour permettre que des terres faisant l’objet d’autres formes limitées de cession, comme un droit de passage, soient considérées comme des terres désignées, et, d’autre part, pour faire en sorte que les terres faisant l’objet d’autres formes de cessions permanentes, comme l’échange ou le don, demeurent en dehors de nos

tion would likely have been preempted. But this distinction is merely a threshold distinction and such a narrow legislative response would have given rise to many other disputes which would have been presumably more difficult to adjudicate.

28

The duality in the Kamloops Amendments provides clear guidance in defining “otherwise than absolutely”. Given the *Leonard* decision, Parliament wanted to draw land surrendered for lease (or other means short of lease) within the legal definition of “reserve”. At the same time, Parliament sought to confirm that land surrendered for sale (or other means similar to sale) remain beyond the definition of reserve. I have no hesitation, therefore, in concluding that “otherwise than absolutely” specifically excludes all lands surrendered for sale, be it conditionally or unconditionally.

#### D. Other Issues

29

Given the above analysis, there is no need to resolve any of the other issues raised by the parties to this appeal. In my opinion, there is no ambiguity to resolve in the manner outlined by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. Moreover, it is neither necessary nor desirable for the Court to determine whether there is any principled basis for maintaining the common law real property distinction between a determinable fee and a fee simple subject to a condition subsequent.

#### V. Conclusion

30

As the Court indicated at the conclusion of the hearing, the British Columbia Court of Appeal was correct to have disallowed the property tax assessment of the Cranbrook Airport made by the St. Mary's Indian Band against the City of Cranbrook. Although the *sui generis* nature of native land rights means that courts should not resort to tradi-

conceptions de terres faisant partie d'une réserve. Le législateur aurait pu formuler sa définition de «terres désignées» en fonction de la distinction spécifique entre la location et la vente. S'il l'avait fait, le présent litige aurait probablement été évité. Mais cette distinction est purement une distinction préliminaire, et une réponse législative aussi limitée aurait donné lieu à bien d'autres litiges qui auraient probablement été plus difficiles à trancher.

La dualité dans les modifications de Kamloops fournit des indications claires pour définir l'expression «autrement qu'à titre absolu». Compte tenu de l'arrêt *Leonard*, le législateur a voulu inclure les terres qui sont cédées pour être données à bail (ou à d'autres fins n'allant pas jusqu'à la location) dans la définition légale de «réserve». Par ailleurs, il a voulu en même temps confirmer que les terres cédées pour être vendues (ou à des fins similaires à la vente) continuent d'être exclues de la définition de réserve. C'est donc sans hésitation que je conclus que l'expression «autrement qu'à titre absolu» exclut expressément toutes les terres cédées à des fins de vente, que ce soit avec ou sans conditions.

#### D. Les autres questions en litige

Vu l'analyse qui précède, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur les autres questions soulevées par les parties au présent pourvoi. Selon moi, il n'existe pas d'ambiguïté devant être tranchée de la manière exposée par notre Cour dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. En outre, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que la Cour détermine s'il existe des principes favorables au maintien de la distinction établie par le droit des biens en common law entre un fief résoluble et un fief simple sous condition résolutoire.

#### V. La conclusion

Comme notre Cour l'a mentionné à la clôture de l'audience, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison de rejeter la cotisation de taxes foncières présentée par la bande indienne de St. Mary's à la ville de Cranbrook relativement à l'aéroport de Cranbrook. Même si le caractère *sui generis* des droits fonciers des autochtones

tional real property concepts in adjudicating such a dispute, the true intentions of the parties and the context of the transaction reveal that the surrender of the airport lands was absolute. Moreover, it is clear that the Kamloops Amendments were enacted to clarify the status of surrendered lands under the *Indian Act*, and to do so by bringing lands surrendered for lease within the definition of reserve while keeping lands surrendered for sale outside that status. It necessarily follows, in my opinion, that “otherwise than absolutely” in the definition of designated lands does not capture the airport lands in the case at bar.

It is for all these reasons that the appeal was dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: MacKenzie, Murdy & McAllister, Vancouver.*

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

emporte que les tribunaux ne devraient pas recourir aux principes traditionnels du droit des biens pour régler un tel litige, l'intention véritable des parties et le contexte de l'opération révèlent que la cession des terrains aéroportuaires était absolue. Qui plus est, il est clair que les modifications de Kamloops ont été édictées afin de préciser le statut des terres cédées en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et que cela a été fait en incluant les terres cédées à des fins de location à la définition de réserve et en excluant de cette définition les terres cédées à des fins de vente. Il s'ensuit forcément, à mon avis, que l'expression «autrement qu'à titre absolu» employée dans la définition de terres désignées ne s'applique pas aux terrains aéroportuaires en l'espèce.

Le pourvoi a été rejeté pour tous les motifs qui précèdent.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureurs de l'intimée: MacKenzie, Murdy & McAllister, Vancouver.*

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

**St. Mary's Indian Band and St. Mary's  
Indian Band Council** *Appellants*

v.

**The Corporation of the City of  
Cranbrook** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: ST. MARY'S INDIAN BAND v. CRANBROOK  
(CITY)

File No.: 24946.

1997: September 23.

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

RE-HEARING ON ISSUE OF COSTS

*Costs — Costs not awarded in original judgment —  
Re-hearing sought to determine issue of costs — Extension  
of time granted for making application for re-hear-  
ing — Re-hearing granted — Costs awarded at re-hear-  
ing.*

RE-HEARING on issue of costs of an appeal  
heard by the Supreme Court of Canada, [1997] 2  
S.C.R. 657. Costs awarded.

Written submissions only by *John L. Finlay*, for  
the appellants.

Written submissions only by *Nancy Brooks*, for  
the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE — The application for exten-  
sion of time and the application for re-hearing are

**La bande indienne de St. Mary's et le  
conseil de la bande indienne de  
St. Mary's** *Appellants*

c.

**La ville de Cranbrook** *Intimée*

et

**Le procureur général du  
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE ST. MARY'S c.  
CRANBROOK (VILLE)

N° du greffe: 24946.

1997: 23 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

NOUVELLE AUDITION SUR LA QUESTION DES  
DÉPENS

*Dépens — Dépens non adjugés dans le jugement ori-  
ginal — Nouvelle audition demandée pour trancher la  
question des dépens — Prorogation de délai accordée  
pour demander la tenue d'une nouvelle audition — Nou-  
velle audition accordée — Dépens adjugés à la nouvelle  
audition.*

NOUVELLE AUDITION sur la question des  
dépens relatifs à un pourvoi entendu par la Cour  
suprême du Canada, [1997] 2 R.C.S. 657. Dépens  
adjugés.

Argumentation écrite seulement par *John L.  
Finlay*, pour les appelants.

Argumentation écrite seulement par *Nancy  
Brooks*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

LE JUGE EN CHEF — La demande de prorogation  
et la demande de nouvelle audition sont accueil-

granted. Costs are awarded to the respondent, City of Cranbrook, on the appeal, [1997] 2 S.C.R. 657, and on the application to extend time and for re-hearing.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: MacKenzie, Murdy & McAllister, Vancouver.*

lies. Les dépens sont adjugés à la ville de Cranbrook intimée à l'égard du pourvoi, [1997] 2 R.C.S. 657, et des demandes de prorogation et de nouvelle audition.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureurs de l'intimée: MacKenzie, Murdy & McAllister, Vancouver.*

**Hung Duc Vu** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LA

File No.: 25389.

Hearing and judgment: March 13, 1997.

Reasons delivered: June 26, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether Crown relieved of duty to disclose.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice (s. 7) — Failure to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether breach of s. 7 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).*

The police found the complainant, a thirteen-year-old runaway they were looking for, in a vehicle driven by a man known to them as a pimp. The driver was later charged with sexual assault. One of complainant's conversations was taped at police headquarters in preparation for a secure treatment application and only notes of her date of birth, address and phone numbers were made. The taped conversation was not for any criminal investigation; indeed, the investigation into the accused's activities had not yet started. The constable turned over his report and the written statements, but not the tape of the initial interview, to vice unit detectives for them to investigate the complaints of prostitution and sexual assault. The vice unit detectives spoke with the complainant and that interview was recorded and transcribed. By the time of the preliminary inquiry, the constable had forgotten about the taped initial conversa-

**Hung Duc Vu** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LA

N° du greffe: 25389.

Audience et jugement: 13 mars 1997.

Motifs déposés: 26 juin 1997.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Preuve — Obligation de divulgation — Élément de preuve perdu par inadvertance — Le ministère public est-il déchargé de l'obligation de divulgation?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale (art. 7) — Défaut de divulguer — Élément de preuve perdu par inadvertance — Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).*

Des policiers ont trouvé la plaignante, une fugueuse de 13 ans qu'ils recherchaient, dans un véhicule dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète. Le conducteur a par la suite été accusé d'agression sexuelle. Une des conversations de la plaignante a été enregistrée au quartier général de la police en vue d'une demande de traitement en milieu fermé et on n'a pris en note que ses date de naissance, adresse et numéros de téléphone. La conversation n'a pas été enregistrée en vue d'une enquête criminelle; en fait, l'enquête sur les activités de l'accusé n'était pas encore commencée. L'agent a remis son rapport et les déclarations écrites, mais non la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue, aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur les plaintes de prostitution et d'agression sexuelle. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec la plaignante et cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite. Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire, l'agent avait oublié l'enregistrement sur bande audio de sa première conversation avec la

tion with the complainant and, some time between the interview and the trial, he misplaced the tape.

At trial, counsel for the accused successfully applied for a stay of proceedings based on the Crown's failure to disclose the initial tape recording. The Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial. At issue here was whether the Crown is relieved of the duty of disclosure when it has relevant evidence in its possession but later loses it.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Crown's duty to disclose all relevant information in its possession gives rise to an obligation to preserve relevant evidence. When the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain what happened to it. If the explanation satisfies the trial judge that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached. The Crown fails to meet its disclosure obligations where it is unable to satisfy the judge and s. 7 of the *Charter* is accordingly breached. Such a failure may also suggest that an abuse of process has occurred. An accused need not establish abuse of process for the Crown to have failed to meet its s. 7 obligation to disclose.

The court, in determining whether the Crown's explanation is satisfactory, should analyse the circumstances surrounding the loss of the evidence. The main consideration is whether the police or the Crown took reasonable steps to preserve the evidence for disclosure. The relevance that the evidence was perceived to have at the time must be considered; the police cannot be expected to preserve everything on the chance that it will be relevant in the future. In addition, even the loss of relevant evidence will not result in a breach of the duty to disclose if the conduct of the police is reasonable. As the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected of the police.

Here, the Crown's explanation was satisfactory. The tape recording was not made in the course of the crimi-

plaignante et, à un certain moment entre l'entrevue et le procès, il a égaré la bande.

Au procès, l'avocat de l'accusé a demandé avec succès l'arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l'existence du premier enregistrement audio. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il s'agit en l'espèce de savoir si le ministère public est dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'obligation du ministère public de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession donne naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. Dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. Si les explications convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. S'il ne parvient pas à convaincre le juge, le ministère public manque à ses obligations de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police a pris des mesures raisonnables pour conserver la preuve. La pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause doit être prise en considération; on ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

En l'espèce, l'explication du ministère public était satisfaisante. L'enregistrement n'a pas été fait dans le

nal investigation and the police officer did not fail to take reasonable steps to preserve the tape.

No abuse of process occurred. Conduct amounting to abuse of process includes the deliberate destruction of material by the police or other officers of the Crown for the purpose of defeating the Crown's obligation to disclose and, even absent proof of improper motive, an unacceptable degree of negligent conduct.

Even where the Crown has not breached its duty to disclose, the loss of a document may be so prejudicial that it impairs the right of an accused to receive a fair trial. To make out a breach of s. 7 of the *Charter* on the ground of lost evidence, the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence.

The appropriateness of a stay of proceedings depends upon the effect of the conduct amounting to an abuse of process or other prejudice on the fairness of the trial. This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds.

The appellant's right to make full answer and defence was not impaired here. The taped interview was not regarded to be a detailed conversation and was not made for the criminal investigation. More importantly, an alternative source of information was available.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.:* The Crown's duty to disclose all relevant and unprivileged material in its possession to the defence is a feature of the common law, in addition to having constitutional underpinnings. Still, the Crown's duty to disclose is not a separate and distinct right under s. 7 of the *Charter*. While broad and complete disclosure is the rule, not every failure to disclose will necessarily amount to a constitutional violation.

The duty to preserve should not be confused with the Crown's duty to disclose. Where the Crown has turned over all relevant material in its possession to the defence, its duty to disclose is exhausted. Where it becomes known that relevant material once in the possession of the Crown or the police has become unavaila-

cours d'une enquête criminelle, et l'agent de police n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables pour conserver la bande.

Il n'y a pas eu d'abus de procédure. Parmi les conduites qui constitueraient un abus de procédure, mentionnons la destruction, de propos délibéré, d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation, ainsi que, même en l'absence de preuve de mobile illégitime, un degré inacceptable de négligence.

Même lorsque le ministère public n'a pas enfreint son obligation de divulgation, la perte d'un document peut être à ce point préjudiciable qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. L'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 de la *Charte* doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière.

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès.

Il n'y a pas eu atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière. L'entrevue enregistrée sur bande audio n'était pas considérée comme une conversation détaillée et n'était pas faite pour les fins d'une enquête criminelle. Fait plus important encore, il existait une autre source de renseignements.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin:* L'obligation du ministère public de divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession découle de la common law et a également des assises constitutionnelles. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas un droit séparé et distinct visé à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la divulgation complète et générale soit la règle, tout défaut de divulguer ne constituera pas nécessairement une violation constitutionnelle.

Il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsqu'il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Dans les cas où on apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les

ble, the Crown must explain the circumstances focusing on why this material was not given to the defence.

Where the Crown fails to disclose or where relevant material is not preserved, the constitutional inquiry must be properly grounded. In that regard, the focus will be twofold: (1) did the failure to disclose have an effect upon the accused's right to make full answer and defence; and (2) did the Crown's conduct violate fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and cause prejudice to the integrity of the judicial system. Where either of these effects are demonstrated on a balance of probabilities, a violation of s. 7 will have been demonstrated. The trial judge will then be entitled to fashion a remedy pursuant to s. 24(1). This should be done in accordance with the principles laid out in *R. v. O'Connor*.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, aff'g (1994), 88 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. v. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324; *R. v. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660.

By L'Heureux-Dubé J.

**Considered:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201; *R. v. Biscette* (1995), 169 A.R. 81, aff'd [1996] 3 S.C.R. 599; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Douglas*, [1993] 1 S.C.R. 893, aff'g (1991), 5 O.R. (3d) 29; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *R. v. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355; *R. v. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385, aff'd [1994] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jack*, [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

circonstances ayant entraîné leur absence, en s'attachant principalement aux raisons pour lesquelles ces éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense.

Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve ou que des éléments pertinents ne sont pas conservés, l'examen constitutionnel doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets: 1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? 2) Le ministère public a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *R. c. O'Connor*.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts examinés:** *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, conf. (1994), 88 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324; *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts examinés:** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81, conf. par [1996] 3 R.C.S. 599; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Douglas*, [1993] 1 R.C.S. 893, conf. (1991), 5 O.R. (3d) 29; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355; *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385, conf. par [1994] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1).

**Authors Cited**

Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. "R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right" (1996), 45 C.R. (4th) 330.

Mitchell, Graeme G. "Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation" (1996), 44 C.R. (4th) 130.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993.

Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.

Young, Alan N. *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406.

APPEAL from a judgment of Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 192, 116 W.A.C. 192, 105 C.C.C. (3d) 417, allowing an appeal from a stay of proceedings granted by Wilkins J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Balfour Q. H. Der and Robert J. Batting*, for the appellant.

*Elizabeth A. Hughes*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

<sup>1</sup> SOPINKA J. — This case raises the issue of whether the Crown has breached its disclosure obligations when through innocent inadvertence it loses evidence that would otherwise be disclosed. The Alberta Court of Appeal set aside the stay entered by the trial judge and ordered a new trial. The appeal to this Court was dismissed at the conclusion of oral arguments with reasons to follow. I find that when the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain what happened to it. So long as the explanation is satisfactory, it discharges the Crown's constitutional obligation to disclose.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24(1).

**Doctrine citée**

Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330.

Mitchell, Graeme G. «Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993.

Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

Young, Alan N. *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the «Living Tree»* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 192, 116 W.A.C. 192, 105 C.C.C. (3d) 417, qui a accueilli l'appel formé contre l'arrêt des procédures accordé par le juge Wilkins, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Balfour Q. H. Der et Robert J. Batting*, pour l'appelant.

*Elizabeth A. Hughes*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le ministère public manque à ses obligations en matière de divulgation lorsque, innocemment, il perd par inadvertance un élément de preuve qui sans cela aurait dû être divulgué. La Cour d'appel de l'Alberta a écarté l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au terme des plaidoiries, notre Cour a rejeté le pourvoi, avec motifs à suivre. Je conclus que, dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. En autant qu'il donne une

There will, however, be a breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the explanation does not satisfy the trial judge. Moreover, I would not rule out a remedy in the extraordinary case in which a satisfactory explanation is given for the loss of evidence and no abuse of process is found, but the evidence is so important that its loss renders a fair trial problematic.

### Facts

At around midnight on May 27, 1993, Constables Hollinger and Halford were looking for a 13-year-old runaway, the complainant M.F. They stopped a vehicle whose driver was known to the police as a pimp and found M.F. inside. M.F. was taken to police headquarters by other police officers. She spent the next five hours there. During this time she spoke to the police officers, as well as others, including her mother. Const. Hollinger made a 45-minute tape recording of one of the conversations he had with her. Because the conversation was recorded, Const. Hollinger only made notes of M.F.'s date of birth, address and phone numbers. He did not want to go into a detailed interview with M.F. Around 5:00 a.m., she was taken to Hull Home, a secure youth custody and treatment centre.

On June 1, 1993, Const. Hollinger testified at Family Court on an application for a secure treatment order for M.F. He told the court about the 45 minute taped interview, saying that it related to her life on the run and her being forced into prostitution. He said that she was cooperative, but told police a few lies during the interview. He also related her description of some of the things that had been done to her in various hotels, including the Ranger Motel.

explication satisfaisante, le ministère public s'acquitte de son obligation de divulgation. Toutefois, il y aura violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'explication ne convainc pas le juge du procès. Qui plus est, je n'exclus pas la possibilité qu'une réparation soit accordée dans la situation extraordinaire où, quoiqu'une explication satisfaisante soit donnée pour expliquer la perte de l'élément de preuve et qu'il n'y ait pas d'abus de procédure, l'élément en question est à ce point important que sa perte compromet la tenue d'un procès équitable.

### Les faits

Vers minuit le 27 mai 1993, les agents Hollinger et Halford étaient à la recherche d'une fugueuse de 13 ans, la plaignante M.F. Ils ont intercepté un véhicule, dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète, et dans lequel se trouvait M.F. Celle-ci a été conduite au quartier général de la police par d'autres agents. Elle y a passé les cinq heures qui ont suivi. Durant cette période, elle a parlé aux agents ainsi qu'à d'autres personnes, dont sa mère. L'agent Hollinger a fait un enregistrement audio d'une durée de 45 minutes d'une de ses conversations avec elle. Étant donné qu'il enregistrerait la conversation, l'agent Hollinger n'a pris en note que la date de naissance, l'adresse et les numéros de téléphone de M.F. Il ne voulait pas faire un interrogatoire détaillé de M.F. Vers 5 h 00, celle-ci a été conduite au Hull Home, un centre de garde et de traitement en milieu fermé pour adolescents.

Le 1<sup>er</sup> juin 1993, l'agent Hollinger a témoigné devant le tribunal de la famille dans le cadre de l'audition d'une demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé visant M.F. Il a parlé au tribunal de l'entrevue enregistrée de 45 minutes, disant qu'elle portait sur la vie en fugue de M.F. et le fait qu'elle avait été poussée à la prostitution. Il a dit qu'elle était coopérative, mais qu'elle avait menti à quelques reprises aux policiers au cours de l'entrevue. Il a également fait état de la description qu'elle avait donnée de certaines des choses qui lui avaient été faites dans différents hôtels, y compris le Ranger Motel.

2

3

- 4 Following further investigation, Const. Hollinger discovered two other young girls at the Hull Home had also been part of the same prostitution network. On June 3, 1993, Const. Hollinger went to Hull Home and spoke to M.F. and two other 13-year-old girls. He gave each of them police witness statement forms, asking them to write out a statement describing their life on the street. He instructed the Hull Home staff to separate the girls while they wrote their statements. The next day, he returned to Hull Home with a pre-typed list of questions which he gave to each girl after receiving their written statements.
- 5 Const. Hollinger turned his report and the written statements over to detectives from the vice unit for them to investigate the complaints of prostitution and sexual assault. However, the tape of the initial interview with M.F. was not turned over to them.
- 6 In August 1993, the police laid several prostitution-related charges. Four men were charged with the assault of the young girls; the appellant, Vu, was charged with the sexual assault of M.F. only. The vice unit detectives spoke with M.F. on July 8, 1993. That interview was tape recorded and transcribed.
- 7 By the time of the preliminary inquiry (February 28 — March 2, 1994), Const. Hollinger had forgotten that he had tape recorded his conversation with M.F. and that she had told him something about the Ranger Motel incident. Some time between the interview and the trial, Const. Hollinger misplaced the tape. Const. Hollinger testified that he had searched for the tape but had not found it.
- 8 The reason given by Const. Hollinger for the paucity of notes taken by him was that the day after he apprehended M.F., he shot the tire out of a car after a high speed chase and was consequently
- Après une enquête plus approfondie, l'agent Hollinger a découvert, au Hull Home, deux autres jeunes filles qui avaient elles aussi fait partie du même réseau de prostitution. Le 3 juin 1993, l'agent Hollinger s'est rendu au Hull Home et a parlé à M.F. et à deux autres jeunes filles de 13 ans. Il a remis à chacune des formulaires de déclaration de témoin, leur demandant de rédiger une déclaration décrivant leur vie de prostituées. Il a dit au personnel du Hull Home de séparer les jeunes filles pendant qu'elles rédigeaient leur déclaration. Le lendemain, il est retourné au Hull Home, muni d'un questionnaire qu'il a remis à chacune des jeunes filles, après avoir reçu leurs déclarations écrites.
- L'agent Hollinger a remis son rapport et les déclarations écrites aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur des plaintes de prostitution et d'agression sexuelle. Cependant, la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue avec M.F. n'a pas été remise aux détectives.
- En août 1993, la police a déposé plusieurs accusations reliées à la prostitution. Quatre hommes ont été accusés de voies de fait contre les jeunes filles; l'appelant, Vu, a été accusé d'agression sexuelle contre M.F. seulement. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec M.F. le 8 juillet 1993. Cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite.
- Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire (du 28 février au 2 mars 1994), l'agent Hollinger avait oublié qu'il avait enregistré sur bande audio sa conversation avec M.F. et que celle-ci lui avait dit quelque chose au sujet de l'incident au Ranger Motel. À un certain moment entre l'entrevue et le procès, l'agent Hollinger a égaré la bande. Il a témoigné qu'il l'avait cherchée, mais sans succès.
- La raison donnée par l'agent Hollinger pour expliquer le peu de notes qu'il avait pris était que, le lendemain de l'arrestation de M.F., il avait tiré dans les pneus d'une auto après une poursuite à

under investigation. He described it as “quite a stressful time”.

At trial, counsel for the accused applied for a stay of proceedings based on the Crown’s failure to disclose the tape recording made by Const. Hollinger of the first complainant. Wilkins J. granted the application for a stay of proceedings. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

### Judgments Below

#### *Alberta Court of Queen’s Bench*

Wilkins J. discussed the conflicting interests between the alleged victims and society in seeing that those who are accused are brought to trial with that of the right of the accused to make full answer and defence. He rejected the Crown’s suggestion that M.F.’s evidence not be called since this would not address the prejudice to the other accused.

Wilkins J. found that each of the accused had established, on a balance of probabilities, that their respective rights to cross-examination of M.F. and the other witnesses would be impaired by not having access to the tape-recording, any transcript or other material notes of the initial interview. This case differed from the authorities cited because here there was no evidence or material from which the Crown could demonstrate substantial disclosure of this vital information. It no longer existed and he could not order the Crown to produce it. Consequently, a stay of proceedings was the only remedy for non-disclosure by the Crown which could negate the prejudice caused by the non-disclosure.

grande vitesse, et qu’il faisait l’objet d’une enquête à cet égard. Il a dit que cela avait été [TRADUCTION] «une période de grand stress».

Au procès, l’avocat de l’accusé a demandé l’arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l’existence de l’enregistrement audio fait par l’agent Hollinger de l’entrevue avec la première plaignante. Le juge Wilkins a accordé la demande d’arrêt des procédures. La Cour d’appel a accueilli l’appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

### Les décisions des juridictions inférieures

#### *La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta*

Le juge Wilkins a analysé les intérêts opposés de ceux qui se disent victimes et de la société, d’une part, et des personnes accusées, d’autre part, savoir, dans le cas des premiers, l’intérêt à ce que les personnes accusées soient traduites devant les tribunaux, et, dans le cas des secondes, leur droit de présenter une défense pleine et entière. Il a rejeté la suggestion du ministère public de ne pas faire témoigner M.F. parce que cela ne concernerait pas le préjudice causé aux autres accusés.

Le juge Wilkins a conclu que les accusés avaient tous établi, suivant la prépondérance des probabilités, que leur droit respectif de contre-interroger M.F. et les autres témoins serait compromis parce qu’ils n’avaient pas accès à l’enregistrement audio de l’entrevue initiale, ni à quelque transcription de celle-ci ou à d’autres notes substantielles y ayant trait. Selon lui, la présente affaire se distinguait des arrêts cités du fait qu’en l’espèce il n’y avait aucun élément de preuve ou document au moyen duquel le ministère public pourrait démontrer qu’il avait fait une divulgation substantielle de ces renseignements vitaux. Cet élément n’existait plus, et il ne pouvait ordonner au ministère public de le produire. Par conséquent, l’arrêt des procédures était la seule mesure permettant de réparer le préjudice causé par la non-divulgaration par le ministère public.

9

10

11

12 Wilkins J. rejected entirely the submission by counsel for one of the defendants that there was an abuse of process on the part of the Crown. He was satisfied that no improper motive could be attributed to the Crown or the police in connection with the loss of the tape.

*Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 192

13 The court was of the view that the trial judge erred in finding that the Crown had breached a duty to disclose. As the Crown could only disclose what it has in its possession or control, it could not disclose the tape recording because of its inadvertent loss. The court held that while they did not wish to find that the police did not have a duty to preserve evidence and statements taken by them, perfection was not required. The inadvertent loss of a statement should not lead to a stay of proceedings any more than the failure of a police officer to take complete notes or to record each conversation with a witness. The Crown had disclosed to the defence all that it had in its possession with respect to the three young witnesses, including detailed written and taped statements.

14 The court found that because there was no breach by the Crown of its duty to disclose, they did not need to deal with the issue of whether there was evidence before the trial judge on which he could conclude on a balance of probabilities that the accused's right to make full answer and defence was so seriously impaired as to justify a stay of proceedings. The test to be applied came from *R. v. Stinchcombe* (1994), 88 C.C.C. (3d) 557 ("*Stinchcombe (No. 2)*"). The court noted that no one asked Const. Hollinger whether the written statements of the complainant were substantially different from those in the taped statement. The court disagreed with the trial judge's statement that there was a legal obligation on the police to make a complete record of the initial oral complaint of a complainant. It would normally be impractical to do so. Witnesses were often emotionally upset or

Le juge Wilkins a entièrement rejeté l'allégation de l'avocat d'un des défendeurs que le ministère public avait commis un abus de procédure. Il était convaincu qu'aucun mobile illégitime ne pouvait être imputé au ministère public ou à la police relativement à la perte de la bande audio.

*La Cour d'appel de l'Alberta* (1996), 181 A.R. 192

La cour a exprimé l'avis que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que le ministère public avait manqué à son obligation de divulgation. Comme le ministère public ne pouvait divulguer que ce qui était en sa possession et sous son contrôle, il ne pouvait divulguer l'enregistrement sur bande audio, puisque cette bande avait été perdue par inadvertance. Précisant qu'elle n'entendait pas conclure que la police n'avait pas l'obligation de conserver les éléments de preuve et les déclarations qu'elle recueille, la cour a néanmoins statué que la perfection n'était pas requise. La perte par inadvertance d'une déclaration ne devrait pas davantage entraîner un arrêt des procédures que l'omission d'un policier de prendre des notes complètes ou de consigner chaque conversation qu'il a avec un témoin. Le ministère public avait divulgué à la défense tout ce qu'il avait en sa possession relativement aux trois jeunes témoins, y compris les déclarations écrites détaillées et des déclarations sur bande audio.

La cour a conclu que, comme le ministère public n'avait pas manqué à son obligation de divulgation, elle n'avait pas à se demander si le juge du procès disposait d'éléments de preuve qui lui aurait permis de conclure, suivant la prépondérance des probabilités, que l'atteinte au droit des accusés de présenter une défense pleine et entière était sérieuse au point de justifier l'arrêt des procédures. Le critère applicable avait été dégagé dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe* (1994), 88 C.C.C. (3d) 557 ("*Stinchcombe (n° 2)*"). La cour a fait remarquer que personne n'a demandé à l'agent Hollinger si les déclarations écrites de la plaignante différaient de façon importante de celles que contenait la bande audio. La cour a dit être en désaccord avec l'affirmation du juge du procès que la police était tenue par la loi de consigner de façon complète la plainte initiale formulée de vive voix par

required medical attention. It would be sufficient if the police officer obtained a written statement or an oral statement reduced to writing within a reasonable period of time, unless the evidence established on a balance of probabilities that the oral statement was materially different, in some particular other than lack of detail, from that later given in writing.

### Issues

1. Is the Crown relieved of the duty of disclosure when it has in its possession relevant evidence but later loses that evidence?
2. Did the trial judge err in entering a stay of proceedings?

### Analysis

#### *Discharge of the Duty to Disclose in Lost Evidence Cases*

Since this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 ("*Stinchcombe (No. 1)*"), the obligation of the Crown to disclose all relevant information in its possession, whether inculpatory or exculpatory, whether the Crown intends to rely on it or not, has been well established. Witness statements raised a special problem in that case. We found that police notes should be disclosed if they exist, and if they do not, a "will say" statement based on the information in the Crown's possession and summarizing the anticipated evidence of the witness should be disclosed; see p. 344.

This Court recognized that the Crown's duty to disclose gives rise to an obligation to preserve relevant evidence in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 472, where we noted that the Crown may be obliged to retain blood samples beyond the three-month statutory period in order to comply with

un plaignant. Il est habituellement impossible en pratique de le faire, car souvent les témoins sont bouleversés ou ont besoin de soins médicaux. Il suffit que la police recueille une déclaration écrite ou encore une déclaration orale qui est ensuite consignée par écrit dans un délai raisonnable, à moins que la preuve n'établisse, suivant la prépondérance des probabilités, que la déclaration orale diffère de façon importante — à quelque égard autre qu'un manque de détails — de celle faite plus tard par écrit.

### Les questions en litige

1. Le ministère public est-il dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession?
2. Le juge du procès a-t-il fait erreur en inscrivant l'arrêt des procédures?

### L'analyse

#### *Le respect de l'obligation de divulgation dans les affaires de perte d'éléments de preuve*

Depuis l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 («*Stinchcombe (n° 1)*»), il est bien établi que le ministère public a l'obligation de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, qu'ils soient inculpatatoires ou exculpatatoires et qu'il compte s'en servir ou non. Dans cette affaire, les déclarations des témoins posaient un problème particulier. Nous avons conclu que les notes prises par les policiers doivent être divulguées et que, s'il n'en existe pas, il faut communiquer un énoncé de ce que «va dire» le témoin, établi à partir des renseignements dont dispose le ministère public et résumant la déposition: voir la p. 344.

Dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, notre Cour a reconnu que l'obligation de divulgation du ministère public donnait naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. En effet, à la p. 472, nous avons souligné que le ministère public pouvait être tenu de garder des échantillons de sang au-delà du délai de trois mois prévu par la loi, afin de respecter les exigences en

15

16

17

the disclosure requirements resulting from *Stinchcombe (No. 1)*.

18 The issue of the Crown's disclosure obligations where evidence has been lost arose during the new trial ordered by this Court in *Stinchcombe (No. 1)*. The police had misplaced a tape recording of an interview with a witness. During the interview, the witness had expressed doubts about the accuracy of her earlier testimony. The officer who interviewed her had died of a brain tumour. However, the Crown disclosed a transcript of the interview. In setting aside the stay of proceedings entered by the trial judge, the Alberta Court of Appeal noted that it is information contained in witness statements that must be disclosed, not the original statement: *Stinchcombe (No. 2)*, *supra*. This Court agreed, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2:

The Crown can only produce what is in its possession or control. There is no absolute right to have originals produced. If the Crown has the originals of documents which ought to be produced, it should either produce them or allow them to be inspected. If, however, the originals are not available and if they had been in the Crown's possession, then it should explain their absence. If the explanation is satisfactory, the Crown has discharged its obligation unless the conduct which resulted in the absence or loss of the original is in itself such that it may warrant a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

19 A similar principle was expressed in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 25:

In situations in which the existence of certain information has been identified, then the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged.

20 This obligation to explain arises out of the duty of the Crown and the police to preserve the fruits of the investigation. The right of disclosure would be a hollow one if the Crown were not required to preserve evidence that is known to be relevant. Yet

matière de divulgation découlant de l'arrêt *Stinchcombe (n° 1)*.

La question des obligations du ministère public en matière de divulgation lorsque des éléments de preuve sont perdus s'est soulevée au cours du nouveau procès ordonné par notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)*. La police avait égaré l'enregistrement audio de l'entrevue d'un témoin, entrevue au cours de laquelle cette personne avait exprimé des doutes quant à l'exactitude de son témoignage antérieur. L'agent qui avait fait l'entrevue était décédé des suites d'une tumeur au cerveau. Cependant, le ministère public avait communiqué une transcription de l'entrevue. En écartant l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès, la Cour d'appel de l'Alberta a souligné que ce sont les renseignements que contiennent les déclarations des témoins qui doivent être divulgués et non l'original de la déclaration: *Stinchcombe (n° 2)*, précité. Notre Cour a été d'accord avec cette conclusion, [1995] 1 R.C.S. 754, au par. 2:

Le ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle. Il n'existe pas de droit absolu de faire produire les originaux. Si le ministère public a les originaux des documents qui doivent être produits, il doit les produire ou permettre qu'ils soient examinés. Cependant, si les originaux ne sont pas disponibles et si le ministère public les a déjà eu en sa possession, il doit expliquer leur absence. Si l'explication est satisfaisante, le ministère public s'est acquitté de son obligation, sauf si la conduite qui a entraîné l'absence ou la perte des originaux est en elle-même telle qu'elle pourrait justifier une réparation aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un principe similaire a été établi dans *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au par. 25:

Dans les cas où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgation en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés.

Cette obligation de justification découle de l'obligation qu'ont le ministère public et la police de conserver les fruits de l'enquête. Le droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver des éléments

despite the best efforts of the Crown to preserve evidence, owing to the frailties of human nature, evidence will occasionally be lost. The principle in *Stinchcombe (No. 2)*, *supra*, recognizes this unfortunate fact. Where the Crown's explanation satisfies the trial judge that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached. Where the Crown is unable to satisfy the judge in this regard, it has failed to meet its disclosure obligations, and there has accordingly been a breach of s. 7 of the *Charter*. Such a failure may also suggest that an abuse of process has occurred, but that is a separate question. It is not necessary that an accused establish abuse of process for the Crown to have failed to meet its s. 7 obligation to disclose.

In order to determine whether the explanation of the Crown is satisfactory, the Court should analyse the circumstances surrounding the loss of the evidence. The main consideration is whether the Crown or the police (as the case may be) took reasonable steps in the circumstances to preserve the evidence for disclosure. One circumstance that must be considered is the relevance that the evidence was perceived to have at the time. The police cannot be expected to preserve everything that comes into their hands on the off-chance that it will be relevant in the future. In addition, even the loss of relevant evidence will not result in a breach of the duty to disclose if the conduct of the police is reasonable. But as the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected of the police.

What is the conduct arising from failure to disclose that will amount to an abuse of process? By definition it must include conduct on the part of governmental authorities that violates those fundamental principles that underlie the community's sense of decency and fair play. The deliberate

de preuve qu'on sait pertinents. Pourtant, malgré tous les efforts que déploie le ministère public pour conserver la preuve, comme l'être humain n'est pas infaillible, il arrive, à l'occasion, que des éléments soient perdus. Le principe établi dans l'arrêt *Stinchcombe (n° 2)*, précité, reconnaît ce malheureux état de fait. Si les explications du ministère public convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. Toutefois, si le ministère ne parvient pas à convaincre le juge à cet égard, il manque à ses obligations en matière de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure, mais il s'agit-là d'une toute autre question. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la Cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police (selon le cas) a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la preuve en vue de sa divulgation. Un facteur qui doit être pris en considération est la pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause. On ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant, plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

Quelle conduite découlant du défaut de divulguer constituera un abus de procédure? Par définition, il doit s'agir d'une conduite d'une autorité gouvernementale qui viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société. La destruction de propos

destruction of material by the police or other officers of the Crown for the purpose of defeating the Crown's obligation to disclose the material will, typically, fall into this category. An abuse of process, however, is not limited to conduct of officers of the Crown which proceeds from an improper motive. See *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 78-81, per Justice L'Heureux-Dubé for the majority on this point. Accordingly, other serious departures from the Crown's duty to preserve material that is subject to production may also amount to an abuse of process notwithstanding that a deliberate destruction for the purpose of evading disclosure is not established. In some cases an unacceptable degree of negligent conduct may suffice.

23

In either case, whether the Crown's failure to disclose amounts to an abuse of process or is otherwise a breach of the duty to disclose and therefore a breach of s. 7 of the *Charter*, a stay may be the appropriate remedy if it is one of those rarest of cases in which a stay may be imposed, the criteria for which have most recently been outlined in *O'Connor*, *supra*. With all due respect to the opinion expressed by my colleague Justice L'Heureux-Dubé to the effect that the right to disclosure is not a principle of fundamental justice encompassed in s. 7, this matter was settled in *Stinchcombe (No. 1)*, *supra*, and confirmed by the decision of this Court in *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80. In *Stinchcombe (No. 1)* the right to make full answer and defence of which the right to disclosure forms an integral part was specifically recognized as a principle of fundamental justice included in s. 7 of the *Charter*. This was reaffirmed in *Carosella*. In para. 37 I stated on behalf of the majority:

The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the

délibéré d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation de celui-ci est un exemple du genre de conduites visées. Toutefois, l'abus de procédure ne se limite pas aux conduites de représentants du ministère public qui agissent pour un mobile illégitime. Voir, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, aux par. 78 à 81, les propos exprimés par le juge L'Heureux-Dubé pour la majorité sur cette question. Par conséquent, d'autres dérogations graves à l'obligation qu'a le ministère public de conserver les éléments qui doivent être produits peuvent également constituer un abus de procédure, même s'il n'est pas établi que des éléments de preuve ont été détruits de propos délibéré pour faire obstacle à leur divulgation. Dans certains cas, une conduite démontrant un degré inacceptable de négligence pourrait être suffisante.

Dans l'une ou l'autre des circonstances évoquées précédemment, que le défaut de divulguer du ministère public constitue ou non un abus de procédure ou un autre manquement à son obligation de divulgation et, partant, une violation de l'art. 7 de la *Charte*, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable s'il s'agit d'un des rares cas où cette réparation, dont les critères d'application ont tout récemment été exposés dans *O'Connor*, précité, peut être accordée. En toute déférence pour l'opinion exprimée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle le droit à la divulgation n'est pas un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7, cette question a été tranchée dans *Stinchcombe (n° 1)*, précité, et la réponse confirmée dans *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80. Dans *Stinchcombe (n° 1)*, le droit de présenter une défense pleine et entière, dont le droit à la divulgation fait partie intégrante, a été spécifiquement reconnu comme étant un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Ce principe a été réaffirmé dans *Carosella*. Au paragraphe 37 de cet arrêt, j'ai dit ce qui suit au nom de la majorité:

Le droit à la communication de documents qui satisfait au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fonda-

*Charter*. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice. To paraphrase Lamer C.J. in *Tran* [[1994] 2 S.C.R. 951], the breach of this principle of fundamental justice is in itself prejudicial. The requirement to show additional prejudice or actual prejudice relates to the remedy to be fashioned pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

The Crown's obligation to disclose evidence does not, of course, exhaust the content of the right to make full answer and defence under s. 7 of the *Charter*. Even where the Crown has discharged its duty by disclosing all relevant information in its possession and explaining the circumstances of the loss of any missing evidence, an accused may still rely on his or her s. 7 right to make full answer and defence. Thus, in extraordinary circumstances, the loss of a document may be so prejudicial to the right to make full answer and defence that it impairs the right of an accused to receive a fair trial. In such circumstances, a stay may be the appropriate remedy, provided the criteria to which I refer above have been met.

It is not necessary to elaborate a test to be used in such cases in order to deal with the case at bar. Suffice it to say that, where the Crown has met its disclosure obligations, in order to make out a breach of s. 7 on the ground of lost evidence, the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence. This requirement is seen most clearly in lost evidence cases reviewed by my colleague Justice L'Heureux-Dubé in her reasons in *Carosella*, *supra*; see paras. 76-80.

The appellant sought to draw a parallel between this case and *Carosella* which was released immediately before the hearing of this appeal. The two cases, however, are clearly distinguishable. In

mentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. Pour paraphraser les propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Tran* [[1994] 2 R.C.S. 951], la violation de ce principe de justice fondamentale est préjudiciable en soi. L'obligation de prouver un préjudice additionnel ou concret concerne la réparation qui doit être déterminée en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'obligation du ministère public en matière de divulgation de la preuve ne couvre évidemment pas tous les aspects du droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, même lorsque le ministère public s'est acquitté de son obligation en divulguant tous les renseignements pertinents en sa possession et en expliquant les circonstances de la perte de tout élément de preuve, l'accusé jouit toujours du droit que lui garantit l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière. Ainsi, il est possible, dans des circonstances exceptionnelles, que la perte d'un document soit à ce point préjudiciable au droit de présenter une défense pleine et entière qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Dans de telles circonstances, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable, pourvu que les critères dont j'ai fait état plus tôt soient respectés.

Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent cas, d'élaborer un critère devant être utilisé dans les affaires de ce genre. Qu'il suffise de dire que, dans les cas où le ministère public s'est acquitté de ses obligations en matière de divulgation, l'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière. Une telle exigence ressort clairement des affaires d'éléments de preuve perdus examinées par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dans *Carosella*, précité; voir les par. 76 à 80.

L'appelant a cherché à établir un parallèle entre le présent cas et l'affaire *Carosella*, arrêt rendu tout juste avant le début de l'audition du présent pourvoi. Cependant, il existe une distinction très

24

25

26

*Carosella*, the documents which were destroyed were relevant and subject to disclosure under the test in *O'Connor*, *supra*. The conduct of the Sexual Assault Crisis Centre destroyed the accused's right under the *Charter* to have those documents produced. That amounted to a serious breach of the accused's constitutional rights and a stay was, in the particular circumstances, the only appropriate remedy. Where, however, the evidence has been inadvertently lost, the same concerns about the deliberate frustration of the court's jurisdiction over the admission of evidence do not arise. As the following passage from the majority judgment (at para. 56) attests, we expressly distinguished the case from the lost evidence cases generally:

The justice system functions best and instils public confidence in its decisions when its processes are able to make available all relevant evidence which is not excluded by some overriding public policy. Confidence in the system would be undermined if the administration of justice condoned conduct designed to defeat the processes of the court. The agency made a decision to obstruct the course of justice by systematically destroying evidence which the practices of the court might require to be produced. This decision is not one for the agency to make. Under our system, which is governed by the rule of law, decisions as to which evidence is to be produced or admitted is for the courts. It is this feature of the appeal in particular that distinguishes this case from lost evidence cases generally. [Emphasis added.]

*Timing of the Disposition of the Application for a Stay*

27

The appropriateness of a stay of proceedings depends upon the effect of the conduct amounting to an abuse of process or other prejudice on the fairness of the trial. This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds. Accordingly, the trial judge has a discretion as to whether to rule

nette entre les deux affaires. Dans *Carosella*, les documents détruits étaient pertinents et devaient être divulgués en vertu du critère établi dans *O'Connor*, précité. La conduite du centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle avait fait perdre à l'accusé le droit que lui garantit la *Charte* d'obtenir la production de ces documents. Cette situation constituait une atteinte grave aux droits garantis à l'accusé par la Constitution et, dans les circonstances particulières de cette affaire, l'arrêt des procédures était la seule réparation convenable. Par contre, dans les cas où un élément de preuve est perdu par inadvertance, les mêmes inquiétudes ne se soulèvent pas en ce qui concerne la création de propos délibéré d'obstacles à l'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs en matière d'admission de la preuve. Comme en témoigne cet extrait du jugement de la majorité dans cette affaire (au par. 56), nous avons expressément distingué ce cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général:

Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis. C'est cet aspect particulier du présent pourvoi qui distingue le présent cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général. [Je souligne.]

*Le moment de la décision sur la demande d'arrêt des procédures*

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du pro-

on the application for a stay immediately or after hearing some or all of the evidence. Unless it is clear that no other course of action will cure the prejudice that is occasioned by the conduct giving rise to the abuse, it will usually be preferable to reserve on the application. This will enable the judge to assess the degree of prejudice and as well to determine whether measures to minimize the prejudice have borne fruit. This is the procedure adopted by the Ontario Court of Appeal in the context of lost evidence cases. In *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381, the court said at p. 382:

The measurement of the extent of the prejudice in the circumstances of this case could not be done without hearing all the relevant evidence, the nature of which would make it clear whether the prejudice was real or minimal.

Similarly, in *R. v. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324, the court found at p. 325 that unless the *Charter* violation “is patent and clear, the preferable course for the court is to proceed with the trial and then assess the issue of the violation in the context of the evidence as it unfolded at trial”. See also: *R. v. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (Nfld. S.C.T.D.).

I would add that even if the trial judge rules on the motion at an early stage of the trial and the motion is unsuccessful at that stage, it may be renewed if there is a material change of circumstances. See *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, and *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660. This would be the case if, subsequent to the unsuccessful application, the accused is able to show a material change in the level of prejudice.

#### *Application to this Case*

The question thus arises, was the explanation of the Crown satisfactory? In my view, it was. Although the record is scanty, there is no suggestion that Const. Hollinger was negligent in his handling of the tape recording of the interview with

cès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d'arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu'il ne soit évident qu'aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l'abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d'évaluer l'ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses. Il s'agit de la procédure adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans les affaires d'éléments de preuve perdus. Dans *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381, la cour a dit ceci, à la p. 382:

[TRADUCTION] Il était impossible d'évaluer l'ampleur du préjudice dans les circonstances de l'espèce sans avoir entendu toute la preuve pertinente, preuve dont la nature permettait de démontrer si le préjudice était réel ou minimal.

De même, dans *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324, la cour a conclu, à la p. 325, que, sauf si la violation de la *Charte* [TRADUCTION] «est flagrante et manifeste, il est préférable que le procès ait lieu et que la question de la violation soit examinée au fur et à mesure de la présentation de la preuve». Voir également: *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.).

J'ajouterais que, même si le juge du procès rejetait la requête dès le début du procès, une autre requête au même effet pourrait être présentée advenant un changement important de circonstances. Voir *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, et *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660. Il en serait ainsi dans le cas où, après le rejet de sa demande, l'accusé serait en mesure d'établir un changement appréciable de l'ampleur du préjudice.

#### *L'application à la présente affaire*

Il faut donc se demander si l'explication du ministère public était satisfaisante. À mon avis, elle l'était. Même si le dossier est mince, rien n'indique que l'agent Hollinger a fait preuve de négligence en ce qui concerne la conservation de l'enre-

M.F. The conversation was not tape-recorded for the purposes of a criminal investigation, but for the secure treatment application. He did not consider it to be a detailed conversation. Const. Hollinger made the tape before the investigation of the activities of the accused began and did not turn it over to the police officer who investigated the charges in issue. Nor was he involved in that investigation. It appears from the record that Const. Hollinger listened to the tape in preparation for his testimony at the secure treatment application hearing. It follows that he took care to preserve the tape, at least until the hearing. The manner of the tape's subsequent disappearance remains unknown: Const. Hollinger explained that he did not know what had happened to the tape, but that he had searched for it and had been unable to find it. He also testified that he was involved in a fairly stressful and traumatic incident shortly after making the tape, namely, his shooting at a car and the investigation that followed. These factors lead me to the conclusion that Const. Hollinger did not fail to take reasonable steps in the circumstances to preserve the tape.

30

The next question is whether the explanation discloses conduct amounting to an abuse of process. It does not. The trial judge rejected entirely the defence's contention that the conduct of the Crown amounted to an abuse of process, and was not satisfied that any improper motive could be attributed to the Crown or the police. Although the trial judge did not specifically address the issue of negligence, I am satisfied that the tape was lost in circumstances that did not amount to an abuse of process.

31

The appellant argued that his right to make full answer and defence was prejudiced by the loss of the tape on the grounds that the tape would have been useful in cross-examining M.F. In aid of this submission the appellant referred to Const. Hollinger's testimony at the Family Court proceeding that M.F. told "a few lies" during this interview.

gistrement sur bande audio de l'entrevue qu'il a eue avec M.F. La conversation n'a pas été enregistrée pour les fins d'une enquête criminelle, mais dans le cadre de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il ne considérerait pas qu'il s'agissait d'une conversation détaillée. L'agent Hollinger a fait l'enregistrement avant le début de l'enquête sur les activités de l'accusé, et il ne l'a pas remis à l'agent qui enquêtait sur les accusations en question. Il n'a pas non plus participé à cette enquête. Il ressort du dossier que l'agent Hollinger a écouté la bande en préparant le témoignage qu'il rendrait à l'audition de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il s'ensuit qu'il a pris soin de la conserver, du moins jusqu'à la tenue de l'audience. On ignore toujours de quelle manière la bande a disparu par la suite. L'agent Hollinger a expliqué qu'il ne savait pas ce qui était arrivé à la bande, mais qu'il l'avait cherchée sans succès. Il a en outre témoigné avoir vécu une situation passablement stressante et traumatisante peu de temps après avoir fait l'enregistrement, soit le fait d'avoir fait feu en direction d'une automobile et l'enquête qui en a découlé. Ces facteurs m'incitent à conclure que l'agent Hollinger n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la bande.

Il faut ensuite se demander si l'explication révèle une conduite constituant un abus de procédure. La réponse est non. Le juge du procès a complètement rejeté l'argument de la défense voulant que la conduite du ministère public ait constitué un abus de procédure, et il n'a pas été convaincu qu'un mobile illégitime pouvait être imputé au ministère public ou à la police. Bien que le juge du procès n'ait pas expressément abordé la question de la négligence, je suis convaincu que les circonstances dans lesquelles la bande a été perdue ne constituaient pas un abus de procédure.

L'appelant a soutenu que la perte de la bande a porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière, pour le motif qu'elle aurait été utile pour contre-interroger M.F. Au soutien de sa prétention, l'appelant s'est référé au témoignage de l'agent Hollinger qui a dit, devant le tribunal de la famille, que M.F. avait [TRADUCTION] «menti à

As well, the appellant claims, prejudice arises because there are inconsistencies between M.F.'s testimony at the preliminary inquiry and that of other witnesses, and the missing statement was made prior to her later written statement, which was made after she had the opportunity to collaborate with other witnesses.

I find that the appellant has not established that his right to make full answer and defence has been impaired. A number of factors lead to this conclusion. The interview recorded on the tape was not regarded by Const. Hollinger to be a detailed conversation, and he was investigating a runaway teen, not a prostitution ring. M.F. provided four other statements to the police. She testified at the preliminary inquiry. Most importantly, an alternative source of information is available: Const. Hollinger has already testified that M.F. told "a few lies". That in itself is highly useful to the defence in attacking her credibility. Const. Hollinger was cross-examined during a *voir dire* at the trial. He was not asked, however, to elaborate on the lies that M.F. told nor whether there were discrepancies between what was said by M.F. on the tape and the statements which were taken subsequently. Until that evidence is heard it is at least premature to allege that the appellant's rights to full answer and defence are seriously prejudiced. Moreover, adopting an optimistic view as to what the tape would have disclosed, it is difficult for me to accept that even a successful cross-examination would be appreciably more damaging to the credibility of M.F. than the evidence of Const. Hollinger that she told a few lies.

Finally, I do not accept that the tape would be useful in establishing that the complainants collaborated in their more recent statements or would explain or accentuate inconsistencies in their evidence. The fact of the possibility of collaboration and of the inconsistencies is already in the record and can be relied on by the appellant without the

quelques reprises» au cours de l'entrevue avec les policiers. De plus, l'appellant a prétendu subir un préjudice en raison d'incohérences entre le témoignage de M.F. à l'enquête préliminaire et celui donné par d'autres témoins, et du fait que la déclaration perdue de M.F. avait été faite avant sa déclaration écrite, laquelle a été rédigée après qu'elle a eu l'occasion de consulter d'autres témoins.

Je conclus que l'appellant n'a pas établi l'existence d'une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Un certain nombre de facteurs m'amène à cette conclusion. L'agent Hollinger ne considérait pas que l'entrevue enregistrée sur bande audio était une conversation détaillée. De plus, il enquêtait sur une adolescente en fugue et non sur un réseau de prostitution. M.F. a fait quatre autres déclarations à la police en plus de témoigner à l'enquête préliminaire. Fait plus important encore, il existe une autre source de renseignements: l'agent Hollinger a déjà témoigné que M.F. avait «menti à quelques reprises». Ce fait est en soi extrêmement utile à la défense pour attaquer la crédibilité du témoignage de M.F. L'agent Hollinger a été contre-interrogé à l'occasion d'un voir-dire au procès. On ne lui a cependant pas demandé de précisions sur les mensonges de M.F., ni s'il y avait des incohérences entre les propos de M.F. enregistrés sur la bande et les déclarations obtenues par la suite. Tant que cette preuve n'aura pas été entendue, il est à tout le moins prématuré de prétendre qu'il y a atteinte grave au droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière. Par surcroît, même en adoptant une attitude optimiste quant à ce que la bande aurait révélé, j'ai de la difficulté à imaginer comment un contre-interrogatoire, même fructueux, pourrait miner davantage la crédibilité de M.F. que la déclaration de l'agent Hollinger selon laquelle elle a menti à quelques reprises.

Enfin, je ne puis accepter que la bande serait utile pour établir que les plaignantes se sont consultées avant de faire leurs déclarations plus récentes, ou encore qu'elle expliquerait ou ferait ressortir les incohérences entre leurs déclarations. Le fait qu'il soit possible que les plaignantes se soient consultées et qu'il y ait des incohérences

tape. The tape might or might not have disclosed discrepancies which tend to support subsequent collaboration or accentuate the inconsistencies. While this level of relevance would be sufficient to meet the test for disclosure as set out in *Stinchcombe (No. 1)*, it falls far short of establishing a serious impairment of the right to make full answer and defence. Certainly at this stage of the proceedings it is premature to come to such a conclusion.

- 34 In accordance with the judgment rendered from the bench at the conclusion of the argument of the appeal, the appeal is dismissed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

- 35 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal addresses the question of how to proceed in instances where the state loses or destroys relevant material in its possession. As such, it raises fundamental *Charter* issues. I have read the reasons of Justice Sopinka and share his conclusion with regard to the disposition of this case. I am unable to agree, however, with the manner in which he characterizes the Crown's duty to disclose as a distinct right of the accused under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For this reason, I wish to make the following comments.

- 36 In a nutshell, my position is that the duty to disclose is exactly that: an obligation resting upon the Crown. It does not constitute, and in my view, has never constituted a separate and distinct right operating on its own as a principle of fundamental justice. On the contrary, the disclosure obligation is necessary because generally the "failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence". *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 ("*Stinchcombe (No. 1)*"), per Sopinka J., at p. 336. To establish the very process of disclosure as a distinct constitutional right would be, in my view, a substantial departure from the juris-

entre les déclarations est déjà au dossier et peut être invoqué par l'appelant, même sans la bande. Celle-ci aurait pu ou non révéler des incohérences tendant à établir que les plaignantes se sont consultées ou à faire ressortir les incohérences déjà connues. Bien qu'un tel degré de pertinence permette de satisfaire au critère en matière de divulgation énoncé dans *Stinchcombe (n° 1)*, il est loin d'établir l'existence d'une atteinte grave au droit de présenter une défense pleine et entière. Il est certes prématuré de tirer une telle conclusion à ce stade des procédures.

Conformément au jugement rendu à l'audience, au terme des plaidoiries, le présent pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi a trait à la procédure à suivre dans les affaires où l'État a perdu ou détruit des documents pertinents en sa possession. Il soulève donc des questions fondamentales concernant la *Charte*. J'ai lu les motifs du juge Sopinka et je suis d'accord avec sa conclusion relativement au dispositif du présent pourvoi. Je suis, cependant, incapable de souscrire à la façon dont il caractérise l'obligation de divulgation du ministère public, soit un droit distinct de l'accusé selon l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour cette raison, je tiens à faire les commentaires suivants.

En un mot, ma position est que l'obligation de divulgation est exactement ce que ces mots expriment: une obligation qui incombe au ministère public. Elle n'est pas et, à mon avis, n'a jamais été un droit séparé et distinct constituant, de façon autonome, un principe de justice fondamentale. Au contraire, l'obligation de divulgation est nécessaire parce que, généralement, «la non-divulgation [. . .] empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière». *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 («*Stinchcombe (n° 1)*»), le juge Sopinka, à la p. 336. Ériger le processus même de divulgation en un droit constitutionnel distinct constituerait, à

prudence in this area and would needlessly complicate this area of law.

While this case is primarily concerned with lost evidence which was once in the possession of the Crown, I believe a proper analysis of this issue requires an examination of the relationship of the disclosure duty to s. 7 of the *Charter*.

At the outset, however, I would stress that disclosure, as a process, is a necessary and important feature of the Canadian legal landscape. The decision of this Court in *Stinchcombe (No. 1)* was a desirable evolution in the law, and one which, for the most part, encouraged a fairer system for accused persons. It also inspired a spirit of openness in the law, which I believe has played a large part in advancing the search for the truth in criminal trials.

Nevertheless, I have never thought of *Stinchcombe (No. 1)* as having effected a radical departure from the direction which was being taken in the common law, despite a number of judgments and academic opinions which suggest a contrary opinion. Rather, I agree with Professor Alan N. Young, *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406, at p. 419, that "*Stinchcombe* did not create a new right with respect to disclosure as the common law has always considered full disclosure to be an integral part of the process". See also *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763.

In my view, what *Stinchcombe (No. 1)* truly recognizes is that disclosure is essential to enable the accused to exercise properly his right to make full answer and defence, itself a principle of fundamental justice under s. 7. Additionally, disclosure helps ensure that the accused will have a fair trial, as the possibility of an ambush by the Crown is removed: see for example, *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113. There are a number of other practical advantages to full disclosure, not the least of which is the encouragement of early resolution of criminal

mon avis, une dérogation importante à la jurisprudence en la matière, en plus de compliquer inutilement ce domaine de droit.

Même si la présente affaire porte principalement sur la perte d'éléments de preuve que le ministère public a déjà eus en sa possession, je suis d'avis que pour bien analyser cette question il faut examiner le lien qui existe entre l'obligation de divulgation et l'art. 7 de la *Charte*.

Dès le départ, cependant, je souligne que la divulgation, en tant que processus, est un aspect nécessaire et important du droit canadien. La décision de notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)* a constitué une évolution souhaitable du droit et a favorisé, dans l'ensemble, un système plus équitable envers les accusés. Elle a également insufflé dans le droit un esprit d'ouverture qui, selon moi, continue de contribuer grandement à la recherche de la vérité dans les procès criminels.

Je n'ai jamais, toutefois, considéré que *Stinchcombe (n° 1)* avait entraîné un changement radical de direction de la common law en la matière, et ce malgré un certain nombre de jugements et d'articles de doctrine à l'effet contraire. Je souscris plutôt à l'opinion du professeur Alan N. Young qui, dans *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406, à la p. 419, affirme que [TRADUCTION] «*Stinchcombe* n'a pas créé un droit nouveau en matière de divulgation, puisque la common law a toujours considéré que la divulgation complète faisait partie intégrante du processus». Voir également *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

À mon avis, ce que *Stinchcombe (n° 1)* reconnaît véritablement est le fait que la divulgation est essentielle pour permettre à un accusé d'exercer de façon appropriée son droit de présenter une défense pleine et entière, droit qui est lui-même un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7. De plus, la divulgation contribue à garantir que l'accusé aura un procès équitable, en éliminant la possibilité que le ministère public ne le prenne par surprise: voir, par exemple, *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113. La divulgation de la preuve comporte

37

38

39

40

charges: *Stinchcombe (No. 1)*, at p. 334. See also the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), under the Chair of G. Arthur Martin. Still, for constitutional purposes, it is crucial to recall that disclosure is no more than a process, albeit an important one, which exists to further the rights of an accused as set out above.

d'autres avantages d'ordre pratique, particulièrement le fait qu'elle favorise le règlement rapide des accusations criminelles: *Stinchcombe (no 1)*, à la p. 334. Voir également le document intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), sous la présidence de G. Arthur Martin. Pourtant, sur le plan constitutionnel, il est essentiel de rappeler que la divulgation n'est rien d'autre qu'un processus, par ailleurs important, qui sert les droits de l'accusé énoncés plus haut.

41

I fully acknowledge, however, that the two concepts have often been mistaken for one and the same. On more than one occasion, courts have spoken of the "right to disclosure", instead of whether the failure to disclose affected the "right to make full answer and defence". In my view, while disclosure is a duty which the Crown must adhere to, it does not follow that every failure to disclose will amount to a constitutional violation. As I stated in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 74:

Je reconnais aisément, toutefois, que ces deux concepts ont souvent été confondus. À maintes reprises, les tribunaux ont parlé du «droit à la divulgation», au lieu de se demander si l'omission de divulguer avait porté atteinte au «droit de présenter une défense pleine et entière». À mon avis, bien que la divulgation soit une obligation qui incombe au ministère public, il ne s'ensuit pas que chaque omission de divulguer équivaudra à une violation de la Constitution. Comme je l'ai dit dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 74:

... I am in full agreement with the Court of Appeal that there is no autonomous "right" to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

... je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the *Charter* such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a reasonable possibility it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure has probably prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

[TRADUCTION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a *probablement* nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou à eu un effet défavorable sur cette possibilité.

It is the distinction between the “reasonable possibility” of impairment of the right to make full answer and defence and the “probable” impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. (Italics in original; underlining added.)

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused's ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused's trial. [Emphasis in original.]

Contrary to what my colleague has suggested, this position was not invented in *O'Connor*. While my colleague did not address this issue in that case, he has stated here that the right to disclose is, in itself, a right under s. 7 of the *Charter*. Sopinka J. also maintains that the accused's right to disclosure from the Crown has already been recognized by this Court in the cases of *Stinchcombe (No. 1)* and *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, as a distinct principle of fundamental justice. I simply do not agree with Justice Sopinka's interpretation of *Stinchcombe (No. 1)*. With respect to *Carosella*, in that case I was of the view that what was at issue was the destruction of material by a third party; for that reason it was unnecessary for me to even address the relationship between disclosure and the right to make full answer and defence. In my view, a perusal of the case law demonstrates that the position I set out in *O'Connor* is in conformity with established disclosure principles and that it is my colleague who is effecting a radical departure

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Contrairement à ce que mon collègue suggère, cette position n'a pas été arrêtée pour la première fois dans *O'Connor*. Bien que mon collègue n'ait pas abordé cette question dans cette affaire, il affirme ici que le droit à la divulgation est en soi un droit prévu à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Sopinka soutient également que le droit de l'accusé à la divulgation de la preuve du ministère public a déjà été reconnu par notre Cour, dans les arrêts *Stinchcombe (n° 1)* et *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, comme un principe de justice fondamentale distinct. Je ne suis tout simplement pas d'accord avec l'interprétation que fait le juge Sopinka de l'arrêt *Stinchcombe (n° 1)*. Pour ce qui est de *Carosella*, dans cette affaire, j'étais d'avis que ce qui était en cause c'était la destruction de documents par un tiers; pour cette raison, il était inutile que j'examine même le lien entre la divulgation et le droit de présenter une défense pleine et entière. À mon avis, il ressort d'un examen attentif de la jurisprudence que ma position dans

from the standards established by this Court in *Stinchcombe (No. 1)*.

43

In *Stinchcombe (No. 1)*, Sopinka J. on behalf of a unanimous Court outlined a revamped system of disclosure. The precise method chosen for this Crown obligation was based upon a number of legal rationales as well as different policy concerns. The *Charter* was also seen as an important influence, as demonstrated by the following excerpt, at p. 336:

This review of the pros and cons with respect to disclosure by the Crown shows that there is no valid practical reason to support the position of the opponents of a broad duty of disclosure. Apart from the practical advantages to which I have referred, there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms as one of the principles of fundamental justice. (See *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514.) The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Emphasis added.]

44

It is worth noting that there was no mention of a "right to disclosure". Rather this excerpt emphasizes that it is the right to make full answer and defence which is the focus under s. 7. Moreover, I believe that later in the judgment Sopinka J. explicitly recognized that there is a major difference between the disclosure obligation and the effect of a Crown failure to disclose. Indeed, as he stated in *Stinchcombe (No. 1)*, at p. 348:

What are the legal consequences flowing from the failure to disclose? In my opinion, when a court of appeal is called upon to review a failure to disclose, it must consider whether such failure impaired the right to make full answer and defence. This in turn depends on

*O'Connor* est compatible avec les principes reconnus en matière de divulgation et que c'est mon collègue qui s'écarte radicalement des normes établies par notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)*.

Dans *Stinchcombe (n° 1)*, le juge Sopinka, s'exprimant pour la Cour à l'unanimité, a élaboré un mécanisme de divulgation réorganisé. La méthode particulière choisie pour analyser cette obligation du ministère public est fondée sur un certain nombre de justifications d'ordre juridique et sur différentes considérations de politique judiciaire. L'influence de la *Charte* a également été considérée importante, comme en témoigne le passage suivant, à la p. 336:

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1514.) Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Je souligne.]

Il convient de signaler l'absence de toute mention d'un «droit à la divulgation». Ce passage insiste plutôt sur le fait que c'est le droit de présenter une défense pleine et entière qui est l'objet principal de l'art. 7. En outre, j'estime que plus loin dans le jugement le juge Sopinka a expressément reconnu l'existence d'une différence majeure entre l'obligation de divulgation du ministère public et l'effet du défaut de s'acquitter de cette obligation. De fait, il a déclaré ceci, dans *Stinchcombe (n° 1)*, à la p. 348:

Quelles sont les conséquences juridiques de l'omission de divulguer? À mon avis, quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Or, la

the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome. [Emphasis added.]

This position was also taken by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Douglas* (1991), 5 O.R. (3d) 29, a case decided at virtually the same time as *Stinchcombe (No. 1)*. I would note that an appeal from this decision was unanimously dismissed by this Court ([1993] 1 S.C.R. 893) in which the Chief Justice delivered short reasons which did not disagree in principle with the decision of the Court of Appeal. In *Douglas*, the facts revealed that as of the trial date, disclosure had still not been fully made to the defence. Rather than inquiring into the materiality of the evidence, the trial judge immediately stayed the proceedings. The Court of Appeal reversed the decision, and in doing so made the following comments at p. 30 about the relationship between disclosure and the *Charter*:

An accused has a constitutional right to a fair hearing and to make full answer and defence through the combined operation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. There is, however, no common law right or statutory enactment specifically providing an accused with a right of disclosure of the Crown's case. Timely disclosure is thus not a discrete right in the constitutional sense. The failure to make timely disclosure will not, in all cases, constitute a *Charter* violation.

It is now established that, consistent with those principles of fundamental justice underlying s. 7 of the *Charter*, an accused is entitled to such disclosure as is necessary for the accused to make full answer and defence. See *R. v. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201, 33 O.A.C. 260 (C.A.).

There is no doubt that in some circumstances the evidence may establish that non-disclosure or untimely disclosure gives rise to an infringement of an accused's right to a fair trial in that the accused's right to make full answer and defence is compromised. In our view, the trial judge erred in considering, on the meagre evidence before him in this case, that the respondent's s. 7 rights were violated by the Crown's admittedly late disclosure. In the circumstances of this case, the right protected by s. 7 is the respondent's right to make full

réponse tient à la nature des renseignements non divulgués et à la question de savoir s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige. [Je souligne.]

Cette position a également été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Douglas* (1991), 5 O.R. (3d) 29, arrêt rendu pratiquement en même temps que *Stinchcombe (n° 1)*. Je note qu'un pourvoi contre cette décision a été rejeté par notre Cour ([1993] 1 R.C.S. 893), dans un arrêt unanime où le Juge en chef a rédigé des motifs succincts qui, sur le plan des principes, ne contredisent pas la décision de la Cour d'appel. Dans *Douglas*, les faits révélaient que, le jour même du début du procès, la preuve n'avait toujours pas été divulguée complètement à la défense. Au lieu de faire enquête sur le caractère substantiel de la preuve, le juge du procès a immédiatement ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a, à cette occasion, fait les commentaires suivants, à la p. 30, à propos du lien entre la divulgation et la *Charte*:

[TRADUCTION] L'accusé a, par l'effet conjugué de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, le droit constitutionnel d'obtenir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière. Cependant, aucun droit reconnu par la common law ni aucune disposition législative ne confèrent expressément à l'accusé le droit à la divulgation de la preuve du ministère public. La divulgation en temps opportun n'est donc pas un droit distinct sur le plan constitutionnel. Le défaut de divulguer la preuve en temps opportun ne constituera pas, dans tous les cas, une violation de la *Charte*.

Il est maintenant établi que, conformément aux principes de justice fondamentale qui sous-tendent l'art. 7 de la *Charte*, l'accusé a le droit d'obtenir la communication de tous les éléments de preuve dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière. Voir *R. c. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201, 33 O.A.C. 260 (C.A.).

Il ne fait aucun doute que, dans certaines circonstances, la preuve peut établir que la non-divulgation ou l'absence de divulgation en temps opportun donne lieu à une violation du droit de l'accusé à un procès équitable du fait que cette situation compromet son droit de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu, en s'appuyant sur la mince preuve dont il disposait, que les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 avaient été violés pour le motif que, de l'aveu même du ministère public,

answer and defence. The trial judge seems to have assumed that the Crown's late disclosure compromised that right. That assumption was not warranted on the evidence. [Emphasis added.]

See also: *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), at p. 382; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (Ont. C.A.); *R. v. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355 (B.C.C.A.); *R. v. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385 (Alta. C.A.) aff'd without reference to this point, [1994] 2 S.C.R. 486.

46

Similar reasoning was expressed by this Court in *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. In that case, the issue was whether a failure to disclose affidavit material used to support a wiretap authorization was in conflict with the principles enunciated in *Stinchcombe (No. 1)*. For a 4-3 majority, Sopinka J. held that in that particular case, the accused's s. 7 right to make full answer and defence had been infringed. Nevertheless, in his analysis, he clearly stated, at pp. 495 and 498, that this right was not automatically engaged where full disclosure was not made:

The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. In order to justify non-disclosure the Crown must bring itself within an exception to that general rule: *Stinchcombe, supra*, at pp. 340-41; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 466-67.

In order to conclude that a failure to disclose information to the defence amounts to a denial of the right to make full answer and defence, the court must consider the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome of the case: *Stinchcombe, supra*, at p. 348. [Emphasis in the original.]

See also in this regard: *R. v. Jack*, [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 508, per Iacobucci J.; *O'Connor, supra*, at paras. 221-40, per Major J.

la divulgation de la preuve avait été faite tardivement. En l'espèce, le droit protégé par l'art. 7 est le droit de l'intimé de présenter une défense pleine et entière. Il semble que le juge du procès ait présumé que la divulgation tardive de la preuve du ministère public a porté atteinte à ce droit. Or, cette présomption n'était pas justifiée par la preuve. [Je souligne.]

Voir également: *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), à la p. 382; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (C.A. Ont.); *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355 (C.A.C.-B.); *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.), conf. par [1994] 2 R.C.S. 486, sans référence à ce point.

Notre Cour a tenu un raisonnement analogue dans *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Dans cet arrêt, la question était de savoir si le défaut de communiquer des affidavits étayant une demande d'autorisation d'écoute électronique violait les principes établis dans *Stinchcombe (n° 1)*. Au nom des juges de la majorité (4 contre 3), le juge Sopinka a conclu que, dans cette affaire, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 avait été violé. Néanmoins, dans son analyse, il a clairement dit, aux pp. 495 et 498, que ce droit n'entraînait pas automatiquement en jeu en cas de divulgation incomplète:

Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulgation, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 340 et 341, et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 466 et 467.

Pour déterminer si la non-divulgation de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige: *Stinchcombe*, précité, à la p. 348. [Souligné dans l'original.]

Voir également à cet égard: *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 508, le juge Iacobucci; *O'Connor*, précité, aux par. 221 à 240, le juge Major.

Shortly thereafter, in *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201, this Court reflected once again upon the proper analysis in cases of non-disclosure. In that case, the Crown had failed to abide by the terms of an order mandating disclosure of certain pieces of evidence. Nevertheless, Sopinka and Iacobucci JJ., writing joint reasons, declined to find a violation of s. 7. Indeed, they wrote, at para. 18, that “[f]ailure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*” (emphasis added). In my view, this wording is both clear and accurate. It is not in every case of non-disclosure that a violation of the *Charter* will be established.

Indeed, recently in *R. v. Biscette* (1995), 169 A.R. 81 (C.A.), aff’d [1996] 3 S.C.R. 599, this approach was adopted yet again. There, the Crown failed to disclose several pieces of evidence before a preliminary inquiry, although the evidence was turned over at trial. The defence alleged a breach of s. 7 of the *Charter* but despite the admitted lateness of the Crown’s disclosure, Côté J.A., for the majority, was not convinced that a *Charter* breach had, in fact, occurred. He stated at pp. 84-85:

Counsel for the appellant relies upon the defence’s right to get disclosure of information, under the rule in *R. v. Stinchcombe* (#1), [1991] 3 S.C.R. 326. . . . The right may involve both a common law right and a right under s. 7 of the *Charter*. But the remedy flows from a breach of the right to make full answer and defence (p. 348 S.C.R.). So it is a remedy under the *Charter*.

One needs evidence to show a *Charter* breach. Here, we have little or no evidence (as distinguished from mere assertions). For all we know, late disclosure may have been trivial: see *R. v. Stinchcombe* (#2) (1994), . . .

Peu après, dans *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, notre Cour s’est penchée une fois de plus sur l’analyse qu’il convenait d’appliquer en cas de non-divulgaration. Dans cette affaire, le ministère public ne s’était pas conformé à une ordonnance lui enjoignant de communiquer certains éléments de preuve. Pourtant, les juges Sopinka et Iacobucci ont, dans des motifs conjoints, refusé de conclure que l’art. 7 avait été violé. En effet, ils ont écrit, au par. 18, que «[l’]omission du ministère public de s’acquitter de l’obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l’art. 7 de la *Charte* et porter atteinte au droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière» (je souligne). À mon avis, cet énoncé est clair et exact. Ce n’est pas dans tous les cas de non-divulgaration qu’une violation de la *Charte* sera établie.

De fait, récemment, dans *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81 (C.A.), conf. par [1996] 3 R.C.S. 599, cette approche a une fois de plus été adoptée. Dans cette affaire, le ministère public a omis de divulguer plusieurs éléments de preuve avant la tenue d’une enquête préliminaire, qui furent toutefois communiqués au procès. La défense a prétendu que l’art. 7 de la *Charte* avait été violé, mais, malgré la divulgation tardive de la preuve, situation d’ailleurs admise par le ministère public, le juge Côté a déclaré, au nom des juges de la majorité, qu’il n’était pas convaincu qu’il y avait effectivement eu violation de la *Charte*. Il a dit ceci, aux pp. 84 et 85:

[TRADUCTION] L’avocat de l’appelant se fonde sur le droit de la défense d’obtenir la divulgation de renseignements, conformément à la règle établie dans *R. c. Stinchcombe* (#1), [1991] 3 R.C.S. 326 [. . .] Il se peut que ce droit fasse intervenir à la fois un droit reconnu en common law et un droit prévu à l’art. 7 de la *Charte*. Cependant, la réparation découle d’une violation du droit de présenter une défense pleine et entière (p. 348 R.C.S.). Il s’agit donc d’une réparation prévue par la *Charte*.

Il faut une preuve pour établir une violation de la *Charte*. En l’espèce, nous disposons de peu d’éléments de preuve, voire d’aucun (par opposition à de simples affirmations). Pour autant que nous sachions, il se peut

88 C.C.C. (3d) 557 (C.A.), 566 [aff'd. [1995] 1 S.C.R. 754.]. [Emphasis added.]

49 An appeal to this Court was dismissed. For a unanimous Court, I stated, at para. 1, that “[w]ith regard to the issue of the late Crown disclosure, we are not persuaded that there was any prejudice to the appellant’s ability to effect his right to full answer and defence, and would dismiss this ground substantially for the reasons of Côté J.A. in the Court of Appeal”.

50 In my view, a common theme runs through these decisions: while the right to make full answer and defence informs the process of disclosure, for an individual accused to engage the Charter because of a failure to disclose, he or she must establish that the right to make full answer and defence was actually infringed. In other words, the duty to disclose must be kept analytically distinct from an infringement of the right to make full answer and defence.

51 This theory is also supported by the fact that disclosure is not subject to a fixed set of rules which are the same across the country. On the contrary, as a process, the manner in which disclosure is conducted will vary from province to province and even by region. The key factor is that no matter what process is enacted, it respects the accused’s right to make full answer and defence.

52 The foregoing should not be taken as suggesting that the sole manner in which the accused can demonstrate a *Charter* violation in cases of non-disclosure is to establish an impairment of the right to make full answer and defence. On the contrary, as I stated in *O’Connor*, *supra*, at para. 73:

Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged. For instance, where the accused claims that the Crown’s conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b) of the *Charter*, to which the jurisprudence of this Court has now established fairly clear guidelines (*Morin*, *supra*). Alternatively, the circumstances may indicate an

que la communication tardive ait été insignifiante: voir *R. c. Stinchcombe* (#2) (1994), [. . .] 88 C.C.C. (3d) 557 (C.A.), 566 [conf. par [1995] 1 R.C.S. 754]. [Je souligne.]

Le pourvoi devant notre Cour a été rejeté. Au nom de notre Cour à l’unanimité, j’ai déclaré, au par. 1, que «[q]uant à la question de la communication tardive de la preuve du ministère public, nous ne sommes pas persuadés que l’appelant ait subi un préjudice en ce qui concerne sa capacité d’exercer son droit à une défense pleine et entière et il y a lieu de rejeter ce moyen essentiellement pour les raisons du juge Côté de la Cour d’appel».

À mon avis, un thème commun revient dans ces différentes décisions: bien que le droit de présenter une défense pleine et entière anime le processus de divulgation, l’accusé qui réclame la protection de la Charte par suite d’une omission de divulguer doit d’abord établir que son droit de présenter une défense pleine et entière a effectivement été violé. Autrement dit, l’obligation de divulguer doit faire l’objet d’une analyse distincte de la violation du droit de présenter une défense pleine et entière.

Cette théorie est également étayée par le fait que la divulgation ne fait pas l’objet d’un ensemble de règles définies et uniformes partout au pays. Au contraire, le processus de divulgation varie d’une province à l’autre et même d’une région à l’autre. Le facteur clé est que ce processus — quel que soit celui adopté — respecte le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

Ce qui précède ne signifie pas que la seule façon dont l’accusé peut démontrer une violation de la *Charte* en cas de non-divulgation est d’établir l’existence d’une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Au contraire, comme je l’ai dit dans *O’Connor*, précité, au par. 73:

Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la *Charte* pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l’accusé prétend que la conduite du ministère public l’a empêché d’être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l’al. 11(b) de la *Charte*, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin*, précité). De même, les circonstances peuvent

infringement of the accused's right to a fair trial, embodied in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both of these situations, concern for the individual rights of the accused may be accompanied by concerns about the integrity of the judicial system. In addition, there is a residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

It follows, therefore, that where disclosure is not properly made, even in cases where the accused cannot demonstrate that his or her right to make full answer and defence has been affected, there can be a *Charter* violation if the conduct by the Crown impacts upon the concerns outlined above. One example of this approach can be seen in the joint dissenting opinion of Major and McLachlin JJ. in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537. While I disagreed with their conclusion in that case, their approach was the correct one. In determining whether a violation of the *Charter* had occurred, the focus (at para. 121) was whether the conduct of the Crown had "violate[d] the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitute[d] an abuse of the court's process".

In summary, I am of the view that disclosure, as a process, engages different aspects of fundamental justice under s. 7. Nevertheless, I do not believe that every error or omission by the Crown in making disclosure leads automatically to a violation of the *Charter*. While to date, my comments have been directed mainly at cases of non- or late disclosure, I believe the analysis is exactly the same in situations where the Crown fails to preserve adequately relevant material. It is to this area which I now turn.

indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

Il s'ensuit donc que lorsque la divulgation n'est pas faite convenablement, même dans les cas où l'accusé ne peut démontrer qu'il y a eu atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière, il peut néanmoins y avoir violation de la *Charte* si la conduite du ministère public a un effet sur les questions énumérées plus haut. L'opinion dissidente conjointe exprimée par les juges Major et McLachlin dans *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, est un exemple de cette approche. Bien que je n'aie pas souscrit à leur conclusion dans cette affaire, leur approche était correcte. Pour déterminer s'il y avait eu violation de la *Charte*, ils ont fait porter leur examen principalement sur la question de savoir si la conduite du ministère public avait «viol[é] les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et [. . .] constitu[ait] un abus des procédures de la cour» (au par. 121).

En résumé, je suis d'avis que la divulgation, en tant que processus, fait intervenir divers aspects des principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7. Néanmoins, je ne crois pas que chaque erreur ou omission du ministère public dans la divulgation de la preuve entraîne inévitablement une violation de la *Charte*. Même si, jusqu'à maintenant, mes commentaires ont principalement porté sur des cas de non-divulgation ou de divulgation tardive, j'estime que la même analyse s'applique dans les cas où le ministère public fait défaut de conserver adéquatement des éléments de preuve pertinents. J'aborde maintenant cette question.

53

54

*The Duty to Preserve*

55 The Crown's duty to preserve evidence is also a necessary element of an accused's right to make full answer and defence, as well as the right to a fair trial. The disclosure duty would have little meaning if the Crown could evade it by destroying or intentionally losing material evidence. In addition, the duty to preserve also engages the fundamental principle that justice must be seen to be done, as well as actually being done. As my colleague points out, in situations where an accused does not suffer any actual harm, there may still be a *Charter* violation if the conduct in failing to preserve evidence "violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency".

56 Still, the duty to preserve should not be confused with the Crown's duty to disclose. Where, as here, the Crown has turned over all relevant material in its possession to the defence, its duty to disclose is exhausted. As this Court has stated on more than one occasion, "[t]he Crown can only produce what is in its possession or control": *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754 ("*Stinchcombe (No. 2)*"), at p. 755; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 741. As a result, where a loss occurs, I see no value in a further inquiry to see whether the duty to disclose is satisfied.

57 This does not, however, end the matter. I agree with my colleague that where it becomes known to the Court that relevant material once in the possession of the Crown or the police has become unavailable, the Crown must explain the circumstances which led to its absence. The focus of this explanation, however, will be upon the reasons why this material did not make it into the hands of

*L'obligation de conservation*

L'obligation qu'a le ministère public de conserver la preuve est également un élément nécessaire du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de son droit à un procès équitable. L'obligation de divulgation aurait peu de sens si le ministère public pouvait la contourner en détruisant des éléments de preuve substantiels ou en les perdant de façon intentionnelle. En outre, cette obligation fait intervenir le principe fondamental selon lequel non seulement faut-il que justice soit rendue, mais encore faut-il qu'elle soit perçue comme l'ayant été. Comme le souligne mon collègue, même si l'accusé ne subit pas de préjudice réel, il peut, néanmoins, y avoir violation de la *Charte* si la conduite ayant donné lieu au défaut de conserver des éléments de preuve «viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité».

Il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Notre Cour a dit, à plus d'une occasion, que «[l]e ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle»: *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754 («*Stinchcombe (n° 2)*»), à la p. 755; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la p. 741. En conséquence, en cas de perte d'élément de preuve, je ne vois aucun intérêt à poursuivre l'examen pour déterminer si l'obligation de divulguer a été respectée.

Cela ne règle, cependant, pas le cas. Je suis d'accord avec mon collègue que, dans les cas où la cour apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les circonstances ayant entraîné leur absence. Toutefois, ces explications porteront principalement sur les raisons pour lesquelles ces

the defence and whether these reasons disclose that an abuse of process has occurred.

In cases where no abuse of process is demonstrated, that concludes the inquiry into the lack of disclosure. Still, I agree with my colleague that the accused can attempt to demonstrate that there is a real likelihood of prejudice to the trial as a result of the loss: *Carosella, supra, per L'Heureux-Dubé J.*

In summary, where evidence is no longer in the possession of the Crown, the analysis is exactly the same as in cases where the Crown possesses the material, yet for a variety of reasons, has not disclosed it. For greater clarity, I believe the principles can be summarized in the following way:

(a) The Crown has a duty to disclose. This duty is a feature of the common law, and also has constitutional underpinnings. As a general rule, the Crown must disclose all relevant and unprivileged material in its possession to the defence. Broad and complete disclosure is the rule, not the exception.

(b) Where the Crown fails to disclose and an accused desires a constitutional remedy, the inquiry must be properly grounded. In that regard, the focus will be twofold:

(1) Did the failure to disclose have an effect upon the accused's right to make full answer and defence?

(2) Did the conduct of the Crown in failing to disclose violate fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and cause prejudice to the integrity of the judicial system? I would note that a deliberate attempt by the Crown to avoid the rules of disclosure as set out in *Stinchcombe* is a factor to be considered under this heading.

éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense, et il conviendra alors de se demander si ces raisons révèlent un abus de procédure.

Dans les cas où aucun abus de procédure n'est établi, cela met fin à l'examen de la question de l'absence de divulgation. Néanmoins, je suis d'accord avec mon collègue que l'accusé peut essayer d'établir qu'il existe une probabilité réelle qu'il subisse un préjudice au procès, par suite de la perte: *Carosella, précité, le juge L'Heureux-Dubé.*

En résumé, lorsque l'élément de preuve n'est plus en la possession du ministère public, l'analyse est exactement la même que dans les cas où c'est ce dernier qui l'a en sa possession, mais que, pour diverses raisons, il ne l'a pas encore communiqué. Par souci de clarté, j'estime que les principes peuvent être résumés de la façon suivante:

a) Le ministère public a l'obligation de divulguer. Cette obligation, qui découle de la common law, a également des assises constitutionnelles. En règle générale, le ministère public doit divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession. La divulgation complète et générale est la règle et non l'exception.

b) Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve et que l'accusé désire obtenir une réparation de nature constitutionnelle, l'examen doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets:

1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

2) Le ministère public, en omettant de divulguer sa preuve, a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Je souligne qu'une tentative délibérée du ministère public de contourner les règles de divulgation élaborées dans *Stinchcombe* est un facteur à considérer dans le cadre du présent volet.

58

59

(c) Where either of these effects is demonstrated on a balance of probabilities, a violation of s. 7 will have been demonstrated. The trial judge will then be entitled to fashion a remedy pursuant to s. 24(1). This should be done in accordance with the principles laid out in *O'Connor*, *supra*.

(d) Where, as in the case at bar, the failure to disclose occurred because the evidence in question was lost or destroyed while in the hands of the Crown, the inquiry is generally the same, except that it will be incumbent upon the Crown to explain the absence of the evidence and procedures taken to have it preserved. After this explanation, however, it will be up to the accused to satisfy the trial judge that his or her right to full answer and defence has been impaired, or that an abuse of process has occurred.

60 As stated above, I believe this approach is consistent with the jurisprudence of this Court as well as established constitutional principles. Moreover, I also believe it has the advantage of being practical and easy to follow. To illustrate, I will contrast it with the approach suggested by Sopinka J.

61 My colleague suggests three areas of inquiry where disclosure is not made, or is no longer possible:

(1) Whether the loss has impacted upon the accused's right to make full answer and defence;

(2) Whether the explanation of the Crown discloses a breach of its disclosure obligations, and hence a violation of s. 7; and

(3) Whether an abuse of process has occurred?

62 With respect, I see little value in making the inquiry into non-disclosed evidence a three-tiered process, as examining whether the Crown's disclosure obligation has been satisfied in a case where the evidence is no longer available seems rather pointless. Clearly, this is a moot point as the evi-

c) Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *O'Connor*, précité.

d) Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'omission de divulguer est survenue par suite de la perte ou de la destruction de l'élément de preuve en cause, pendant qu'il était en la possession du ministère public, l'examen est de façon générale le même, sauf qu'il incombe au ministère public d'expliquer l'absence de la preuve et les procédures appliquées en vue de sa conservation. Une fois cette explication fournie, cependant, l'accusé devra convaincre le juge du procès qu'il y a eu soit atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière soit abus de procédure.

Comme je l'ai dit précédemment, j'estime que cette approche est compatible avec la jurisprudence de notre Cour et les principes constitutionnels établis. En outre, j'estime également qu'une telle approche a l'avantage d'être pratique et facile à appliquer. Pour illustrer ce point, je vais la comparer à celle proposée par le juge Sopinka.

Mon collègue suggère d'examiner trois aspects dans les cas où la divulgation n'a pas été faite ou n'est plus possible:

1) La perte a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

2) L'explication du ministère public révèle-t-elle un manquement à ses obligations en matière de divulgation et, par conséquent, une violation de l'art. 7?

3) Un abus de procédure s'est-il produit?

En toute déférence, je ne vois pas d'intérêt à un examen en trois volets en cas de non-divulgation d'un élément de preuve, car il semble plutôt futile de se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de divulgation lorsque l'élément en cause n'est plus disponible. De toute évidence,

dence can no longer be disclosed. My colleague seems to accept that the inquiry at this point shifts to an assessment of the state actions which led to the loss of the evidence. In my view, this assessment is best made under what is traditionally known as the abuse of process doctrine. I see no need to separate this under a different heading. As I stated in *O'Connor*, supra, at para. 71, “[w]e should not invite schizophrenia into the law.”

My colleague also suggests that there is a lower threshold for establishing a violation of the “right to disclosure” than there is for demonstrating an abuse of process. In my view, this is an unacceptable development in the law. Our system has always proceeded on the basis that Crown misconduct should be examined at a certain standard. Essentially, my colleague is establishing two abuse of process regimes, one where there is abuse with regard to the disclosure process, and one encompassing all other situations. In my view, Crown misconduct is Crown misconduct. The same standard should be applied in all cases.

I also find it ironic that while my colleague speaks at length of the abuse of process doctrine, I fail to see how such a finding would ever be of any consequence. Clearly, a breach of the “right to disclosure”, and hence a violation of s. 7, would be made out long before an abuse of process.

In my view, the abuse of process doctrine, combined with the right to make full answer and defence, is ideally suited to remedying cases where evidence in the hands of the Crown is destroyed. In this regard, I would note that I do not disagree with many of the criteria suggested by my colleague in his reasons. Clearly, these factors will help indicate whether an abuse has actually occurred. I also agree that “an unacceptable degree of negligent

il s’agit d’une question théorique puisque l’élément de preuve ne peut plus être divulgué. Mon collègue semble accepter qu’à cette étape, l’examen devienne une appréciation des actes de l’État qui ont entraîné la perte de la preuve. À mon avis, la meilleure façon de procéder à cette appréciation est dans le cadre de ce que l’on appelle traditionnellement la doctrine de l’abus de procédure. Je ne vois aucun besoin de les séparer sous une étiquette différente. Comme je l’ai dit dans *O'Connor*, précité, au par. 71, «[n]ous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu’il n’est pas nécessaire de le faire».

Mon collègue suggère également que la norme applicable pour établir une violation du «droit à la divulgation» est moins exigeante que celle applicable en cas d’abus de procédure. À mon avis, il s’agit d’une évolution inacceptable du droit. Notre système a toujours reposé sur le fondement que la question de la mauvaise conduite du ministère public devrait être examinée en fonction d’une certaine norme. Essentially, mon collègue établit deux régimes en matière d’abus de procédure, l’un applicable en cas d’abus dans le processus de divulgation, l’autre visant toutes les autres situations. À mon avis, une mauvaise conduite du ministère public n’est qu’une mauvaise conduite du ministère public. La même norme devrait s’appliquer dans tous les cas.

Je trouve également ironique le fait que mon collègue parle abondamment de la doctrine de l’abus de procédure, car je ne vois pas comment une telle conclusion pourrait avoir une incidence. De toute évidence, une violation du «droit à la divulgation» et, par conséquent, de l’art. 7, serait établie bien avant un abus de procédure.

À mon avis, la doctrine de l’abus de procédure, conjuguée au droit de présenter une défense pleine et entière, convient parfaitement pour accorder une réparation dans les cas où un élément de preuve qui était en la possession du ministère public a été détruit. À cet égard, je tiens à souligner que je ne suis pas en désaccord avec mon collègue relativement à plusieurs des critères qu’il propose dans ses motifs. Manifestement, ces facteurs aideront à

63

64

65

conduct” in handling evidence may amount to a violation of s. 7.

66

Additionally, the fear that demonstrating an abuse can only take place in the clearest of cases should no longer be countenanced. Clearly, “the clearest of cases” standard now relates solely to the application of the stay of proceedings remedy: see *O'Connor, supra*. Not every action by the Crown must approach this standard to warrant a s. 7 violation; see for example *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at p. 286, where, although I agreed with the majority that the Crown’s conduct in disregarding the plea bargain made with the accused did not amount to one of the “clearest of cases” requiring a stay of proceedings, I would have nonetheless found a violation of the accused’s rights under s. 7 and substituted a conviction for the lesser included offence which was the object of the plea bargain. As Graeme G. Mitchell favourably noted, the decision of this Court in *O'Connor, supra*, “signals a radical change in the concept of what constitutes an abuse of process”: “Abuse of Process and the Crown’s Disclosure Obligation” (1996), 44 C.R. (4th) 130, at p. 136; see also Lee Stuesser, “Abuse of Process: The Need to Reconsider” (1994), 29 C.R. (4th) 92, at p. 103; Ursula Hendel and Peter Sankoff, “R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right” (1996), 45 C.R. (4th) 330, at p. 334. It cannot be said, therefore, that a violation of s. 7 based on an abuse of process will be impossible for an accused to establish in an appropriate case.

déterminer s’il y a effectivement eu un abus. Je conviens également qu’«un degré inacceptable de négligence» dans la conservation de la preuve peut constituer une violation de l’art. 7.

En outre, la crainte que l’abus ne pourra être établi que dans les cas les plus manifestes ne devrait plus être admise. Clairement, la norme «des cas les plus manifestes» ne concerne plus maintenant que l’application de l’arrêt des procédures: voir *O'Connor*, précité. Il n’est pas nécessaire que chaque mesure prise par le ministère public se rapproche de cette norme pour justifier de conclure à une violation de l’art. 7; voir, par exemple, *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à la p. 286, où, même si j’étais d’accord avec la majorité que la façon dont le ministère public s’était conduit en ne respectant pas le plaidoyer négocié avec l’accusé n’était pas l’un de ces «cas les plus manifestes» requérant un arrêt des procédures, j’aurais néanmoins conclu à la violation des droits reconnus à l’accusé par l’art. 7 et substitué à la déclaration de culpabilité une déclaration de culpabilité pour l’infraction moindre sur laquelle portait le plaidoyer négocié. Comme Graeme G. Mitchell l’a souligné favorablement, la décision de notre Cour dans *O'Connor*, précité, [TRADUCTION] «annonce un changement radical de la conception de ce qui constitue un abus de procédure»: «Abuse of Process and the Crown’s Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130, à la p. 136; voir également Lee Stuesser, «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 103; Ursula Hendel et Peter Sankoff, «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330, à la p. 334. On ne peut donc pas prétendre qu’il est impossible pour l’accusé, dans un cas approprié, d’établir une violation de l’art. 7 découlant d’un abus de procédure.

67

As is evident, however, I am deeply concerned about lowering the threshold for establishing a s. 7 violation, which I believe is the effect of entrenching a general “right to disclosure”. In my view, violations of s. 7 should be addressed with some degree of seriousness. A finding that an accused has been deprived of his or her life, liberty

Comme il ressort clairement de mes motifs, cependant, je suis profondément préoccupée par l’abaissement de la norme applicable pour établir une violation de l’art. 7, abaissement qui, à mon avis, découle de la reconnaissance d’un «droit à la divulgation» à caractère général. À mon avis, les violations de l’art. 7 requièrent un examen sérieux.

and security of the person not in accordance with the principles of fundamental justice should not be made lightly. I believe the regime I have outlined above preserves that notion, and also maintains a powerful tool to curb state misconduct as well as unfair trials.

On a final note, I would merely comment that to the extent that the reasons of my colleague suggest or leave open the possibility that the actions of a third party can, on their own, amount to an abuse of process, I am unable to agree. In this regard, I would refer to my reasons on this point in *Carosella, supra*.

I would dispose of the appeal as suggested by Sopinka J.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Batting, Der, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

La conclusion qu'il a été porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'un accusé sans respecter les principes de justice fondamentale ne devrait pas être tirée à la légère. J'estime que le régime que j'ai décrit plus haut protège cette notion, tout en maintenant un outil puissant pour réfréner la mauvaise conduite de l'État et éviter la tenue de procès inéquitables.

En terminant, j'ajouterais simplement que, dans la mesure où les motifs de mon collègue suggèrent que la conduite d'un tiers peut, en elle-même, constituer un abus de procédure, ou laissent subsister cette possibilité, je ne puis y souscrire. À cet égard, je renvoie aux motifs que j'ai exposés, sur ce point, dans l'arrêt *Carosella*, précité.

Je trancherais le pourvoi de la manière proposée par le juge Sopinka.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Batting, Der, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

68

69

Mr. André Côté, Mr. Fernand Côté,  
Mr. Denis Côté, Ms. Gaétane Labrie,  
Mr. Jean Soucy, Mr. Gaétan Bouchard,  
Mr. Laval Desbiens, Mr. René Michel  
Ouellet, Ms. Sandra Thériault, Ms. Dorisse  
St-Pierre, Ms. Line St-Pierre, Mr. Richard  
Thivierge, Mr. Claude Lajoie, Mr. Yvon  
Lemieux, Ms. Marie-Josée Raymond, Ms.  
Aline Rouleau, Mr. André Lagacé, Ms.  
Louise Jean, Mr. Jean-Jacques Vien et  
Mr. Gaston Michaud *Appellants*

v.

Mr. George Addy, Director of Investigation  
and Research named in virtue of the  
*Competition Act*, R.S.C., 1985,  
c. C-34 *Respondent*

INDEXED AS: CÔTÉ v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH)

File No.: 25262.

1997: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Competition — Search warrants issued under Competition Act — Act not providing for appeal from issuance of search warrants.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 2 F.C. 3, 66 C.P.R. (3d) 280, 192 N.R. 323, [1996] F.C.J. No. 146 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Richard J. Appeal dismissed.

*Guy Du Pont and Bruno J. Pateras, Q.C.*, for the appellants.

*François Rioux and Bernard Laprade*, for the respondent.

M. André Côté, M. Fernand Côté, M. Denis Côté, M<sup>me</sup> Gaétane Labrie, M. Jean Soucy, M. Gaétan Bouchard, M. Laval Desbiens, M. René Michel Ouellet, M<sup>me</sup> Sandra Thériault, M<sup>me</sup> Dorisse St-Pierre, M<sup>me</sup> Line St-Pierre, M. Richard Thivierge, M. Claude Lajoie, M. Yvon Lemieux, M<sup>me</sup> Marie-Josée Raymond, M<sup>me</sup> Aline Rouleau, M. André Lagacé, M<sup>me</sup> Louise Jean, M. Jean-Jacques Vien et M. Gaston Michaud *Appellants*

c.

M. George Addy, directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CÔTÉ c. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES)

N<sup>o</sup> du greffe: 25262.

1997: 27 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Concurrence — Mandats de perquisition fondés sur la Loi sur la concurrence — Loi ne prévoyant pas d'appel contre la délivrance de mandats de perquisition.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 2 C.F. 3, 66 C.P.R. (3d) 280, 192 N.R. 323, [1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 146 (QL), qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Richard. Pourvoi rejeté.

*Guy Du Pont et Bruno J. Pateras, c.r.*, pour les appelants.

*François Rioux et Bernard Laprade*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

THE CHIEF JUSTICE — For the reasons of  
MacGuigan J.A., [1996] 2 F.C. 3, we are all of the  
view that this appeal be dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Pateras & Iezzoni,  
Montreal.*

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

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE EN CHEF — Pour les motifs exposés par  
le juge MacGuigan, [1996] 2 C.F. 3, nous sommes  
tous d'avis de rejeter le présent appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: Pateras & Iezzoni,  
Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Le procureur général du  
Canada, Ottawa.*

**S.G.G. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. G. (S.G.)

File No.: 24939.

1997: March 17; 1997: July 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Reopening of Crown's case — Trial judge allowing Crown to call new witness after defence had closed its case in murder trial — Whether accused prejudiced by reopening of Crown's case — Whether new trial should be directed.*

*Criminal law — Evidence — Admissibility of character evidence — Trial judge allowing Crown to cross-examine accused charged with murder as to presence of stolen goods in her house and her sexual relationship with one of boys who carried out killing — Whether evidence of bad character properly admissible.*

A young adolescent boy was brutally beaten and then murdered in the accused's house. It was not disputed that the killing was carried out by three other adolescent boys. The Crown's theory was that the accused, the mother of one of them, had incited the boys to assault and kill the victim because she thought he had "ratted" to the police about either her drug activities or the illegal activities of the boys. The only testimony directly implicating the accused in the killing was that of R, one of the boys involved, and there were serious problems with his testimony. The trial judge allowed the Crown to lead evidence of the presence of stolen property in the house on the basis that it was relevant to the Crown's theory of the accused's motives for murdering the victim. He also ruled that the Crown should be permitted to cross-examine the accused on her sexual relationship with M, one of the boys. The only defence witness was the accused. At the end of the defence's case, a further witness, G, came forward. Although she had previously

**S.G.G. Appelante**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (S.G.)

N° du greffe: 24939.

1997: 17 mars; 1997: 10 juillet.

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

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

*Droit criminel — Procès — Réouverture de la preuve du ministère public — Ministère public autorisé par le juge du procès à faire entendre un nouveau témoin après la clôture de la preuve de la défense dans un procès pour meurtre — La réouverture de la preuve du ministère public a-t-elle causé un préjudice à l'accusée? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?*

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité d'une preuve de moralité — Ministère public autorisé par le juge du procès à contre-interroger une personne accusée de meurtre sur la présence de biens volés dans sa maison et sur ses relations sexuelles avec l'un des garçons qui ont commis le meurtre — La preuve de mauvaise moralité était-elle admissible à bon droit?*

Un jeune adolescent a été sauvagement battu puis tué dans la maison de l'accusée. Nul n'a contesté que les auteurs du crime sont trois autres adolescents. Selon la thèse du ministère public, c'est l'accusée, la mère d'un des garçons, qui a incité ceux-ci à agresser et tuer la victime parce qu'elle croyait que la victime avait «mouchardé» à la police au sujet de ses activités liées à la drogue ou des activités illégales des garçons. Le seul témoignage qui impliquait directement l'accusée dans le meurtre est celui de R, un des garçons en cause, et son témoignage a posé de graves problèmes. Le juge du procès a permis au ministère public de démontrer par la preuve la présence de biens volés dans la maison pour le motif que cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public quant aux raisons qu'avait l'accusée de tuer la victime. Il a également statué que le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger l'accusée sur ses relations sexuelles avec M, l'un des garçons. Le seul témoin de la défense était l'accusée. À la clôture de la

given several statements to the police, she had not been called as part of the Crown's case. Her prior statements simply indicated that she had been in the basement of the house at the relevant times, and that she had heard loud music and people talking. This story had changed when she eventually came forward just before the addresses to the jury were to commence. The trial judge granted the Crown's application to reopen its case, and gave the defence permission to recall other Crown witnesses for cross-examination, as well as to reopen the case for the defence. The accused was convicted of second degree murder. The Court of Appeal upheld the conviction.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial directed.

#### (1) *Reopening of Crown's Case*

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The decision of a trial judge to allow the Crown to reopen its case at any time prior to a verdict is discretionary, and as a result will generally be accorded deference. That discretion must be exercised judicially, however, and in the interests of justice. The crucial question to be resolved is whether the accused will be prejudiced in his or her defence. The ambit of a trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused's defence. In the third stage of the trial, where the defence has already begun to answer the Crown's case, the discretion is extremely narrow, and is far less likely to be exercised in favour of the Crown. Reopening at this stage should only be permitted in those very exceptional cases that are closely analogous to the two examples given in *P. (M.B.)*: where the conduct of the defence directly or indirectly contributed to the Crown's failure to lead the particular evidence before the close of its case, and where the Crown made an omission or mistake on a non-controversial issue that was purely formal or technical, and had nothing to do with the substance of the case. Beyond these examples, it will be extremely difficult for the Crown to succeed in an application to reopen the case once the accused has begun to answer the Crown's case.

preuve de la défense, un autre témoin, G, a offert de témoigner. Quoique G eût déjà fait plusieurs déclarations à la police, elle n'avait pas été citée dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans ses déclarations antérieures, elle avait simplement indiqué qu'elle était dans le sous-sol de la maison pendant les périodes pertinentes et qu'elle avait entendu de la musique forte et des conversations. Elle a modifié cette version des faits lorsqu'elle a finalement offert de témoigner juste avant que les avocats ne présentent leur plaidoyer final au jury. Le juge du procès a fait droit à la demande de réouverture de la preuve présentée par le ministère public, et a autorisé la défense à rappeler à la barre d'autres témoins à charge pour les contre-interroger, ainsi qu'à rouvrir sa preuve. L'accusée a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

#### (1) *La réouverture de la preuve du ministère public*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve n'importe quand avant le prononcé d'un verdict est une décision discrétionnaire, et, partant, un tribunal d'appel fera généralement preuve de retenue à son égard. Ce pouvoir doit être exercé judiciairement, toutefois, et dans l'intérêt de la justice. La question fondamentale à laquelle il faut répondre est de savoir si l'accusé sera lésé dans sa défense. L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve diminue à mesure que le procès avance parce qu'il y a plus de chances pour que la défense soit lésée. À la troisième étape du procès, c'est-à-dire lorsque la défense a déjà commencé à répondre à la preuve du ministère public, ce pouvoir est extrêmement limité et est beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public. Une réouverture à ce stade ne devrait être autorisée que dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui ressemblent beaucoup aux deux exemples donnés dans l'arrêt *P. (M.B.)*: lorsque la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter les éléments de preuve en question avant la clôture de sa preuve, et lorsque l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé de pure forme et n'avait rien à voir avec le fond de l'affaire. En dehors de ces deux exemples, le ministère public aura beaucoup de difficulté à obtenir la réouverture de sa preuve après que l'accusé a commencé à y répondre.

One of the primary concerns that arises from permitting the Crown to reopen during the third phase of the trial is that the right of accused persons not to be conscripted against themselves will be compromised. The Crown must not be allowed to change the case it has presented once the accused has begun to answer the Crown's case. Furthermore, the Crown should not be permitted to gain the unfair advantage which will inevitably arise from "splitting its case". The fact that the Crown is not at fault in failing to adduce the evidence as part of its case makes no difference to the right of the accused to know the case that must be met before responding. At the third stage of the trial, the opportunity to recall Crown witnesses and to reopen the case for the defence can never completely cure the resulting harm to the defence.

Here, it is apparent that the splitting of the Crown's case prejudiced the accused in a number of respects. G's testimony corroborated R's evidence on a number of issues, thereby filling an important gap in the Crown's case. In particular, it was the only other evidence that tended to suggest that the accused might have been present in the house while the victim was still alive. Furthermore, the mere fact that the accused felt the need to take the stand again to answer some of these points was inherently prejudicial, since it gave the Crown a second chance to attack her credibility in cross-examination. In any event, since G's evidence did not fall into the narrow or comparable exceptions identified in *P. (M.B.)*, prejudice to her defence should be presumed. If any onus rested on her to demonstrate prejudice, she discharged that onus when her counsel argued at trial that he would have conducted the defence differently if G's evidence had been received as part of the Crown's case. In these circumstances, it was not in the interests of justice to allow the Crown's case to be reopened to call G. The only appropriate course of action would have been for the Crown to move for a stay of the proceedings and seek a new trial.

*Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting):* The decision to receive evidence presented late in the trial through no fault of the Crown is within the trial judge's discretion. An appeal court should not interfere with that discretion unless it appears that an injustice has resulted. Since the issue is essentially a factual inquiry into the impact of the late evidence in a particular case, it is impossible to develop rules based on the

L'une des principales craintes que suscite le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès est l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même. Le ministère public ne doit pas être autorisé à modifier la preuve qu'il a produite après que l'accusé a commencé à y répondre. En outre, le ministère public ne devrait pas être autorisé à bénéficier de l'avantage injuste qui résultera forcément du fait que «sa preuve soit scindée». Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de produire les éléments de preuve dans le cadre de sa preuve ne change rien au droit de l'accusé de connaître la preuve avant d'avoir à y répondre. À la troisième étape du procès, la possibilité de citer à nouveau des témoins à charge et de rouvrir la preuve de la défense ne peut jamais réparer complètement le préjudice causé à la défense.

En l'espèce, il est évident que le fait d'avoir scindé la preuve du ministère public a lésé l'accusée sous beaucoup de rapports. Le témoignage de G a corroboré celui de R sur plusieurs points, comblant ainsi une lacune importante dans la preuve du ministère public. Il s'agissait notamment du seul autre témoignage qui tendait à laisser croire que l'accusée aurait pu se trouver dans la maison pendant que la victime était encore en vie. Par ailleurs, le simple fait que l'accusée a estimé nécessaire de témoigner à nouveau pour répondre à quelques-uns de ces points était préjudiciable en soi, puisque cela donnait de nouveau au ministère public la possibilité d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire. De toute façon, comme le témoignage de G n'entraînait pas dans les exceptions limitées ou comparables mentionnées dans l'arrêt *P. (M.B.)*, il y a lieu de présumer qu'un préjudice a été causé à la défense de l'accusée. S'il lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice, elle s'est acquittée de ce fardeau lorsque son avocat a soutenu au procès qu'il aurait conduit la défense autrement si G avait témoigné dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de permettre la réouverture de la preuve du ministère public pour faire entendre le témoignage de G. La seule solution appropriée aurait été que le ministère public demande l'arrêt des procédures et la tenue d'un nouveau procès.

*Les juge L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes):* La décision de recevoir une preuve qui a été présentée vers la fin du procès sans qu'il y ait eu faute de la part du ministère public relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice. Puisqu'il est fondamentalement question de procéder à une

stage at which the late evidence is tendered. While it may be suggested that the later the new evidence appears, the more difficult it may be to gain its admission, this is a predictive statement, not a rule of law. The accused is obliged to prove prejudice to his or her right to make full answer and defence. The inquiry before the trial judge is founded in the facts and circumstances of the particular case and there is no presumption or automatic inference of prejudice. "Prejudice", for the purposes of this inquiry, is used in the legal, procedural sense. The question is not whether the evidence may tend to convict the accused, but whether it is likely to convict him unjustly.

In this case the trial judge made no error in exercising his discretion in favour of receiving the late evidence. The Court of Appeal was correct in concluding that admission of the late evidence did not deprive the accused of a fair trial and did not violate her right to make full answer and defence. While G's evidence was significant, it did not change the Crown's case, nor did it change the defence case. Any appearance of increased importance that may flow from late evidence can be eliminated by a specific instruction from the trial judge. Moreover, the accused had sufficient time to prepare for the cross-examination of G. The fact that she might have cross-examined the other witnesses differently does not necessarily mean that she suffered prejudice. The accused was free to recall the other Crown witnesses to question them about matters arising out of the late evidence, and was also free to call new witnesses, which she did.

## (2) Character Evidence

*Per* Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ.: Evidence of bad character of the accused can be adduced where the evidence is relevant to an issue in the case, where the accused puts his or her character in issue, and where the evidence is adduced incidentally to proper cross-examination of the accused on his or her credibility. Here, the evidence was admissible as relevant to significant issues in the case. Once evidence of bad character is adduced because it is relevant to an issue in the case, it can properly be used in assessing the general credibility of the accused. Testimony as to bad character will not be the only evidence that is relevant to credibility, but will simply be one factor among many that will lead

enquête factuelle sur l'effet de la production d'une preuve tardive dans une affaire particulière, il est impossible d'élaborer des règles fondées sur l'étape à laquelle la preuve est soumise. Quoiqu'on puisse dire que plus l'élément de preuve nouveau apparaît tardivement, plus il peut se révéler difficile de le faire admettre, il s'agit d'une affirmation qui tient de la prédiction, et non d'une règle de droit. L'accusée est obligée de prouver qu'elle est lésée dans son droit à une défense pleine et entière. L'examen qui se déroule devant le juge du procès est fondé sur les faits et les circonstances de l'espèce, et il n'existe aucune présomption ni aucune déduction automatique de préjudice. Pour les fins de cet examen, le terme «préjudice» est employé au sens procédural et juridique. La question n'est pas de savoir si la preuve peut tendre à faire reconnaître l'accusé coupable, mais de savoir si elle est susceptible de donner lieu à une déclaration de culpabilité injustifiée.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour admettre le témoignage tardif. La Cour d'appel a conclu à bon droit que l'admission de ce témoignage tardif ne privait pas l'accusée d'un procès équitable et ne portait pas atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Le témoignage de G était important, mais il n'a modifié ni la preuve du ministère public ni celle de la défense. Une directive précise du juge du procès peut éliminer toute apparence de renforcement qui peut résulter d'un élément de preuve tardif. De plus, l'accusée a eu suffisamment de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de G. Le fait qu'elle aurait peut-être contre-interrogé les autres témoins différemment ne veut pas forcément dire qu'elle a subi un préjudice. L'accusée était libre de rappeler à la barre les autres témoins à charge pour leur poser des questions sur des points découlant du témoignage tardif, et était également libre de citer de nouveaux témoins, ce qu'elle a fait.

## (2) La preuve de moralité

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory et Iacobucci: Une preuve de mauvaise moralité de l'accusé peut être produite lorsque la preuve se rapporte à une question en litige, lorsque l'accusé met sa moralité en cause et lorsque la preuve est produite incidemment dans le cours du contre-interrogatoire régulier de l'accusé sur sa crédibilité. La preuve de mauvaise moralité dans le présent pourvoi était admissible parce qu'elle se rapportait à d'importantes questions en litige en l'espèce. Lorsqu'une preuve de mauvaise moralité a été produite parce qu'elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut légitimement être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Un témoignage portant

the trier of fact to form an impression as to the truthfulness of the accused. Provided an appropriate direction is given, it does not materially increase the risk that the accused will be convicted on the basis of her disposition, rather than for committing the acts that are the subject of the charge. Here, the evidence of the accused's sexual relationship with M was relevant to an important issue in the case, namely the ability of the accused to exercise such exceptional control over the boys that she could persuade them to assault and kill another boy. It was therefore properly admissible, subject to a determination that its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge was also correct in finding that the evidence of the presence of stolen property in the house prior to the killing was properly admissible.

*Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting):* The reasons of Cory J. on the issue of character evidence were agreed with. There is no reason to intervene in the trial judge's discretionary finding on the admissibility of this evidence.

*Per Sopinka and Major JJ.:* It is well established that an accused who has not put his or her character in issue cannot be cross-examined with respect to discreditable misconduct which is not charged in the indictment unless the evidence is otherwise relevant to an issue. The rationale for this exclusionary rule is not that the evidence is logically irrelevant but that its probative value is exceeded by its prejudicial effect. The policy is that an accused should be tried on the basis of evidence presented relating to the transaction charged and not on the basis of disposition to commit the crime. This policy applies equally whether the evidence is introduced through Crown witnesses or by cross-examination of the accused, and applies notwithstanding that the purpose of the cross-examination is limited to attacking the credibility of the accused. The policy also applies to prevent the use of such evidence for the purpose of impugning credibility, since it is highly questionable that as a general rule a logical relationship exists between misconduct and veracity. Section 12 of the *Canada Evidence Act*, which permits a witness, including an accused, to be cross-examined on previous convictions, is a legislated exception to the policy. In view of the strong policy against the use of character evidence to impugn credibility, the policy should not be discarded when evidence of bad character is admitted not because it is

sur la mauvaise moralité ne sera pas le seul élément de preuve qui se rapporte à la crédibilité, mais sera simplement un facteur parmi d'autres qui amènera le juge des faits à se faire une idée sur la sincérité de l'accusé. Pourvu qu'une directive appropriée soit donnée, ce témoignage n'accroît pas sensiblement le risque que l'accusé soit déclaré coupable en raison de sa propension, plutôt que parce qu'il a commis les actes qui lui sont reprochés. En l'espèce, la preuve des relations sexuelles que l'accusée a eues avec M était pertinente quant à une importante question en litige dans l'affaire, c'est-à-dire la capacité de l'accusée d'avoir une emprise si exceptionnelle sur les garçons qu'elle pouvait les convaincre d'agresser et de tuer un autre garçon. Cette preuve était donc admissible à bon droit, à condition qu'il soit établi que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge du procès a également eu raison de conclure que la preuve de la présence de biens volés dans la maison avant la perpétration du crime était légitimement admissible.

*Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes):* L'opinion du juge Cory sur la question de la preuve de moralité est acceptée. Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion tirée par le juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l'admissibilité de cette preuve.

*Les juges Sopinka et Major:* Il est bien établi qu'un accusé qui n'a pas mis sa moralité en cause ne peut être contre-interrogé sur une conduite déshonorante qui n'est pas mentionnée dans l'acte d'accusation que si ce témoignage se rapporte par ailleurs à une question en litige. La raison de cette règle d'exclusion ne réside pas dans le fait que cette preuve est logiquement dénuée de pertinence, mais dans le fait que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Le principe veut qu'un accusé soit jugé en fonction de la preuve qui a été produite relativement à l'infraction reprochée et non en fonction de sa propension à commettre le crime. Ce principe s'applique pareillement, que la preuve soit présentée par des témoins à charge ou au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, et s'applique même si le contre-interrogatoire a pour seul but d'attaquer la crédibilité de l'accusé. Ce principe s'applique également pour empêcher l'utilisation d'une telle preuve dans le but d'attaquer la crédibilité, étant donné qu'il est très douteux qu'il existe, en règle générale, un lien logique entre une in conduite et la véracité. L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui permet de contre-interroger un témoin, y compris un accusé, sur des déclarations de culpabilité antérieures, est une exception législative à ce principe. Compte tenu du solide principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité pour attaquer la

shown to be relevant to credibility, but because the evidence is relevant to another issue. If the evidence is admitted to show the falsity of testimony given by the accused, it will be relevant to credibility generally. However, if the only effect of the evidence is that it tends to show a disposition to be untruthful, then there is no reason that the policy against the use of such evidence should not apply. If the evidence is admitted for another purpose, its use should be restricted to that purpose. Here the previous sexual activity with M was admitted as tending to show why he would be subject to the accused's direction and control, and the evidence as to stolen property as tending to explain the motive for reprisals against the victim. The use of these pieces of evidence should have been limited to the purposes for which they were admitted.

### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; **referred to:** *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449, aff'd [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, leave to appeal granted on other grounds (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (S.C.C.); *Lucas v. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Sopinka J.

**Not followed:** *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; **referred to:** *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152; *R. v. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103;

crédibilité, ce principe ne devrait pas être écarté lorsqu'une preuve de mauvaise moralité est admise, non pas parce qu'il est démontré que cette preuve se rapporte à la crédibilité, mais parce qu'elle se rapporte à une autre question. Si cette preuve est admise pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé, elle sera pertinente quant à la crédibilité en général. Toutefois, si le seul effet de la preuve est qu'elle tend à démontrer une propension au mensonge, alors il n'y a pas de raison pour que le principe interdisant l'utilisation de cette preuve ne s'applique pas. Si la preuve est admise dans un autre but, son utilisation devrait être limitée au but pour lequel elle a été admise. En l'espèce, l'inconduite sexuelle antérieure de l'accusée avec M a été admise en preuve parce qu'elle tendait à démontrer pourquoi l'accusée aurait eu une emprise sur celui-ci, et la preuve relative aux biens volés tendait à expliquer la raison des représailles exercées contre la victime. L'utilisation de ces éléments de preuve aurait dû être limitée aux fins pour lesquelles ils ont été admis.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449, conf. par [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (C.S.C.); *Lucas c. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt non suivi:** *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; **arrêts mentionnés:** *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Maxwell c. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152; *R. c. Davison* (1974), 6

*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *Boykowych v. Boykowych*, [1955] S.C.R. 151.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 12.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 579, 686(1)(b)(iii).

#### Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, and (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575, dismissing the accused's appeal from her conviction of second degree murder. Appeal allowed and new trial directed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Ian Donaldson and Tanya Chamberlain*, for the appellant.

*Alexander Budlovsky*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

1

CORY J. — The primary issue in this appeal is whether the trial judge erred in allowing the Crown to reopen its case to call a new witness after the case for the defence was closed. It is also necessary to determine whether the trial judge impro-

O.R. (2d) 103; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *Boykowych c. Boykowych*, [1955] R.C.S. 151.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. c. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(d), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 579, 686(1)(b)(iii).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 12.

#### Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, et (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575, qui a rejeté l'appel de l'accusée contre la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre elle. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Ian Donaldson et Tanya Chamberlain*, pour l'appelante.

*Alexander Budlovsky*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en autorisant le ministère public à rouvrir sa preuve pour faire entendre un nouveau témoin après la

erly admitted evidence which indicated the bad character of the accused.

### I. Background

On July 6, 1990, J.B., a young adolescent boy, was brutally beaten and then murdered. His naked body was found the following day wrapped in a pink blanket and a sheet. Several cords and two plastic bags were around his neck, and he was gagged with a bandanna. It was not disputed that the killing was carried out by three other adolescent boys, J.G., B.R. and H.M. The Crown's theory was that J.G.'s mother, the accused S.G.G., had incited the boys to assault and kill J.B. because she thought he had "ratted" to the police about either her drug activities, or the illegal activities of the boys. S.G.G. was convicted of second degree murder after a trial by judge and jury.

Her appeal from the conviction was unanimously dismissed by the Court of Appeal: (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, and (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575. In order to resolve this appeal, it is necessary to review the manner in which the evidence was adduced at trial.

#### A. *The Crown's Case Before Reopening*

The Crown called a number of witnesses. Yet the only testimony directly implicating S.G.G. in the killing was that of B.R., one of the boys who had carried out the assault and killing. There were serious problems with the testimony of B.R. He had an extensive criminal record; he admitted to a number of other criminal activities for which he had not been caught; he lied to the police on a number of occasions throughout the investigation of J.B.'s death; he was not completely truthful about his character on the witness stand; and he had been given immunity from prosecution for

clôture de la preuve de la défense. Il est également nécessaire de déterminer si le juge du procès a eu tort d'admettre une preuve démontrant la mauvaise moralité de l'accusée.

### I. Contexte

Le 6 juillet 1990, un jeune adolescent, J.B., a été sauvagement battu, puis tué. Son corps nu a été trouvé le lendemain enveloppé dans une couverture rose et un drap. Plusieurs cordons électriques et deux sacs de plastique étaient enroulés autour de son cou, et il avait été bâillonné avec un foulard. Nul n'a contesté que les auteurs du crime sont trois autres adolescents, J.G., B.R. et H.M. Selon la thèse du ministère public, c'est la mère de J.G., l'accusée S.G.G., qui a incité les garçons à agresser et tuer J.B. parce qu'elle croyait qu'il avait [TRADUCTION] «mouchardé» à la police au sujet de ses activités liées à la drogue ou des activités illégales des garçons. S.G.G. a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré au terme d'un procès devant juge et jury.

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusée: (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, et (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575. Pour trancher le présent pourvoi, il est nécessaire d'examiner la façon dont la preuve a été produite au procès.

#### A. *La preuve du ministère public avant la réouverture*

Le ministère public a fait entendre plusieurs témoins. Néanmoins, le seul témoignage qui impliquait directement S.G.G. dans le meurtre est celui de B.R., l'un des garçons qui ont agressé et tué la victime. Le témoignage de B.R. a posé de graves problèmes. Celui-ci avait un lourd casier judiciaire; il a reconnu avoir pris part à plusieurs autres activités criminelles pour lesquelles il n'a jamais été pris; il a menti aux policiers à plusieurs reprises pendant l'enquête sur la mort de J.B.; il n'a pas dit toute la vérité sur sa moralité lorsqu'il a témoigné; et il a obtenu l'immunité contre une poursuite rela-

J.B.'s murder, as well as another property offence, in exchange for his testimony at S.G.G.'s trial.

5 B.R. testified that S.G.G. had been at home at least from 9:30 p.m. on the evening of the murder, although he conceded that he did not have a watch. He stated that she instructed the boys to beat J.B. because he had "ratted on a deal". She told them to remove J.B.'s clothes, and to punch him. She participated in some of the punching, and helped the boys remove his clothes. At one point, the victim was prevented by S.G.G. from leaving the house. Although the beating was largely carried out by the boys, S.G.G. hit him with a baseball bat, and poked him in the chest with a pipe.

6 After the boys punched and kicked J.B. for some time, S.G.G. said "We've gone too far, we have to kill him". B.R. stated that J.G. and H.M. placed a plastic bag over J.B.'s head. J.G. and B.R. suffocated him by pulling electric cords around his neck. The cords were taken from a clock radio and a lamp. S.G.G. then gave the boys a pink blanket and a sheet in which to wrap the body, and they carried it out to the backyard. In the meantime, S.G.G. instructed H.M. to steal a van, sent her son J.G. to his girlfriend's house, and told B.R. and H.M. to dump the body. B.R. and H.M. did so. S.G.G. paid the boys twenty dollars each, saying that a gang wanted J.B. dead. On the following day, S.G.G. told B.R. to buy paint, and one room in which the deceased had been assaulted was painted. B.R. helped S.G.G. clean blood from various locations in the house. B.R. stated that he threw away his shoes in a sewer, and that H.M. left his shoes at a beach.

7 The other witnesses called by the Crown tended to confirm details such as the theft of the van, the presence of the body in the van, the fact that the killing had taken place in S.G.G.'s house and that the pink blanket and sheet in which the body was wrapped came from S.G.G.'s house. One witness

tivement au meurtre de J.B., ainsi qu'à une autre infraction contre les biens, en échange de son témoignage au procès de S.G.G.

B.R. a déclaré dans son témoignage que S.G.G. était à la maison depuis au moins 21 h 30 le soir du meurtre, encore qu'il ait reconnu qu'il n'avait pas de montre. Il a déclaré qu'elle avait chargé les garçons de corriger J.B. parce qu'il avait [TRADUCTION] «mouchardé au sujet d'une transaction». Elle leur a dit de dévêtir J.B. et de lui donner une raclée. Elle lui a donné quelques coups de poing elle-même et a aidé les garçons à le dévêtir. À un moment donné, elle a empêché la victime de sortir de la maison. Bien que la plupart des coups aient été donnés par les garçons, S.G.G. a frappé la victime avec un bâton de baseball et lui a donné des coups dans la poitrine avec le bout d'un tuyau.

Les garçons ont donné des coups de poing et des coups de pied à J.B. pendant un certain temps, puis S.G.G. leur a dit [TRADUCTION] «Nous sommes allés trop loin, il faut le tuer». B.R. a déclaré que J.G. et H.M. lui ont mis un sac de plastique sur la tête. J.G. et B.R. l'ont étranglé avec les cordons électriques d'un radio-réveil et d'une lampe. S.G.G. a ensuite donné aux garçons une couverture rose et un drap dans lesquels ils ont enveloppé le corps, qu'ils ont transporté dans l'arrière-cour. Dans l'intervalle, S.G.G. a chargé H.M. de voler une fourgonnette, a envoyé son fils, J.G., chez sa petite amie et a dit à B.R. et H.M. de se débarrasser du corps, ce qu'ils ont fait. S.G.G. a donné vingt dollars à chacun des garçons et leur a dit qu'une bande voulait la mort de J.B. Le lendemain, S.G.G. a demandé à B.R. d'aller acheter de la peinture, et une pièce dans laquelle la victime a été agressée a été repeinte. B.R. a aidé S.G.G. à nettoyer les taches de sang à différents endroits dans la maison. B.R. a déclaré qu'il a jeté ses chaussures dans un égout et que H.M. a laissé les siennes sur une plage.

Les autres témoins cités par le ministère public ont généralement confirmé des détails comme le vol de la fourgonnette, la présence du corps dans la fourgonnette, le fait que le crime a été commis dans la maison de S.G.G. et que la couverture rose et le drap dans lesquels le corps de la victime a été

gave evidence that S.G.G. had been out with him on that evening and had not come home until after 11:00 pm. However, forensic evidence indicated that the death could have taken place after this time. Wounds on the body were consistent with being struck by a baseball bat, and a round object such as pipe. The police observed that one room in S.G.G.'s house appeared to have been freshly painted. Witnesses also testified that the deceased had a very short haircut, with the words "Who am I?" shaved on the back of his head. There was no dispute that S.G.G. had given J.B. this haircut some days before he died. Crown witnesses, including B.R., testified to the presence of stolen property in the house prior to the killing.

Only T.H., another adolescent boy who had frequented S.G.G.'s house, confirmed B.R.'s testimony that S.G.G. thought J.B. was a "rat". He also testified that S.G.G. had tried to persuade him to beat up J.B. He could not confirm that she had been present during the killing. T.H., like B.R., was hardly an ideal witness. He too had been involved in criminal activities; he had lied to the police during their investigations and at the preliminary inquiry; and he admitted that he did not like the accused.

#### *B. Case for the Defence Before Reopening*

The only defence witness was the accused. She testified as to her involvement in prostitution, her alcoholism, and her drug use. She confirmed that she knew that J.G., B.R., H.M. and other boys were actively involved in illegal activities such as car theft and burglary. She also knew that the boys rarely attended school, and indicated that although she did not like their activities, she was not able to prevent them. She stated that only one baseball bat was in the house, and that it was kept in the basement suite occupied by Tracy Gabriel and her children.

S.G.G. stated that on the night of the murder she returned home after 11:00 pm. to find that J.B. had

enveloppé provenaient de la maison de S.G.G. Un témoin a déclaré que S.G.G. était sortie avec lui ce soir-là et n'était pas rentrée chez elle avant 23 h. Toutefois, l'expertise médico-légale a révélé que la mort aurait pu survenir après cette heure. Des blessures sur le corps ressemblaient à celles infligées au moyen d'un bâton de baseball et d'un objet rond comme un tuyau. Les policiers ont remarqué qu'une pièce de la maison de S.G.G. paraissait avoir été peinte récemment. Des témoins ont également affirmé que la victime portait les cheveux très courts et avait une inscription faite au rasoir disant «Who am I?» ([TRADUCTION] «Qui suis-je?») à l'arrière de la tête. Personne n'a contesté que S.G.G. a fait cette coupe de cheveux à J.B. quelques jours avant qu'il ne meure. Des témoins à charge, dont B.R., ont attesté qu'il y avait des biens volés dans la maison avant le meurtre.

Seul T.H., un autre adolescent qui fréquentait la maison de S.G.G., a confirmé le témoignage de B.R. selon lequel S.G.G. croyait que J.B. était un [TRADUCTION] «mouchard». Il a également déclaré que S.G.G. avait tenté de le convaincre de tabasser J.B. Il n'a pu confirmer que S.G.G. était présente au moment du meurtre. Comme B.R., T.H. n'était pas précisément un témoin idéal. Il avait également été mêlé à des activités criminelles; il a menti aux policiers pendant leurs enquêtes et à l'enquête préliminaire, et il a admis qu'il n'aimait pas l'accusée.

#### *B. La preuve de la défense avant la réouverture*

Le seul témoin de la défense était l'accusée. Celle-ci a attesté qu'elle se prostituait, était alcoolique et consommait des drogues. Elle a confirmé qu'elle savait que J.G., B.R., H.M. et d'autres garçons étaient activement mêlés à des activités illégales comme le vol de voitures et le cambriolage. Elle savait en outre que les garçons allaient rarement à l'école et a indiqué que, même si elle n'aimait pas ce qu'ils faisaient, elle était incapable de les empêcher d'agir. Elle a déclaré qu'il n'y avait qu'un seul bâton de baseball dans la maison et qu'il était rangé dans l'appartement au sous-sol qu'occupaient Tracy Gabriel et ses enfants.

S.G.G. a déclaré que le soir du meurtre elle est rentrée chez elle après 23 h et a constaté que J.B.

8

9

10

been beaten and was already dead. She yelled at the boys, asking them what had happened. She stated that the deceased was fully dressed, and that there was nothing around his neck or on his head. She admitted that she instructed H.M. to steal a vehicle to take the deceased "home or wherever", and that she told her son to go to his girlfriend's house. B.R. helped her clean up the next day, but S.G.G. denied that she sent him to buy paint, or that a room in her house was repainted after the killing. She also denied that she thought J.B. was a "rat". She testified that she had participated in disposing of the body and covering up the killing in order to protect her son. She explained that this was also the reason why she lied to the police on a number of occasions during the investigation.

11 In cross-examination, S.G.G. admitted that she allowed the boys to use drugs and alcohol, and to have sexual relationships in the house. She also admitted that there had been stolen property in the house for a time prior to the murder. She stated that on the morning after the killing, she told Tracy Gabriel what the boys had done. She also admitted that she had been carrying on a sexual relationship with H.M., one of the boys who participated in the killing.

### C. Evidence Adduced After Re-Opening

12 At the end of the defence's case, Tracy Gabriel came forward. Although she had previously given several statements to the police, she had not been called as part of the Crown's case. Her prior statements simply indicated that she had been in the basement of the house at the relevant times, and that she had heard loud music and people talking. This story had changed when she eventually came forward just before the addresses to the jury were to commence. The trial judge granted the Crown's application to reopen its case, and gave the defence permission to recall other Crown witnesses for cross-examination, as well as to reopen the case for the defence.

avait été roué de coups et était déjà mort. Elle a appelé les garçons et leur a demandé ce qui s'était passé. Elle a déclaré que la victime était habillée et qu'il n'y avait aucun objet autour de son cou ou sur sa tête. Elle a reconnu avoir chargé H.M. de voler un véhicule pour ramener le mort [TRADUCTION] «chez lui ou n'importe où», et avoir dit à son fils d'aller chez sa petite amie. B.R. l'a aidée à nettoyer les lieux le lendemain, mais S.G.G. a nié qu'elle l'a envoyé acheter de la peinture ou qu'une pièce de sa maison a été repeinte après le crime. Elle a également nié avoir pensé que J.B. était un «mouchard». Elle a déclaré qu'elle avait participé à l'enlèvement du corps et à la dissimulation du meurtre afin de protéger son fils. Elle a expliqué que c'est aussi la raison pour laquelle elle a menti à la police à plusieurs reprises pendant l'enquête.

En contre-interrogatoire, S.G.G. a reconnu qu'elle autorisait les garçons à consommer des drogues et de l'alcool et à avoir des relations sexuelles dans la maison. Elle a également reconnu que des biens volés s'étaient trouvés chez elle pendant un certain temps avant le meurtre. Elle a déclaré que le matin après le meurtre elle a raconté à Tracy Gabriel ce que les garçons avaient fait. Elle a également reconnu qu'elle avait eu des relations sexuelles avec H.M., l'un des garçons qui ont participé au meurtre.

### C. La preuve produite après la réouverture

À la clôture de la preuve de la défense, Tracy Gabriel a offert de témoigner. Quoiqu'elle eût déjà fait plusieurs déclarations à la police, elle n'avait pas été citée dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans ses déclarations antérieures, elle avait simplement indiqué qu'elle était dans le sous-sol de la maison pendant les périodes pertinentes, et qu'elle avait entendu de la musique forte et des conversations. Elle a modifié cette version des faits lorsqu'elle a finalement offert de témoigner juste avant que les avocats ne présentent leur plaidoyer final au jury. Le juge du procès a fait droit à la demande de réouverture de la preuve présentée par le ministère public, et a autorisé la défense à rappeler à la barre d'autres témoins à charge pour les contre-interroger, ainsi qu'à rouvrir sa preuve.

In her evidence in chief, Gabriel admitted to engaging in prostitution, drinking and drug use. She testified that on one occasion before the killing when the police were in S.G.G.'s house on another matter, an officer used words that suggested that an informant had directed them to the house. Gabriel stated that S.G.G. was present when these words were used, and that she said that she was going to do something about it. S.G.G. apparently believed that the informant was either T.H. or the deceased. On the night of the murder, Gabriel was woken by loud music and voices around 11:00 p.m. or midnight. She heard S.G.G. shouting "Who are you?" several times.

Gabriel said that she only heard about J.B.'s death from the police two days afterwards. She also indicated that several baseball bats and pipes that had been around the house before the killing had disappeared after the killing. She confirmed B.R.'s evidence that he had been sent out to buy paint on the morning after the killing, and that the room had been painted on that day. She stated that S.G.G. ran the household like "an army camp". She also described a trip to Trout Lake the day after the killing, when S.G.G. told B.R., H.M. and J.G. to "lose their shoes" and S.G.G. "lost" her shoes as well. She stated that the cord from her daughter's clock radio was missing on the day after the killing. Gabriel admitted to lying to the police in her original statements. In cross-examination, defence counsel unsuccessfully tried to get her to admit that she had heard about J.B.'s death from S.G.G. on the morning afterward. Gabriel confirmed that she had heard B.R.'s evidence at the preliminary inquiry, and that she had had a falling out with S.G.G. However, she testified that she came forward in order to "see justice done".

The defence recalled one of the police officers who testified that the word "informant" had not been used in the accused's presence. The case for the defence was also reopened. S.G.G.'s sister, S.W., testified that S.G.G. had told Gabriel about

Dans son interrogatoire principal, Gabriel a reconnu qu'elle se prostituait, qu'elle buvait et qu'elle consommait des drogues. Elle a déclaré qu'à une occasion avant le meurtre, un des policiers qui s'étaient rendus chez S.G.G. pour autre chose a employé des mots qui laissaient supposer qu'un indicateur les avait orientés vers la maison. Selon Gabriel, S.G.G. était présente lorsque ces mots ont été prononcés et a dit qu'elle allait faire quelque chose à ce sujet. S.G.G. croyait apparemment que l'indicateur était T.H. ou la victime. Le soir du meurtre, Gabriel a été réveillée par de la musique forte et des voix vers 23 h ou minuit. Elle a entendu S.G.G. crier [TRADUCTION] «Qui es-tu?» à plusieurs reprises.

Gabriel a déclaré que ce sont les policiers qui lui ont appris la mort de J.B. deux jours plus tard. Elle a en outre déclaré que plusieurs bâtons de baseball et tuyaux qui traînaient dans la maison avant que la victime ne soit tuée avaient disparu après le meurtre. Elle a confirmé ce que B.R. a dit à propos du fait qu'on l'avait envoyé acheter de la peinture le matin après le meurtre, et que la pièce avait été repeinte ce jour-là. Elle a déclaré que S.G.G. tenait la maison comme un [TRADUCTION] «camp militaire». Elle a également décrit une excursion au lac Trout le lendemain du meurtre au cours de laquelle S.G.G. a dit à B.R., H.M. et J.G. d'[TRADUCTION] «égérer leurs chaussures» et que S.G.G. a aussi «égéré» les siennes. Elle a déclaré avoir remarqué la disparition du cordon électrique du radio-réveil de sa fille le lendemain du meurtre. Gabriel a reconnu avoir menti aux policiers dans ses déclarations initiales. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a vainement tenté de l'amener à reconnaître que S.G.G. lui avait appris la mort de J.B. le lendemain matin. Gabriel a confirmé qu'elle a entendu le témoignage de B.R. à l'enquête préliminaire et qu'elle s'est querellée avec S.G.G. Toutefois, elle a déclaré qu'elle avait offert de témoigner afin que [TRADUCTION] «justice soit faite».

La défense a de nouveau cité comme témoin un des policiers qui ont affirmé que le mot «indicateur» n'a pas été prononcé en présence de l'accusée. La preuve de la défense a également été ouverte. La sœur de S.G.G., S.W., a témoigné que

13

14

15

the killing on the following day and had said that she (S.G.G.) had not participated. S.G.G. also took the stand and was once again examined and cross-examined. She denied much of Gabriel's evidence, particularly that the word "informant" had been used by the police in her presence. She admitted that Gabriel's account of the trip during which the shoes were "lost" was true. Ultimately the jury returned a verdict of guilty.

## II. Judgments Below

### A. *British Columbia Supreme Court*

#### (1) Reopening the Crown's Case

<sup>16</sup> Despite the objections of defence counsel, Low J. ruled that the Crown would be permitted to reopen its case so that the witness Gabriel could be heard. In Low J.'s view, "any evidence independent of [B.R.] tending to put the accused in her home at the time of the killing, regardless of the time the killing actually occurred, becomes very important to the Crown's case". He acknowledged that Gabriel's evidence was potentially damaging to the accused, and that it confirmed B.R.'s evidence in some respects.

<sup>17</sup> Although Gabriel's name had arisen a number of times during the Crown's case, she had not been called because as far as the Crown knew, her evidence was unlikely to be helpful. Low J. concluded that "she was not cooperative with the police and would not be cooperative with the Crown until she was ready to be". Relying upon the decision in *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.), aff'd on different grounds [1987] 1 S.C.R. 652, Low J. held that the Crown could reopen its case because he was satisfied that the Crown had not "deliberately overlooked" the possibility that

S.G.G. a informé Gabriel du meurtre le lendemain et a dit qu'elle (S.G.G.) n'y avait pas pris part. S.G.G. a également été convoquée à la barre et a de nouveau été interrogée et contre-interrogée. Elle a nié la majeure partie du témoignage de Gabriel, particulièrement le fait que la police avait prononcé le mot «indicateur» devant elle. Elle a reconnu que la relation par Gabriel de l'excursion au cours de laquelle les chaussures ont été «égarées» était exacte. En fin de compte, le jury a prononcé un verdict de culpabilité.

## II. Les juridictions inférieures

### A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

#### (1) Réouverture de la preuve du ministère public

En dépit des objections de l'avocat de la défense, le juge Low a statué que le ministère public serait autorisé à rouvrir sa preuve afin que le témoignage de Gabriel puisse être entendu. De l'avis du juge Low, [TRADUCTION] «tout témoignage indépendant de celui de [B.R.] tendant à confirmer la présence de l'accusée chez elle au moment du meurtre, quelle que soit l'heure à laquelle le meurtre a véritablement été commis, devient très important pour la preuve du ministère public». Il a reconnu que le témoignage de Gabriel était potentiellement préjudiciable à l'accusée et qu'il confirmait le témoignage de B.R. à certains égards.

Bien que le nom de Gabriel ait été mentionné à plusieurs reprises pendant la preuve du ministère public, celle-ci n'avait pas été citée comme témoin parce que, dans la mesure où le ministère public le savait, son témoignage ne risquait guère d'être utile. Il a conclu qu'[TRADUCTION] «elle n'avait pas collaboré avec la police et ne collaborerait pas avec le ministère public tant qu'elle ne serait pas prête à le faire». Le juge Low s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Sask.), conf. pour d'autres motifs par [1987] 1 R.C.S. 652, pour statuer que le ministère public pouvait rouvrir sa preuve parce qu'il était convaincu qu'il n'avait pas [TRADUCTION] «délibérément négligé» la possibilité que Gabriel puisse

Gabriel could assist in proving that S.G.G. had been at home at the critical time.

In Low J.'s opinion, leave to reopen the Crown's case is not limited to cases of inadvertence. Gabriel was perceived to know nothing useful, or to be too friendly with the accused to be truthful when she gave her statements to the police. Although it was unfortunate that she did not come forward earlier, her new evidence was "of too much potential importance to be kept from the trier of fact". He ruled that the defence would be allowed to call evidence in reply to Gabriel's testimony.

Low J. then charged the jury, informing them that the evidence of Gabriel was being heard because she had come forward at the last minute, but that he had not made any pre-determination of her credibility or reliability. This task was the responsibility of the jury, as it was for every other witness.

After Gabriel testified, Low J. rejected a further application by defence counsel either for an adjournment to allow the defence to prepare for her cross-examination, or for a mistrial. Low J. indicated that he had not changed his mind about the reopening of the case and a mistrial was not appropriate. In his view, Gabriel's credibility could be adequately challenged by the defence in cross-examination. No adjournment was granted, although some time was given for preparation for cross-examination without adjourning the trial.

(2) Admissibility of Evidence Tending to Show that the Accused Was of Bad Character

Low J. allowed the Crown to lead evidence of the presence of stolen property in the house on the basis that it was relevant to the Crown's theory of S.G.G.'s motives for murdering the victim. Low J. also ruled that the Crown should be permitted to cross-examine the accused on her sexual relation-

aider à prouver que S.G.G. était chez elle au moment fatidique.

Selon le juge Low, l'autorisation de rouvrir la preuve du ministère public ne se limite pas aux cas d'omission par inadvertance. Les policiers qui ont recueilli les déclarations de Gabriel ont considéré qu'elle ne savait rien d'utile ou qu'elle était trop amie avec l'accusée pour dire la vérité. Il était regrettable qu'elle ne se soit pas présentée plus tôt, mais son nouveau témoignage avait [TRADUCTION] «potentiellement bien trop d'importance pour ne pas être entendu par le juge de faits». Il a statué qu'il permettrait à la défense de citer des témoins en réponse au témoignage de Gabriel.

Le juge Low s'est ensuite adressé au jury pour l'informer que le témoignage de Gabriel était entendu parce que celle-ci avait offert de témoigner à la dernière minute, mais qu'il n'avait pas statué au préalable sur sa crédibilité ou sa fiabilité. C'est au jury qu'il appartenait de le faire, comme il lui appartenait de le faire pour chaque autre témoin.

Après l'audition du témoignage de Gabriel, le juge Low a rejeté une autre demande présentée par l'avocat de la défense afin d'obtenir soit un ajournement pour permettre à la défense de se préparer en vue du contre-interrogatoire du témoin, soit l'annulation du procès. Il a mentionné qu'il n'avait pas changé d'idée au sujet de la réouverture de la preuve et qu'il n'était pas opportun de déclarer le procès nul. Selon lui, la défense aurait amplement l'occasion d'attaquer la crédibilité de Gabriel au moment du contre-interrogatoire. Aucun ajournement n'a été accordé, mais le juge Low a donné un peu de temps à la défense pour se préparer en vue du contre-interrogatoire sans ajourner le procès.

(2) Admissibilité de la preuve tendant à démontrer la mauvaise moralité de l'accusée

Le juge Low a permis au ministère public de démontrer par la preuve la présence de biens volés dans la maison pour le motif que cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public quant aux raisons qu'avait S.G.G. de tuer la victime. Il a également statué que le ministère public devrait être

18

19

20

21

ship with H.M. In Low J.'s view, this evidence was relevant to the Crown's theory that S.G.G. had control over H.M. and could direct his actions. He concluded that the prejudicial effect of admitting the evidence of this relationship did not outweigh its probative value, particularly in light of the fact that S.G.G. had already admitted to a great deal of reprehensible conduct. Low J. indicated that he would give the jury "special instruction" on how to use the evidence.

autorisé à contre-interroger l'accusée sur ses relations sexuelles avec H.M. À son avis, cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public selon laquelle S.G.G. avait de l'emprise sur H.M. et pouvait orienter sa conduite. Il a conclu que l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve de cette liaison ne l'emportait pas sur sa valeur probante, particulièrement compte tenu du fait que S.G.G. avait déjà reconnu avoir eu une conduite répréhensible à plusieurs égards. Le juge Low a indiqué qu'il donnerait au jury une [TRADUCTION] «directive spéciale» sur la façon d'utiliser cette preuve.

22

In his charge, the trial judge cautioned the jury against convicting the accused on the basis that they did not like her, or were critical of her general conduct. In particular, the jury was not to convict her because of her immoral or evil life, or because she was an inadequate mother. The guilt or innocence of the accused was to be decided on the basis of the evidence as a whole, and in particular, whether the evidence demonstrated that she participated in the killing. He cautioned that jury that:

Dans son exposé, le juge du procès a averti le jury qu'il ne pouvait pas reconnaître l'accusée coupable parce qu'il ne l'aimait pas ou n'approuvait pas sa conduite en général. En particulier, le jury ne devait pas déclarer l'accusée coupable à cause de ses mauvaises mœurs ou parce qu'elle n'était pas une bonne mère. La culpabilité ou l'innocence de l'accusée devait être décidée en fonction de l'ensemble de la preuve, et particulièrement en fonction de la question de savoir si la preuve démontrait que l'accusée a participé au meurtre. Il a donné l'avertissement suivant au jury:

It is the whole of the evidence you must consider, and evidence of the Accused's character can be taken into account by you only in assessing her credibility as a witness, just as you will take into account the character of the Crown witnesses like [B.R.], [T.H.] and Tracy Gabriel in assessing their credibility.

[TRADUCTION] C'est l'ensemble de la preuve que vous devez prendre en considération, et vous pouvez tenir compte de la preuve de la moralité de l'accusée uniquement pour évaluer sa crédibilité comme témoin, tout comme vous tiendrez compte de la moralité de témoins à charge comme [B.R.], [T.H.] et Tracy Gabriel pour évaluer leur crédibilité.

He further cautioned the jury against convicting the accused on the basis of B.R. and T.H.'s evidence alone. He instructed them that they should be particularly careful in accepting B.R.'s evidence since he was one of the killers, had an unsavoury reputation, and had been granted immunity. Although corroboration of his testimony was not a legal requirement, the jury should look for evidence to support his testimony. They should only rely on his evidence standing alone if it was safe to do so, in that it convinced the jury beyond a reasonable doubt that his version of events was true.

Il a en outre mis le jury en garde contre le fait de se fonder uniquement sur les témoignages de B.R. et de T.H. pour déclarer l'accusée coupable. Il a recommandé au jury de se montrer particulièrement prudent quant à l'admission du témoignage de B.R. puisqu'il était l'un des meurtriers, avait une réputation louche et bénéficiait d'une immunité. Quoique la corroboration du témoignage de B.R. ne fût pas une exigence juridique, le jury devait chercher des preuves appuyant son témoignage. Le jury ne devait se fonder sur ce témoignage pris isolément que s'il pouvait le faire sans risque, c'est-à-dire s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la véracité de la version des faits de B.R.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 90 C.C.C. (3d) 97

Southin J.A. saw no basis to question the Crown's motivation in seeking to reopen its case so late in the proceedings. Although the Crown knew of Gabriel, it did not know she had material evidence to give. The decision by the Crown not to pressure a witness who is not forthcoming does not attract judicial scrutiny in the absence of bad faith by the Crown. She found that it is not necessary for the Crown to expose itself to suggestions that it has bullied a witness.

Southin J.A. held that Gabriel's reluctance to come forward initially should not be visited on the Crown. In her view neither the Crown's case nor the defence changed as a result of Gabriel's evidence, since her evidence only confirmed B.R.'s evidence in minor respects. This was not a case in which the accused could have chosen to remain silent and escaped conviction.

She expressed the opinion that the late appearance of Gabriel constituted the type of narrow and exceptional circumstance identified in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, in which the Crown should be permitted to reopen its case even after the defence has begun to call evidence. She thought that no prejudice to the accused had resulted. If Gabriel had been called as part of the Crown's case, it would have been even more necessary for S.G.G. to testify. In any event, the right of the accused not to be conscripted against herself does not include the right not to be contradicted when giving a prior consistent statement. The statement that the accused had told Gabriel about the boys' participation in the killing was gratuitous, self-serving and of minimal probative value. Furthermore, S.G.G.'s right to make full answer and defence was not compromised because she had adequate time to consider the gist of Gabriel's evidence and to prepare for cross-examination. There was no evidence that additional time to investigate Gabriel would have generated any "ammunition"

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 90 C.C.C. (3d) 97

Le juge Southin n'a pas jugé bon de mettre en question les motifs pour lesquels le ministère public a cherché à rouvrir sa preuve à un stade si avancé de l'instance. Le ministère public avait entendu parler de Gabriel, mais il ignorait que celle-ci avait un témoignage substantiel à faire. La décision du ministère public de ne pas faire pression sur un témoin peu disposé à témoigner ne justifie pas un examen judiciaire en l'absence de mauvaise foi de la part du ministère public. Le juge Southin a conclu qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public s'expose à des allégations d'intimidation d'un témoin.

Elle a statué que le ministère public ne devrait pas être puni pour l'hésitation initiale de Gabriel à témoigner. Selon le juge, le témoignage de Gabriel n'a modifié ni la preuve du ministère public ni celle de la défense puisqu'il corroborait simplement celui de B.R. sur des points secondaires. Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle l'accusé aurait pu décider de se taire et éviter une déclaration de culpabilité.

Le juge Southin a exprimé l'opinion que la comparution tardive de Gabriel constituait le genre de circonstance limitée et exceptionnelle, mentionnée dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, dans laquelle le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve même après que la défense a commencé à citer des témoins. Elle a estimé que l'accusée n'avait pas été lésée. Si Gabriel avait été citée dans le cadre de la preuve du ministère public, il aurait été encore plus nécessaire de faire témoigner S.G.G. De toute façon, le droit de l'accusée de ne pas être mobilisée contre elle-même ne comprend pas le droit de ne pas être contredite quand elle fait une déclaration antérieure compatible. La déclaration selon laquelle l'accusée a parlé à Gabriel de la participation des garçons au meurtre était gratuite et intéressée, et avait peu de valeur probante. En outre, il n'y a pas eu d'atteinte au droit de S.G.G. de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle a eu suffisamment de temps pour examiner l'essentiel du témoignage de Gabriel et pour se préparer au contre-interroga-

23

24

25

with which defence counsel could attack Gabriel's credibility. Nothing prevented defence counsel from calling other witnesses to reply to Gabriel — for example, the other two boys, J.G. and H.M. In the absence of any legal prejudice to the accused, the trial judge has the discretion to allow the Crown's case to be reopened, and Low J. did not exercise this discretion improperly.

toire. Rien ne permettait de conclure que l'octroi d'un délai supplémentaire pour enquêter sur Gabriel aurait permis de produire des [TRADUCTION] «munitions» dont l'avocat de la défense aurait pu se servir pour attaquer sa crédibilité. Rien n'empêchait l'avocat de la défense de citer d'autres témoins pour répondre à Gabriel, par exemple les deux autres garçons, J.G. et H.M. En l'absence d'un préjudice causé à l'accusé en droit, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public, et le juge Low n'a pas exercé ce pouvoir abusivement.

26 Southin J.A. agreed with Low J. that S.G.G. could be cross-examined on her sexual relationship with H.M. The information was relevant to the Crown's theory of the case. The trial judge also made no error in charging the jury regarding the use that could be made of character evidence. The charge was scrupulously fair, and stressed the unreliability of B.R. No error was made in charging the jury regarding reasonable doubt. The appeal was therefore dismissed.

Le juge Southin a convenu avec le juge Low que S.G.G. pouvait être contre-interrogée sur ses relations sexuelles avec H.M. Ce renseignement était pertinent quant à la thèse du ministère public. Par ailleurs, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant une directive au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve de moralité. Cette directive était rigoureusement équitable et faisait ressortir le fait que B.R. était un témoin peu fiable. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant des directives au jury sur le doute raisonnable. L'appel a donc été rejeté.

### III. Issues

### III. Les questions en litige

27 These are the issues presented in this appeal:

Les questions en litige dans le présent pourvoi sont les suivantes:

- (1) Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that it was permissible for the Crown to reopen its case following the close of the defence's case?
- (2) Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling permitting the Crown to cross-examine the appellant as to the presence of stolen goods in her home and her sexual relationship with H.M., although this evidence also indicated that she was of bad character?

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès selon laquelle il était loisible au ministère public de rouvrir sa preuve après la clôture de la preuve de la défense?
- (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de permettre au ministère public de contre-interroger l'appelante relativement à la présence dans sa maison de biens volés et à ses relations sexuelles avec H.M., malgré le fait que cette preuve indiquait aussi sa mauvaise moralité?

IV. AnalysisA. *Should the Crown's Case Have Been Reopened?*(1) Principles Governing an Application to Reopen the Crown's Case

The trial judge made his decision permitting the Crown to reopen its case prior to the release of this Court's decision in *R. v. P. (M.B.)*, *supra*. In that decision, the reasons of Lamer C.J. set out the principles that must be applied when the Crown seeks to reopen its case, and these principles must govern in this appeal.

The decision of a trial judge to allow the Crown to reopen its case at any time prior to a verdict is discretionary, and as a result will generally be accorded deference. However, that discretion must be exercised judicially, and in the interests of justice: *P. (M.B.)*, *supra*, at pp. 568-69. Long before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* it was recognized that the reopening of the Crown's case posed a number of dangers to the fairness of the trial. See for example *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.) *per* Sloan J.A. Now that the accused's rights to a fair trial are constitutionally protected, courts must be even more vigilant in protecting those interests. The crucial question to be resolved upon an application to reopen the Crown's case is "whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence": *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 568.

The ambit of a trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused's defence as the trial progresses. During the first stage, when the Crown has not yet closed its case, the trial judge's discretion is quite broad. At the second stage, which arises when the Crown has just closed its

IV. AnalyseA. *La preuve du ministère public devait-elle être rouverte?*(1) Les principes régissant une demande de réouverture de la preuve du ministère public

Le juge du procès a rendu la décision par laquelle il a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve avant le dépôt de l'arrêt de notre Cour *R. c. P. (M.B.)*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a énoncé les principes qu'il y a lieu d'appliquer lorsque le ministère public cherche à rouvrir sa preuve, et ce sont ces principes qui doivent régir le présent pourvoi.

La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve n'importe quand avant le prononcé d'un verdict est une décision discrétionnaire, et, partant, un tribunal d'appel fera généralement preuve de retenue à son égard. Toutefois, ce pouvoir doit être exercé judiciairement et dans l'intérêt de la justice: *P. (M.B.)*, précité, aux pp. 568 et 569. Il a été reconnu bien avant l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* que la réouverture de la preuve du ministère public portait atteinte à l'équité du procès à beaucoup d'égards. Voir, par exemple, *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.), le juge Sloan. Maintenant que les droits de l'accusé à un procès juste sont garantis dans une constitution, les tribunaux doivent se montrer encore plus vigilants dans la protection de ces droits. La question fondamentale à laquelle il faut répondre sur présentation d'une demande de réouverture de la preuve du ministère public est celle «de savoir si l'accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s'il serait lésé dans sa défense»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 568.

L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve diminue à mesure que le procès avance parce qu'il y a plus de chances pour que la défense soit lésée au fur et à mesure du déroulement du procès. Pendant la première étape, avant que le ministère public n'ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'un pouvoir discrétionnaire très

28

29

30

case but the defence has not yet elected whether or not to call evidence, the discretion is more limited. Finally, in the third phase — where the defence has already begun to answer the Crown's case — the discretion is extremely narrow, and is "far less likely to be exercised in favour of the Crown". The emphasis during the third phase must be on the protection of the accused's interests. See *P. (M.B.)*, at p. 570. In the instant appeal, the Crown sought to reopen the case in the third phase of the trial after the case for the defence had closed.

31 Traditionally, the Crown was only allowed to reopen its case during the third stage of the trial if the evidence arose *ex improviso* — in other words, "if some matter arose which no human ingenuity could have foreseen": *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 570. The parties argued extensively as to whether the evidence in this case arose *ex improviso*. Both parties seemed to assume that such a finding should lead almost automatically to permission to reopen the Crown's case. I cannot accept that contention.

32 The traditional *ex improviso* rule only allowed the Crown's case to be reopened where the evidence could not have been foreseen by the Crown and it was in the interests of justice to permit it. The pre-*Charter* decision in *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, may have very slightly expanded the circumstances in which the Crown's case can be reopened to include non-controversial evidence which the Crown inadvertently omitted to adduce as part of its case. Lamer C.J. in *P. (M.B.)* discussed the *ex improviso* exception within the context of the principle which must govern at this very late stage in the trial, namely that the interests of the accused must be protected. In other words, prejudice to the accused must be avoided. In all cases, the discretion of a trial judge

vaste. À la deuxième étape, c'est-à-dire juste après que le ministère public a terminé sa preuve mais avant que la défense ne choisisse de produire ou non une preuve, ce pouvoir est plus limité. Enfin, à la troisième étape, c'est-à-dire lorsque la défense a déjà commencé à répondre à la preuve du ministère public, ce pouvoir est extrêmement limité et est «beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public». Pendant la troisième étape, la priorité doit être accordée à la protection des droits de l'accusé. Voir *P. (M.B.)*, à la p. 570. Dans le présent pourvoi, le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve pendant la troisième étape du procès après la clôture de la preuve de la défense.

Dans le passé, le ministère public n'était autorisé à rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès que si la preuve survenait à l'improviste, autrement dit «s'il survenait un fait qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 570. Les parties ont longuement débattu la question de savoir si la preuve en l'espèce est survenu à l'improviste. Les deux parties ont semblé tenir pour acquis qu'une telle conclusion devrait déboucher presque automatiquement sur une autorisation de rouvrir la preuve du ministère public. Je ne souscris pas à cette prétention.

La règle traditionnelle du fait qui survient à l'improviste n'autorisait le ministère public à rouvrir sa preuve que s'il n'avait pu prévoir l'élément de preuve et s'il était dans l'intérêt de la justice de le faire. Il se peut que l'arrêt *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, rendu antérieurement à la *Charte*, ait élargi très légèrement les circonstances dans lesquelles le ministère public peut rouvrir sa preuve pour inclure des éléments de preuve non controversés qu'il a omis par inadvertance de produire dans le cadre de sa preuve. Le juge en chef Lamer dans l'arrêt *P. (M.B.)* a examiné l'exception du fait qui survient à l'improviste dans le contexte du principe qui doit s'appliquer à ce stade très avancé du procès, savoir la protection des droits de l'accusé. En d'autres termes, il faut éviter de causer un préjudice à l'accusé. Dans tous les cas, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès de rouvrir la preuve du ministère public lorsque l'ac-

to reopen the Crown's case once the accused has begun to answer it is "severely curtailed" (p. 571).

The narrowness of the trial judge's discretion to reopen the Crown's case at this late stage of the trial cannot be overemphasized. In *P. (M.B.)*, at p. 573, Lamer C.J. gave two examples of the very limited circumstances in which the Crown's case might be reopened during the third phase. In the first example, the conduct of the defence directly or indirectly contributed to the Crown's failure to lead the particular evidence before the close of its case. In the second example, the Crown made an omission or mistake on a non-controversial issue that was purely formal or technical, and had nothing to do with the substance of the case.

These examples are entirely compatible with the need to ensure that reopening is only allowed where no prejudice to the accused can be demonstrated. In the first example, it does not lie in the mouth of the accused to claim prejudice where the failure of the Crown to adduce the particular evidence arises from the actions of the defence. In the second instance, there is no prejudice to the accused because the issue which is addressed on reopening is non-controversial and has no effect on the substance of the case. Thus, for example, the Crown may be permitted to reopen its case to prove that the person referred to at a preliminary inquiry is the same person as the accused (*Robillard, supra*) because this is purely formalistic.

Although Lamer C.J. in *P. (M.B.)* was careful to leave open the possibility that reopening during the third phase of the trial may be permissible in other circumstances, he was equally clear that these circumstances would be rare. In my view, reopening at this stage should only be permitted in those very exceptional cases that are closely analogous to the examples given in *P. (M.B.)*—in other words, where the absence of prejudice to the accused is manifestly obvious. Beyond these examples, it will be extremely difficult for the

accusé a commencé à y répondre est «sensiblement restreint» (p. 571).

On ne saurait trop insister sur le caractère restreint du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public à ce stade avancé du procès. Dans *P. (M.B.)*, à la p. 573, le juge en chef Lamer a illustré au moyen de deux exemples les circonstances très limitées dans lesquelles le ministère public peut rouvrir sa preuve pendant la troisième étape. Dans le premier exemple, la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter les éléments de preuve en question avant la clôture de sa preuve. Dans le second exemple, l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé de pure forme et n'avait rien à voir avec le fond de l'affaire.

Ces exemples sont tout à fait compatibles avec la nécessité de veiller à ce que la réouverture de la preuve soit autorisée uniquement s'il est possible de démontrer que l'accusé ne sera pas lésé. Dans le premier cas, il n'est pas loisible à l'accusé d'affirmer qu'il a été lésé si l'omission du ministère public de présenter des éléments de preuve donnés est attribuable à la conduite de la défense. Dans le second cas, l'accusé n'est pas lésé parce que la question qui est débattue dans le cadre de la réouverture de la preuve n'est pas controversée et n'a aucun effet sur le fond de l'affaire. Ainsi, par exemple, le ministère public peut être autorisé à rouvrir sa preuve pour prouver que la personne dont il a été fait mention à l'enquête préliminaire est bien l'accusé (*Robillard, précité*) parce qu'il s'agit d'une question de pure forme.

Bien que le juge en chef Lamer dans l'arrêt *P. (M.B.)*, ait pris soin de ne pas exclure la possibilité qu'une réouverture pendant la troisième étape du procès puisse être autorisée dans d'autres circonstances, il a également bien précisé que ces circonstances seraient rares. Selon moi, une réouverture de la preuve à ce stade ne devrait être autorisée que dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui ressemblent beaucoup aux exemples donnés dans *P. (M.B.)*, c'est-à-dire lorsqu'il est parfaitement clair que l'accusé ne sera pas lésé. En dehors

33

34

35

Crown to succeed in an application to reopen the case once the accused has begun to answer the Crown's case.

36 The examples in *P. (M.B.)* addressed evidence that did not arise *ex improviso*. The same principles must equally apply where the evidence has arisen *ex improviso*. The fact that the Crown is not at fault in failing to discover evidence will often be irrelevant to the presence or absence of prejudice to the accused, and this must be the paramount consideration once the third stage of the trial is reached. At that time the focus should be upon the effect that the reopening will have on the accused's defence, and not on whether the Crown intended to create that effect. To the extent that the Saskatchewan Court of Appeal's decision in *Thatcher*, *supra*, comes to a different conclusion, it cannot be accepted.

37 This restrictive approach is justified because reopening at such a late stage in the proceedings seriously distorts the adversarial process and affects the fairness of the trial. Apart from the narrow exceptions discussed in *P. (M.B.)*, *supra*, and other exceptional circumstances, prejudice to the accused is almost inevitable. Yet, this is not an unreasonable or unacceptable result, in light of the very grave risks of incurable prejudice to the accused which would arise from a broader rule. The necessity for the strict rule is understandable when some of the risks of prejudice to the accused from reopening the trial during the third phase are considered.

38 One of the primary concerns that arises from permitting the Crown to reopen during the third phase of the trial is that the right of accused persons not to be conscripted against themselves will be compromised. This right is protected under s. 7 of the *Charter*. As Lamer C.J. stated in *P. (M.B.)*, at p. 580, "there is a real risk that the Crown will, based on what it has heard from the defence once it is compelled to 'meet the case' against it, seek to

de ces deux exemples, le ministère public aura beaucoup de difficulté à obtenir la réouverture de sa preuve après que l'accusé a commencé à y répondre.

Les exemples donnés dans *P. (M.B.)* avaient trait à des éléments de preuve qui ne sont pas survenus à l'improviste. Les mêmes principes doivent également s'appliquer si les éléments de preuve sont survenus à l'improviste. Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de découvrir des éléments de preuve n'aura souvent rien à voir avec l'existence ou non d'un préjudice causé à l'accusé, et il doit s'agir du critère prépondérant au cours de la troisième étape du procès. À ce moment-là, c'est à l'effet que la réouverture aura sur la défense de l'accusé, et non à la question de savoir si le ministère public avait l'intention de créer cet effet, qu'il faudrait s'attarder. Dans la mesure où la décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Thatcher*, précitée, renferme une conclusion différente, elle ne saurait être acceptée.

Cette approche restrictive est justifiée parce que la réouverture de la preuve à un stade si avancé du procès fausse sérieusement le processus accusatoire et nuit à l'équité du procès. Hormis les exceptions limitées examinées dans *P. (M.B.)*, précité, et d'autres circonstances exceptionnelles, il est presque inévitable que l'accusé soit lésé. Pourtant, il ne s'agit pas d'un résultat déraisonnable ou inacceptable compte tenu des risques très graves de préjudice irréparable que l'application d'une règle plus souple ferait courir à l'accusé. On peut comprendre la nécessité de la règle stricte quand on considère quelques-uns des risques de préjudice auxquels la réouverture de la preuve au cours de la troisième étape du procès expose l'accusé.

L'une des principales craintes que suscite le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès est l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même. Ce droit est garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Comme le juge en chef Lamer l'a déclaré dans *P. (M.B.)*, à la p. 580, «il existe un risque réel que, compte tenu de ce qu'il a entendu de la part de la défense lorsqu'elle a été contrainte

fill in gaps or correct mistakes in the case which it had on closing and to which the defence has started to respond". The Crown must not be allowed to change the case it has presented once the accused has begun to answer the Crown's case: *P. (M.B.)*, at p. 580. The accused's right against self-incrimination is not the only significant concern, however. There may also be an impact on the right to make full answer and defence, and the general right to a fair trial.

In particular, the Crown should not be permitted to gain the unfair advantage which will inevitably arise from "splitting its case". The rule against "splitting the case" developed primarily in the context of applications to adduce rebuttal evidence by the Crown. Applications to adduce rebuttal evidence and to reopen the case are "close cousins", but not "identical twins": *R. v. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201, at p. 208. Rebuttal evidence is properly admissible where the matter addressed arises out of the defence's case, where it is not collateral, and generally, where the Crown could not have foreseen its development: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, at p. 474; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, at pp. 497-98. With rebuttal evidence, it is the rules of the adversarial process that justify the admission of the reply evidence. In an application to reopen, the Crown is required to establish that the evidence is material to an issue that is properly part of the Crown's case. In order to succeed, the Crown must also explain why the evidence was not led earlier and must justify this departure from the normal rules of the adversarial process. See *F.S.M.*, *supra*, at p. 208.

It is clear that some of the same reasons for limiting the admissibility of rebuttal evidence should apply to an application to reopen, most particularly where the reopening is sought during the third

de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre». Le ministère public ne doit pas être autorisé à modifier la preuve qu'il a produite après que l'accusé a commencé à y répondre: *P. (M.B.)*, à la p. 580. Le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer n'est toutefois pas la seule préoccupation majeure. La réouverture de la preuve peut aussi avoir un effet sur le droit de présenter une défense pleine et entière, et sur le droit général à un procès équitable.

En particulier, le ministère public ne devrait pas être autorisé à bénéficier de l'avantage injuste qui résultera forcément du fait que «sa preuve soit scindée». La règle interdisant que «la preuve soit scindée» a été élaborée principalement dans le contexte des demandes de production d'une contre-preuve par le ministère public. Les demandes de production d'une contre-preuve et de réouverture de la preuve sont des [TRADUCTION] «cousins germains», mais ne sont pas de «vrais jumeaux»: *R. c. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201, à la p. 208. Une contre-preuve est à juste titre admissible lorsque la question examinée découle de la preuve de la défense, lorsqu'elle n'est pas incidente et, de façon générale, lorsque le ministère public ne pouvait pas prévoir de quelle façon elle évoluerait: *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, à la p. 474; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, aux pp. 497 et 498. Dans le cas d'une contre-preuve, ce sont les règles du processus accusatoire qui en justifient l'admission. Dans le cas d'une demande de réouverture, le ministère public doit prouver que les éléments de preuve se rapportent à une question qui fait légitimement partie de sa preuve. Pour obtenir l'autorisation demandée, il doit également expliquer pourquoi les éléments de preuve n'ont pas été produits plus tôt et justifier la dérogation aux règles normales du processus accusatoire. Voir *F.S.M.*, précité, à la p. 208.

Il est certain que quelques-unes des raisons pour lesquelles il faut limiter l'admissibilité d'une contre-preuve devraient également s'appliquer à une demande de réouverture de la preuve, surtout si la

phase of the trial. The same types of prejudice are likely to arise. With rebuttal evidence, the prejudice is alleviated in situations where the evidence is properly admissible because the matter addressed arises from the case presented by the defence and could not have been foreseen by the Crown. In these circumstances, it cannot be said that the accused has put forward a defence without knowing the full case to be met, since the matter dealt with in rebuttal must have arisen out of the evidence put forward by the defence. However, reopening is different from rebuttal. As a result, it may not be possible on an application to reopen to overcome the prejudice to the accused by demonstrating that the Crown could not have foreseen the appearance of the new evidence.

demande est faite au cours de la troisième étape du procès. Les mêmes types de préjudice sont susceptibles d'être causés. Dans le cas d'une contre-preuve, le préjudice est atténué dans les situations où la preuve est admissible à juste titre parce que la question soulevée découle d'éléments de preuve présentés par la défense et que le ministère public ne pouvait pas la prévoir. Dans ces circonstances, on ne saurait affirmer que l'accusé a présenté une défense sans connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre puisqu'il faut que la question traitée dans la contre-preuve dérive de la preuve présentée par la défense. La réouverture de la preuve diffère cependant de la présentation d'une contre-preuve. Par conséquent, il peut ne pas être possible dans le cadre d'une demande de réouverture de surmonter l'obstacle que constitue le préjudice causé à l'accusé en démontrant que le ministère public ne pouvait pas prévoir l'émergence de nouveaux éléments de preuve.

41 Where the evidence arises in a manner that is completely unforeseen, it could be argued that the right against self-incrimination is not implicated to the same degree as it is where the Crown applies to reopen after discovering a gap in its case as a result of hearing the defence's evidence. Yet it is almost impossible for the Crown to avoid changing or filling gaps in its case, particularly where the evidence to be adduced is significant to the Crown's case. In other words, the Crown's case is "split", in spite of its best intentions.

Si la preuve surgit d'une manière totalement imprévisible, on pourrait soutenir que le droit de ne pas s'incriminer n'est pas touché dans la même mesure que si le ministère public demande la réouverture de sa preuve après y avoir décelé une lacune à la suite de l'audition de la preuve de la défense. Néanmoins, il est presque impossible que le ministère public ne modifie pas sa preuve ou ne comble pas des lacunes dans celle-ci, particulièrement si les éléments de preuve devant être produits sont importants pour sa thèse. En d'autres termes, la preuve du ministère public est «scindée» malgré les meilleures intentions de ce dernier.

42 In these circumstances, the most significant concern is that the accused will have responded to the Crown's case without knowing the full case to be met. This is one of the primary rationales for the general rule that the Crown is not permitted to improperly "split its case" by adducing rebuttal evidence: *Krause, supra*, at pp. 473-74; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at p. 774. The entitlement of the accused to know the case to meet before responding is a sound principle of trial fairness

Dans ces circonstances, l'aspect le plus préoccupant est le fait que l'accusé aura répondu à la preuve du ministère public sans connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre. C'est l'une des principales justifications de la règle générale interdisant au ministère public de «scinder sa preuve» abusivement en présentant une contre-preuve: *Krause*, précité, aux pp. 473 et 474; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, à la p. 774. Le droit de l'accusé de connaître la preuve du ministère public avant d'y répondre est un solide principe d'équité du procès qui revêt autant sinon plus d'importance dans le cadre de l'examen d'une

that is of equal if not greater importance in considering an application to reopen the Crown's case.

Prejudice to the accused where this principle is undermined is obvious where the new evidence to be adduced on reopening changes the Crown's theory of the case. More subtle but equally harmful effects will occur where the Crown simply fills a gap in its case, for example by adducing evidence on matters not previously dealt with in its case. Putting forward testimony that corroborates the evidence of a material Crown witness also fills a gap in the Crown's case, particularly where the witness might be considered unreliable in the absence of corroboration: *F.S.M., supra*, at p. 211. The respondent argues that any time the Crown seeks to reopen the case, it will seek to fill gaps in the case, and that prejudice must therefore only occur where the gap is filled as a result of something in the accused's evidence. In my view, however, it is because of the high risk that the new evidence will either alter or fill gaps in the Crown's case that the rule against reopening after the accused has begun to answer the case must be strict.

The fact that the Crown is not at fault in failing to adduce the evidence as part of its case makes no difference to the right of the accused to know the case that must be met before responding. At the third stage of the trial, the opportunity to recall Crown witnesses and to reopen the case for the defence can never completely cure the resulting harm to the defence. For example it does not address the very real risk that the new evidence may require the defence to reopen its case and adduce evidence that appears inconsistent with that which was given earlier. Nor does it address the possibility that the defence may be unable, at this

demande de réouverture de la preuve du ministère public.

Le préjudice causé à l'accusé en cas d'atteinte à ce principe est manifeste lorsque les nouveaux éléments de preuve qui doivent être produits dans le cadre de la réouverture de la preuve modifient la thèse du ministère public. Des effets plus subtils mais tout aussi préjudiciables s'ensuivront si le ministère public comble simplement une lacune dans sa preuve, par exemple en produisant des éléments de preuve sur des questions qu'il n'a pas abordées antérieurement dans sa preuve. La présentation d'un témoignage qui corrobore celui d'un témoin à charge important comble également une lacune dans la preuve du ministère public, particulièrement si ce témoin pourrait être considéré comme peu fiable en l'absence de corroboration: *F.S.M., précité*, à la p. 211. L'intimée prétend que chaque fois que le ministère public demande la réouverture de sa preuve, il cherchera à combler des lacunes dans celle-ci, et qu'il ne peut donc y avoir de préjudice que si c'est quelque chose dans la preuve de l'accusé qui permet de combler la lacune. À mon avis, toutefois, c'est parce qu'il y a de fortes chances pour que les nouveaux éléments de preuve modifient la preuve du ministère public ou combler des lacunes dans celle-ci que la règle interdisant la réouverture de la preuve lorsque l'accusé a commencé à y répondre doit être stricte.

Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de produire les éléments de preuve dans le cadre de sa preuve ne change rien au droit de l'accusé de connaître la preuve avant d'avoir à y répondre. À la troisième étape du procès, la possibilité de citer à nouveau des témoins à charge et de rouvrir la preuve de la défense ne peut jamais réparer complètement le préjudice causé à la défense. Par exemple, la défense s'expose au risque très réel que les nouveaux éléments de preuve l'obligeront peut-être à rouvrir sa preuve et à produire des éléments de preuve qui paraissent incompatibles avec ceux qu'elle a présentés antérieurement. Il y a aussi la question de l'incapacité éventuelle de la défense, à ce stade avancé, de répondre efficacement aux éléments de preuve

late stage, to effectively address the Crown's new or enhanced case.

nouveaux ou enrichis soumis par le ministère public.

45 The accused is almost inevitably prejudiced where, as so often will be the case, the reopening will require the accused to take the stand for a second time and undergo a second round of cross-examination: *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, at p. 481; *Biddle, supra*, at p. 776. This will invariably result in a double attack on the accused's credibility. The accused must then explain apparent inconsistencies between prior testimony and the new evidence, or must address issues not previously mentioned. The reopening may also unfairly make the accused appear to be evasive or untruthful. For example, it might have been unnecessary and perhaps irrelevant for the accused to address some issues on the basis of the Crown's original case. This may have been the sound position of defence counsel. If the reopening requires these new issues to be addressed, the defence is bound to appear to be evasive. Moreover, Crown evidence on the reopening, coming at the end of the trial, may assume an unwarranted importance in the minds of the jury. See *Biddle, supra*, at p. 776. All of these consequences are clearly prejudicial to the accused's defence.

L'accusé est presque inévitablement lésé lorsque, comme ce sera si souvent le cas, la réouverture de la preuve l'oblige à venir témoigner une seconde fois et à subir un deuxième contre-interrogatoire: *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, à la p. 481; *Biddle*, précité, à la p. 776. La crédibilité de l'accusé subira inmanquablement une double attaque. L'accusé doit alors expliquer les incohérences apparentes entre son témoignage antérieur et les nouveaux éléments de preuve, ou traiter de questions qui n'ont pas été soulevées antérieurement. La réouverture de la preuve peut également donner la fausse l'impression que l'accusé semble évasif ou menteur. Par exemple, il pourrait avoir été inutile et peut-être hors de propos pour l'accusé d'aborder certaines questions compte tenu de la preuve initiale du ministère public. Peut-être était-ce la position judicieuse de l'avocat de la défense. S'il est nécessaire de traiter de ces nouvelles questions par suite de la réouverture de la preuve, la défense se montrera fatalement évasive. De plus, les éléments de preuve présentés par le ministère public lors de la réouverture de la preuve, c'est-à-dire à la fin du procès, peuvent prendre une importance injustifiée dans l'esprit du jury. Voir *Biddle*, précité, à la p. 776. Toutes ces conséquences sont visiblement préjudiciables à la défense de l'accusé.

46 The decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, set forth the fundamental importance of full disclosure to the accused. To reopen the Crown's case at the third stage of the trial effectively brushes aside that concept which is so essential to a fair trial. It is on the basis of that disclosure that the defence will have prepared and presented its case — from the cross-examination of Crown witnesses to the calling of evidence for the defence. By the third stage of the trial the defence is entitled to expect that the Crown's case is complete and to govern itself accordingly. The Crown would not have proceeded with a prosecution if it believed it would fail. Similarly, it would not close its case without adducing all the evidence it considered necessary to secure a conviction. The Crown considered its case complete at that point. It

L'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, énonce l'importance fondamentale d'une communication complète de la preuve à l'accusé. La réouverture de la preuve du ministère public pendant la troisième étape du procès écarte effectivement ce concept qui est si important pour l'équité du procès. C'est à partir de cette divulgation que la défense aura préparé et présenté sa preuve, depuis le contre-interrogatoire des témoins à charge jusqu'à la production de sa preuve. À la troisième étape du procès, la défense est en droit de s'attendre à ce que la preuve du ministère public soit complète, et d'agir en conséquence. Le ministère public n'aurait pas intenté une poursuite s'il avait pensé qu'il serait débouté. Par ailleurs, il ne déclarerait pas sa preuve close sans avoir produit tous les éléments de preuve jugés nécessaires pour

follows that there is nothing unfair in holding that as a general principle the reopening of the Crown's case at the third stage is prejudicial to the defence and should not be permitted apart from the two exceptions referred in *P. (M.B.)* and other exceptional circumstances.

It would be all too easy to say there could not be any prejudice to the accused as a result of the reopening since there has been no basic change in the Crown's case. It could also be argued that the defence's case would not have changed in any event, since the defence could not have done anything differently. However, that would be to enter into the realm of speculation. It would require speculation as to the nature of the cross-examination that would have been undertaken of Crown witnesses and speculation as to the defence evidence that would have been called. If the concept of a fair trial is to be preserved, an attempt, undertaken only with the power of hindsight, to determine whether the accused would have conducted the case differently should not be a factor in the consideration of a Crown request to reopen its case. It is simply not possible to determine whether the defence would have changed if the evidence had been adduced in the proper order, and courts should avoid speculating to reach such a conclusion.

The likelihood of prejudice to the accused of reopening the Crown's case is such that it should not be permitted at the third stage of the trial save in the exceptional or analogous circumstances referred to in *P. (M.B.)*. If the trial judge refuses the application to reopen the case on this basis, the Crown has two options. It may elect to proceed with the trial without the new witness. In effect this would mean no more than that the Crown would proceed with the very case it originally intended to place before the Court. Alternatively, if the Crown believes that the witness is of such significance that he or she must be called, the Crown can enter a stay of proceedings and recom-

obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public a estimé que sa preuve était complète à ce moment-là. Il s'ensuit qu'il n'y a rien d'injuste à statuer en tant que principe général que la réouverture de la preuve du ministère public à la troisième étape du procès est préjudiciable à la défense et ne devrait pas être autorisée en dehors des deux exceptions mentionnées dans *P. (M.B.)* et d'autres circonstances exceptionnelles.

Il ne serait que trop facile de dire que la réouverture de la preuve ne peut pas léser l'accusé étant donné qu'il n'y a pas eu de changement fondamental dans la preuve du ministère public. On pourrait également soutenir que la preuve de la défense n'aurait pas subi de changement de toute façon étant donné que la défense n'aurait rien pu faire différemment. Cela reviendrait toutefois à entrer dans le domaine des suppositions. Il faudrait faire des suppositions sur la nature des contre-interrogatoires auxquels les témoins à charge auraient été soumis et sur la preuve que la défense aurait produite. Si l'on veut préserver le concept de l'équité du procès, on ne devrait pas, dans l'examen d'une demande de réouverture de la preuve du ministère public, prendre en considération une tentative, faite uniquement avec du recul, de déterminer si la conduite de la défense aurait été différente. Il est tout simplement impossible de savoir si la défense aurait été différente si la preuve avait été produite dans le bon ordre, et les tribunaux devraient éviter de faire des suppositions pour parvenir à une telle conclusion.

Il y a tellement de chances pour que l'accusé soit lésé par la réouverture de la preuve du ministère public qu'une demande en ce sens à la troisième étape du procès ne devrait pas être accordée, sauf dans les circonstances exceptionnelles ou analogues dont il est fait mention dans *P. (M.B.)*. Si le juge du procès refuse la demande de réouverture de la preuve, deux possibilités s'offrent au ministère public. Il peut choisir de poursuivre le procès sans citer le nouveau témoin. En fait, il ne ferait rien de plus que de produire la preuve qu'il avait initialement l'intention de présenter à la cour. Le ministère public peut également, s'il croit que le témoin est si important qu'il juge essentiel de le

mence the trial within the requisite time period under s. 579 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The Crown can then give proper notice to the defence of the nature of the testimony that will be elicited from the witness, thus ensuring the fairness of the new trial. Since these situations will rarely arise, this approach will not result in a flood of new trials. Yet it will alleviate the inevitable prejudice to the accused of reopening the trial at this late stage, while still permitting the evidence to be heard in the manner it should be, as part of the Crown's case. The Crown's recommencement could of course be objected to by the accused. That objection might take the form of allegations of abuse of process or of unfairness of such a degree that it violates the s. 7 *Charter* rights of the accused. The decision on the application would be for the judge presiding at the new trial.

#### (2) Application of These Principles to this Case

49

The appellant's submissions that the Crown was negligent or wilfully blind in failing to call Tracy Gabriel as part of its original case cannot be sustained. It is clear that the witness Gabriel was known to the Crown, and that her name arose in the testimony of a number of witnesses. It is equally clear that, as far as the Crown knew, she had nothing useful to offer. In fact, in his submissions to the trial judge before Gabriel came forward, defence counsel himself stated that she was not a useful witness to either the Crown's or the defence's case.

50

The trial judge appropriately concluded that Gabriel was not prepared to cooperate with the Crown or the police until she came forward at the end of the trial. Furthermore, if the Crown had called her during its case, she would almost certainly have testified to the version of events contained in her original statements to the police. It is simply not practical to require the Crown to call an

faire entendre, demander l'arrêt des procédures et la reprise du procès dans le délai prévu à l'art. 579 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le ministère public pourra ensuite donner un préavis suffisant à la défense au sujet de la nature du témoignage que le témoin rendra, ce qui garantira l'équité du nouveau procès. Comme ces situations seront rares, cette façon de procéder ne donnera pas lieu à un flot de nouveaux procès. Par contre, elle atténuera le préjudice que la réouverture du procès à ce stade avancé cause inévitablement à l'accusé, tout en permettant quand même l'audition des témoignages de la manière établie, c'est-à-dire dans le cadre de la preuve du ministère public. Il va sans dire que l'accusé pourrait s'opposer à la reprise du procès par le ministère public. Cette opposition pourrait se présenter sous forme d'allégations d'abus de procédure ou d'iniquité à un degré tel qu'il y a violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'accusé. Il reviendrait au juge qui préside le nouveau procès de prendre une décision à cet égard.

#### (2) Application de ces principes à l'espèce

Les prétentions de l'appelante voulant que le ministère public ait fait preuve de négligence ou d'ignorance volontaire en omettant de faire déposer Tracy Gabriel dans le cadre de sa preuve initiale ne sauraient être maintenues. Il est certain que le ministère public connaissait le témoin Gabriel et que plusieurs témoins ont mentionné son nom dans le cadre de leur témoignage. Il est également certain que, dans la mesure où le ministère public le savait, Gabriel n'avait rien d'utile à offrir. En fait, dans les moyens qu'il a invoqués devant le juge du procès avant qu'elle n'offre de témoigner, l'avocat de la défense lui-même a déclaré qu'elle n'était un témoin utile ni pour la preuve du ministère public ni pour celle de la défense.

Le juge du procès a conclu à bon droit que Gabriel n'était pas disposée à collaborer avec le ministère public ou la police jusqu'à ce qu'elle offre de témoigner à la fin du procès. En outre, si le ministère public l'avait appelée à témoigner dans le cadre de sa preuve, elle aurait presque certainement confirmé la version des faits contenue dans les déclarations initiales qu'elle a faites aux

unhelpful witness who might potentially become helpful in order to avoid allegations of negligence when the witness comes forward late in the proceedings. In my opinion, Gabriel's evidence can therefore genuinely be said to have arisen *ex improviso*, that is to say, it could not have been foreseen.

In my view the fact that the evidence arose in a manner that could not be foreseen is to a large extent irrelevant. The question that remains is whether the accused could demonstrate prejudice from the reopening of the Crown's case. Here, it is apparent that the splitting of the Crown's case prejudiced the appellant in most if not all of the ways referred to earlier. Although it can be assumed that reopening at this late stage will be prejudicial to the accused, this case clearly demonstrates prejudice in a number of respects.

Gabriel's evidence corroborated B.R.'s evidence on a number of issues, thereby filling an important gap in the Crown's case. In particular, it was the only other evidence that tended to suggest that the accused might have been present in the house while J.B. was still alive. This was an inference that could be drawn from the words "Who are you?" that Gabriel allegedly overheard.

Gabriel's testimony also supported other aspects of B.R.'s testimony. In particular, she supported his evidence that he was sent to get paint on the day after the killing, and that the room in the house was repainted on that day. Gabriel also supported B.R.'s claim that S.G.G. thought J.B. was a "rat". In fact, Gabriel supported this story with evidence of words spoken by police officers in front of S.G.G. in which an informant was mentioned. This evidence had not previously been adduced by the police or any other witness. She also confirmed B.R.'s evidence that several baseball bats and pipes that had previously been in the house had disappeared when the police searched the house after the killing. Gabriel supported B.R.'s story

policiers. Il n'est tout simplement pas pratique d'obliger le ministère public à citer un témoin peu obligeant qui pourrait peut-être devenir utile afin d'éviter de donner prise à des allégations de négligence lorsque ce témoin se présente à un stade avancé du procès. À mon avis, il est donc vraiment possible de considérer que le témoignage de Gabriel est survenu à l'improviste, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas être prévu.

Selon moi, le fait que ce témoignage a surgi d'une manière imprévisible est dans une large mesure dénué de pertinence. La dernière question à trancher est celle de savoir si l'accusée pouvait démontrer que la réouverture de la preuve du ministère public l'a lésée. En l'espèce, il est évident que le fait d'avoir scindé la preuve du ministère public a lésé l'accusée de toutes ou presque toutes les manières mentionnées plus haut. Bien qu'on puisse présumer que la réouverture de la preuve à ce stade avancé lésera l'accusé, la présente affaire montre clairement l'existence d'un préjudice à plusieurs égards.

Le témoignage de Gabriel a corroboré celui de B.R. sur plusieurs points, comblant ainsi une lacune importante dans la preuve du ministère public. Il s'agissait notamment du seul autre témoignage qui tendait à laisser croire que l'accusée aurait pu se trouver dans la maison pendant que J.B. était encore en vie. C'est une conclusion que permettaient de tirer les mots «Qui es-tu?» que M<sup>me</sup> Gabriel aurait entendus.

Le témoignage de Gabriel confirmait en outre d'autres aspects du témoignage de B.R. En particulier, elle a confirmé que B.R. a été envoyé acheter de la peinture le lendemain du meurtre, et qu'une pièce de la maison a été repeinte ce jour-là. Elle a également étayé l'affirmation de B.R. selon laquelle S.G.G. pensait que J.B. était un «mouchard». En fait, elle a étayé cette version des faits en rapportant des paroles prononcées par des policiers devant S.G.G. à propos d'un indicateur. Cette preuve n'avait pas été produite antérieurement par la police ou un autre témoin. Gabriel a également confirmé la déposition de B.R. selon laquelle plusieurs bâtons de baseball et tuyaux qui se trouvaient dans la maison avaient disparu lorsque les

51

52

53

that H.M. had left his shoes at a beach with the story of the trip to Trout Lake at which all the boys and S.G.G. lost their shoes. To some extent this evidence was also new, in that it described the loss of J.G.'s and S.G.G.'s shoes, which B.R. had not referred to in his testimony.

54 The fact that Gabriel's evidence supported B.R.'s evidence in these aspects was clearly significant to the Crown's case. Although Gabriel herself may not have been an ideal witness, her evidence must have assisted the Crown in discharging its burden of proof. The trial judge, in granting leave to reopen the case, acknowledged that Gabriel's evidence was particularly significant for the Crown in placing the accused at the house when J.B. may still have been alive.

55 There was a further significance to Gabriel's evidence. The trial judge considered B.R. to be an unreliable witness. He carefully and emphatically cautioned the jury that it would be dangerous to convict S.G.G. on the testimony of B.R. and T.H. alone. He pointed out that B.R. was a participant in the killing and had been granted immunity from prosecution. The jury were specifically told to look for evidence that confirmed B.R.'s story, and it is very likely that they might have found it in Gabriel's testimony. The fact that Gabriel's evidence confirmed some of B.R.'s testimony even on minor matters can only have had a positive effect on his general credibility. This in turn would enhance his credibility on the key issue of S.G.G.'s participation in the crime.

56 The end result was that the accused chose to testify and gave evidence without knowing the full case she had to meet. Furthermore, the accused's evidence may have provided the foundation for

policiers ont fouillé la maison après le meurtre. Gabriel a étayé la version des faits de B.R. selon laquelle H.M. a laissé ses chaussures sur une plage, en relatant l'excursion au lac Trout au cours de laquelle tous les garçons et S.G.G. ont égaré leurs chaussures. Dans une certaine mesure, cette preuve était également nouvelle puisqu'elle décrivait la perte des chaussures de J.G. et de S.G.G., dont B.R. n'avait pas fait mention dans son témoignage.

Le fait que le témoignage de Gabriel a confirmé celui de B.R. à ces égards était manifestement important pour la preuve du ministère public. Bien que Gabriel elle-même n'ait peut-être pas été un témoin idéal, son témoignage a sûrement aidé le ministère public à s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombait. En accordant l'autorisation de rouvrir la preuve, le juge du procès a reconnu que le témoignage de Gabriel était particulièrement important pour le ministère public puisqu'il établissait la présence de l'accusée chez elle pendant que J.B. était peut-être encore vivant.

Le témoignage de Gabriel était important à un autre égard. Le juge du procès considérait B.R. comme un témoin peu fiable. Il a pris soin d'avertir énergiquement le jury qu'il serait dangereux de déclarer S.G.G. coupable sur la foi des témoignages de B.R. et de T.H. seulement. Il a fait remarquer que B.R. avait participé au meurtre et s'était vu accorder l'immunité contre une poursuite. Il a donné au jury la directive expresse de chercher des éléments de preuve confirmant la version des faits de B.R., et il est très possible que le jury ait trouvé ces éléments de preuve dans le témoignage de Gabriel. Le fait que le témoignage de Gabriel a confirmé une partie du témoignage de B.R. même sur des questions secondaires ne peut qu'avoir eu un effet favorable sur la crédibilité générale de B.R., ce qui, par le fait même, renforçait sa crédibilité sur la question fondamentale de la participation de S.G.G. à la perpétration du crime.

Le résultat final est que l'accusée a choisi de témoigner et qu'elle l'a fait sans connaître toute la preuve à laquelle elle devait répondre. Par ailleurs, le témoignage de l'accusée peut avoir jeté les bases

some of the Crown's examination in chief of Gabriel. In particular, Gabriel was asked when she heard about J.B.'s death. She indicated that she heard about it from the police two days afterwards. This contradicted S.G.G.'s claim that she had told Gabriel about the killing on the morning afterwards. Although S.G.G.'s statement in this regard might be characterized as a prior consistent statement, no objection was made to it at trial, and it was evidence that the jury considered.

The Court of Appeal may be correct that the accused does not have the right not to be caught in a lie. In those circumstances, the prejudice would be of the accused's own making. However, it is not clear whether it was S.G.G. or Gabriel who was telling the truth on this point. Even though S.W. eventually testified when the defence's case was reopened and confirmed S.G.G.'s story, the impression left with the jury may well have been that S.G.G. was caught in a lie, even if she was not. There is no doubt that this was prejudicial to the accused.

Furthermore, Gabriel gave evidence on matters that S.G.G. had not referred to, such as the instructions to the boys to lose their shoes at Trout Lake. As a result, it is quite likely that S.G.G.'s failure to mention the Trout Lake trip would appear to the jury to have been an evasion. Finally, the mere fact that S.G.G. felt the need to take the stand again to answer some of these points was inherently prejudicial, since it gave the Crown a second chance to attack her credibility in cross-examination.

Many of the points on which S.G.G. was contradicted by Gabriel were not originally addressed by S.G.G. or other defence witnesses. She was then left with the choice of calling additional witnesses, thus appearing to give weight to these points, or leaving the jury with the impression that she had been caught lying. In the circumstances, the opportunity to call additional witnesses was at best a

d'une partie de l'interrogatoire principal auquel le ministère public a soumis Gabriel. En particulier, Gabriel s'est fait demander à quel moment elle a appris la mort de J.B. Elle a répondu que la police le lui a appris deux jours plus tard. Cette affirmation contredisait la déclaration de S.G.G. selon laquelle elle a parlé du meurtre à Gabriel le lendemain matin. Bien qu'il soit possible de qualifier la déclaration de S.G.G. à cet égard de déclaration antérieure compatible, aucune objection n'a été formulée au procès, et le jury a pu prendre cet élément de preuve en considération.

La Cour d'appel a peut-être raison d'affirmer que l'accusée n'a pas le droit de ne pas être prise en flagrant délit de mensonge. Dans ces circonstances, l'accusée serait lésée par son fait. Toutefois, on ne sait pas très bien si c'est S.G.G. ou Gabriel qui disait la vérité sur ce point. Même si S.W. a finalement témoigné lorsque la preuve de la défense a été rouverte, et a confirmé la version des faits de S.G.G., il se peut bien que le jury ait gardé l'impression que S.G.G. a été prise en flagrant délit de mensonge, même si tel n'était pas le cas. Il ne fait aucun doute que cela a été préjudiciable à l'accusée.

Par ailleurs, le témoignage de Gabriel a porté sur des questions dont S.G.G. n'a pas parlé, comme l'ordre donné aux garçons d'égarer leurs chaussures au lac Trout. En conséquence, il est tout à fait probable que le jury ait pu considérer comme une échappatoire l'omission de S.G.G. de parler de l'excursion au lac Trout. Enfin, le simple fait que S.G.G. a estimé nécessaire de témoigner à nouveau pour répondre à quelques-uns de ces points était préjudiciable en soi, puisque cela donnait de nouveau au ministère public la possibilité d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire.

Bon nombre des points sur lesquels Gabriel a contredit S.G.G. n'avaient pas été abordés initialement par cette dernière ni par d'autres témoins de la défense. S.G.G. avait alors le choix de citer d'autres témoins, paraissant ainsi donner du poids à ces points, ou donner au jury l'impression qu'elle avait été prise en flagrant délit de mensonge. Dans ces circonstances, la possibilité d'appeler de nou-

57

58

59

decidedly mixed blessing. It clearly could not cure the prejudice to her defence without potentially creating further prejudicial effects.

60

There can be little doubt that S.G.G.'s defence was prejudiced. In any event, since Gabriel's evidence did not fall into the narrow or comparable exceptions identified in *P. (M.B.)*, *supra*, in which reopening of the Crown's case is permissible during the third stage of the trial, prejudice to her defence should be presumed. If any onus rested on her to demonstrate prejudice, she discharged that onus when her counsel argued at trial that he would have conducted the defence differently if Gabriel's evidence had been received as part of the Crown's case. He pointed to the lack of time to prepare for cross-examination, as well as the possibility that he would have adopted a different defence strategy, at least in dealing with Crown witnesses. This was more than adequate to resolve the reopening application in his favour.

61

In these circumstances, it was not in the interests of justice to allow the Crown's case to be reopened to call Gabriel. The only appropriate course of action would have been for the Crown to move for a stay of the proceedings and seek a new trial. If the trial judge was convinced that the witness the Crown sought to present would give such significant evidence that a new trial was warranted, then undoubtedly judicial discretion would be exercised, a stay of the proceedings granted and a new trial directed. The case could then recommence with a new jury, and the evidence of Gabriel would be led in its proper context — as part of the Crown's case. The appeal should be allowed on this ground and a new trial directed.

veux témoins à la barre était au mieux un avantage incontestablement incertain. L'accusée ne pouvait manifestement pas réparer le préjudice causé à sa défense sans risquer de créer d'autres effets préjudiciables.

Il ne fait guère de doute qu'un préjudice a été causé à la défense de S.G.G. De toute façon, comme le témoignage de Gabriel n'entraîne pas dans les exceptions limitées ou comparables mentionnées dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, qui permettent la réouverture de la preuve du ministère public pendant la troisième étape du procès, il y a lieu de présumer qu'un préjudice a été causé à sa défense. S'il lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice, elle s'est acquittée de ce fardeau lorsque son avocat a soutenu au procès qu'il aurait conduit la défense autrement si Gabriel avait témoigné dans le cadre de la preuve du ministère public. Il a signalé le manque de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire, de même que l'adoption possible d'une stratégie de défense différente, du moins pour interroger les témoins à charge. C'était plus que suffisant pour trancher la demande de réouverture en sa faveur.

Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de permettre la réouverture de la preuve du ministère public pour faire entendre le témoignage de Gabriel. La seule solution appropriée aurait été que le ministère public demande l'arrêt des procédures et la tenue d'un nouveau procès. Si le juge du procès avait été convaincu que le témoin à charge que le ministère public voulait faire entendre aurait fait une déposition assez importante pour justifier la tenue d'un nouveau procès, il ne fait aucun doute qu'il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire, accordé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le procès aurait alors pu recommencer avec un nouveau jury, et le témoignage de Gabriel aurait été entendu dans le contexte approprié, c'est-à-dire dans le cadre de la preuve du ministère public. Il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## B. Admissibility and Use of Character Evidence

It is not essential to determine whether the trial judge properly admitted and instructed the jury on the evidence of bad character of the accused. The admissibility of the evidence tendered in the new trial is properly a matter for the trial judge's discretion, applying the relevant principles of law. However, since this issue was argued and it may be helpful to the judge presiding at the new trial, I will briefly address it.

### (1) Applicable Principles

It is trite law that "character evidence which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question is inadmissible" (emphasis in original): see for example *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 730. However, there are three general exceptions under which evidence of bad character of the accused can be adduced:

- (1) where the evidence is relevant to an issue in the case: see, for example, *Morris, supra*, at p. 202; *B. (F.F.)*, *supra*, at p. 731. See also *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, at pp. 672-74; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 135, *per Cory J.*
- (2) where the accused puts her character in issue: see, for example, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at p. 352, leave to appeal granted on other grounds (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (S.C.C.);
- (3) where the evidence is adduced incidentally to proper cross-examination of the accused on her credibility: see, for example, *Lucas v. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1 (S.C.C.); *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

## B. Admissibilité et utilisation de la preuve de moralité

Il n'est pas essentiel de déterminer si le juge du procès a eu raison d'admettre la preuve de mauvaise moralité de l'accusée et de donner des directives au jury à ce sujet. L'admissibilité de la preuve soumise dans le cadre du nouveau procès est une question que le juge du procès peut valablement trancher dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en appliquant les principes de droit pertinents. Toutefois, comme cette question a été débattue et qu'elle peut éclairer le juge qui présidera le nouveau procès, je l'examinerai brièvement.

### (1) Les principes applicables

Il est bien établi en droit que «la preuve de moralité qui démontre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause [est inadmissible]» (souligné dans l'original): voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, à la p. 730. Il existe cependant trois exceptions générales en vertu desquelles une preuve de mauvaise moralité de l'accusé peut être produite:

- (1) lorsque la preuve se rapporte à une question en litige: voir, par exemple, *Morris*, précité, à la p. 202; *B. (F.F.)*, précité, à la p. 731. Voir aussi *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, aux pp. 672 à 674; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, au par. 135, le juge Cory.
- (2) lorsque l'accusé met sa moralité en cause: voir, par exemple, *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 352, autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (C.S.C.);
- (3) lorsque la preuve est produite incidemment dans le cours du contre-interrogatoire régulier de l'accusé sur sa crédibilité: voir, par exemple, *Lucas c. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1 (C.S.C.); *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

62

63

In my view, the evidence of bad character of the accused in the instant appeal was admissible as relevant to significant issues in the case, and it is therefore unnecessary to consider whether it might also have been properly admitted under the other two exceptions to the exclusionary rule.

64 Evidence which incidentally demonstrates bad character can also be directly relevant to a key element of the Crown's theory of the case, such as motive, opportunity or means: see *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.); *Hinchey*, *supra*, at para. 135. Evidence of motive, for example, is always relevant in that it makes it more likely that the accused committed the crime, although it is not an essential element of criminal responsibility: *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821.

65 Evidence which is directly relevant to the Crown's theory of the case is admissible even though it may also demonstrate the bad character of the accused, as long as its probative value outweighs its prejudicial effect: *B. (F.F.)*, *supra*, at p. 731. Even if evidence is admissible under this exception, it is clear that it still cannot be used to determine guilt simply on the basis that the accused is the type of person to commit the crime: *B. (F.F.)*, *supra*. The trial judge has a duty to charge the jury in this regard, and to warn them against the improper use of the evidence.

66 The appellant argues that a trier of fact cannot use such evidence to assess the general credibility of the accused by inferring from the bad character of the accused that she is not likely to tell the truth. I cannot accept that contention. Once evidence of bad character is adduced because it is relevant to an issue in the case, it can properly be used in assessing the general credibility of the accused. As long as the evidence is not used for the purpose of finding guilt on the basis of the accused's alleged propensity to commit the crime, the jury can take the evidence into account in assessing the accused's testimonial trustworthiness.

Selon moi, la preuve de mauvaise moralité de l'accusée dans le présent pourvoi était admissible parce qu'elle se rapporte à d'importantes questions en litige en l'espèce, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer si elle aurait également pu être légitimement admise sous le régime des deux autres exceptions à la règle d'exclusion.

La preuve qui démontre incidemment la mauvaise moralité peut également avoir directement trait à un élément central de la thèse du ministère public comme le mobile, l'occasion ou les moyens: *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.); *Hinchey*, précité, au par. 135. La preuve du mobile, par exemple, est toujours pertinente puisqu'il devient plus vraisemblable que l'accusé ait commis le crime, même si elle ne constitue pas un élément essentiel de la responsabilité criminelle: *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821.

La preuve qui se rapporte directement à la thèse du ministère public est admissible même si elle peut également démontrer la mauvaise moralité de l'accusé, à condition que sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable: *B. (F.F.)*, précité, à la p. 731. Même si la preuve est admissible en vertu de cette exception, il est évident qu'elle ne peut toujours pas être utilisée pour déterminer la culpabilité simplement parce que l'accusé est le genre de personne susceptible de commettre le crime: *B. (F.F.)*, précité. Le juge du procès a l'obligation de donner des directives au jury à cet égard et de le mettre en garde contre l'utilisation inappropriée de la preuve.

L'appelante fait valoir que le juge des faits ne peut pas utiliser pareille preuve pour évaluer la crédibilité générale de l'accusée en déduisant de sa mauvaise moralité qu'elle ne dira probablement pas la vérité. Je ne peux pas souscrire à cet argument. Lorsqu'une preuve de mauvaise moralité a été produite parce qu'elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut légitimement être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Tant que la preuve n'est pas utilisée dans le but d'établir la culpabilité de l'accusé en se fondant sur sa propension présumée à commettre le crime, le jury peut en tenir compte pour évaluer la fiabilité de son témoignage.

In *Davison, supra*, Martin J.A. stated at pp. 441-42 that:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack. If the position of an accused who gives evidence is assimilated in every respect to that of an ordinary witness he is not protected against cross-examination with respect to discreditable conduct and associations.

. . .

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests. . . .

In that case, it was concluded that the accused could not be directly cross-examined on his bad character solely to show that he as a person is not likely to tell the truth.

In *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.), at p. 565, Martin J.A. explained his reasoning in *Davison* in this manner:

That case stands for the proposition that, subject to the exceptions . . . an accused may not be cross-examined as to previous bad conduct and disreputable associations for the purpose of leading to the conclusion that by reason of his bad character (disposition) the accused is not testimonially trustworthy. It does not, however, hold that where evidence of the accused's bad character is properly before the jury it cannot be used in assessing his credibility.

Martin J.A. wisely concluded that, where evidence of bad character is properly admissible under one

Dans l'arrêt *Davison*, précité, le juge Martin a dit aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée. Si la situation d'un accusé qui témoigne est assimilable à tous les égards à celle d'un témoin ordinaire, il n'y a rien qui s'oppose à ce qu'il soit contre-interrogé sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir et sur sa fréquentation d'individus louches.

. . .

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires . . .

Dans cette affaire, il a été conclu que l'accusé ne pouvait pas être contre-interrogé directement sur sa mauvaise moralité dans le seul but de démontrer qu'il n'est pas une personne susceptible de dire la vérité.

Dans l'arrêt *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.), à la p. 565, le juge Martin a expliqué son raisonnement dans l'arrêt *Davison*, en ces termes:

[TRADUCTION] Cet arrêt appuie l'affirmation selon laquelle, sous réserve des exceptions [. . .], un accusé ne peut être contre-interrogé sur toute conduite répréhensible qu'il a eue et sur sa fréquentation d'individus louches dans le but d'amener à conclure que, du fait de sa mauvaise moralité (propension), l'accusé n'est pas digne de confiance comme témoin. Cet arrêt n'établit toutefois pas que si la preuve de mauvaise moralité de l'accusé a été légitimement soumise au jury, elle ne peut pas être utilisée pour évaluer sa crédibilité.

Le juge Martin a sagement conclu que si la preuve de mauvaise moralité est admissible à bon droit en

of the exceptions — such as where it is relevant to an issue in the case — it can be used as a basis for the inference that the accused's general credibility is questionable. It may not be conclusive on this point, but it is a factor that the trier of fact can take into account in assessing the reliability of the accused's evidence. This approach is eminently sound and reasonable.

69 Policy dictates that evidence introduced for the sole purpose of demonstrating propensity should be ruled inadmissible because of the potential prejudice to the accused. Yet it is clear that these policy reasons do not weigh so heavily that the evidence cannot be admitted when it is relevant to an issue presented in the case: see for example *Morris, supra*; *B. (F.F.), supra*. In those circumstances, it has been sensibly held that juries can be trusted not to use such evidence for the impermissible purpose of determining guilt on the basis of propensity alone, so long as proper instructions are given in this regard: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 693-94.

70 To require a jury to compartmentalize its thinking even further than this would be artificial and unnecessarily convoluted. It is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused's credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth. This is not the same thing as suggesting that the accused is guilty because she is a bad person, or may have a disposition to commit the type of crime for which she is charged.

71 In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 612, McLachlin J. made the eminently sound observation that:

The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness.

vertu de l'une des exceptions, notamment si elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut servir de fondement à la conclusion selon laquelle la crédibilité générale de l'accusé est douteuse. Elle n'est peut-être pas décisive sur ce point, mais c'est un facteur que le juge des faits peut prendre en considération pour évaluer la fiabilité du témoignage de l'accusé. Cette démarche est éminemment sensée et raisonnable.

La politique générale veut que la preuve produite dans le seul but de démontrer la propension de l'accusé devrait être déclarée inadmissible parce qu'elle peut lui être préjudiciable. Néanmoins, ces raisons de principe ne sont manifestement pas importantes au point d'empêcher l'admission d'un élément de preuve qui se rapporte à une question en litige dans l'affaire: voir, par exemple, *Morris*, précité; *B. (F.F.)*, précité. Dans ces circonstances, il a été judicieusement statué qu'on peut compter sur les jurys pour ne pas utiliser cette preuve dans le but inadmissible de déterminer la culpabilité en fonction de la propension seulement, pourvu qu'on leur donne des directives appropriées à cet égard: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 693 et 694.

Il serait artificiel et inutilement compliqué d'exiger des membres d'un jury qu'ils compartimentent davantage leur pensée. Cela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l'accusé et que le jury peut l'utiliser comme facteur pour déterminer si l'accusé est susceptible de dire la vérité. Ce n'est pas la même chose que de supposer que l'accusé est coupable parce qu'il est une mauvaise personne ou peut avoir une propension à commettre le genre de crime qui lui est reproché.

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 612, le juge McLachlin a fait la remarque éminemment judicieuse suivante:

L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin.

Read in isolation, this statement might be taken to suggest that there is never a logical connection between the bad character of a witness and the credibility of that witness. It must be remembered, however, that the position advanced in *Seaboyer, supra*, addressed the highly prejudicial use of evidence of sexual reputation in the context of a sexual assault complaint. There is indeed no logical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. That comment does not stand for the proposition that evidence of bad character cannot in any circumstances be logically probative on the issue of credibility. It does not hold that where evidence of bad character is properly before the jury, it cannot be used in assessing credibility. This is the position taken by Martin J.A. in *Hogan, supra*, and I agree with his conclusion.

The trier of fact will consider all the evidence before it in assessing the general credibility of witnesses, including the accused. A judge sitting alone or a jury has the opportunity to observe demeanour, to hear the testimony of the witnesses and to assess all the evidence presented. All of this will be taken into account in assessing the credibility of the accused, or any other witness. Testimony as to bad character will not be the only evidence that is relevant to credibility. It may be contradicted by the accused's demeanour, or by other evidence supporting the accused. It will simply be one factor among many that will lead the trier of fact to form an impression as to the truthfulness of the accused. Provided an appropriate direction is given, it does not materially increase the risk that the accused will be convicted on the basis of her disposition, rather than for committing the acts that are the subject of the charge.

As long as evidence of bad character is properly before the jury on an issue in the case, and its prejudicial effect is outweighed by its probative value,

Prise isolément, cette remarque pourrait être interprétée comme donnant à entendre qu'il n'existe jamais de lien logique entre la mauvaise moralité d'un témoin et sa crédibilité. Il ne faut toutefois pas oublier que la thèse défendue dans *Seaboyer*, précité, avait trait à l'utilisation extrêmement préjudiciable d'une preuve de réputation sexuelle dans le contexte d'une plainte d'agression sexuelle. Il n'existe effectivement aucun lien logique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. Cette remarque ne revient pas à dire qu'une preuve de mauvaise moralité ne peut dans aucune circonstance être logiquement probante sur la question de la crédibilité. Elle ne signifie pas qu'une preuve de mauvaise moralité légitimement soumise au jury ne peut pas être utilisée pour évaluer la crédibilité. C'est le point de vue qu'a adopté le juge Martin dans l'arrêt *Hogan*, précité, et je souscris à sa conclusion.

Le juge des faits tiendra compte de tous les éléments de preuve avant d'évaluer la crédibilité générale des témoins, y compris celle de l'accusé. Un juge siégeant seul ou un jury a la possibilité d'observer l'attitude des témoins, d'entendre les témoignages et d'évaluer tous les éléments de preuve qui sont soumis. Tous ces facteurs entreront en ligne de compte pour évaluer la crédibilité de l'accusé ou d'un autre témoin. Un témoignage portant sur la mauvaise moralité ne sera pas le seul élément de preuve qui se rapporte à la crédibilité. Ce témoignage peut être contredit par l'attitude de l'accusé, ou par d'autres éléments de preuve qui lui sont favorables. Il s'agira simplement d'un facteur parmi d'autres qui amènera le juge des faits à se faire une idée sur la sincérité de l'accusé. Pourvu qu'une directive appropriée soit donnée, ce témoignage n'accroît pas sensiblement le risque que l'accusé soit déclaré coupable en raison de sa propension, plutôt que parce qu'il a commis les actes qui lui sont reprochés.

Dans la mesure où le jury a été valablement saisi d'une preuve de mauvaise moralité qui se rapporte à une question en litige dans l'affaire et où la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable, il ne devrait pas être interdit au

then a jury should not be prevented from using the evidence to assess the credibility of the accused.

(2) Application of These Principles to the Case at Bar

74

It is clear that the evidence of the accused's sexual relationship with H.M. was not adduced simply to show that she was more likely to have committed the crime because of her bad character. This evidence was relevant to an important issue in the case, namely, the ability of the accused to exercise such exceptional control over the boys that she could persuade them to assault and kill another boy. It was therefore properly admissible, subject to a determination that its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge concluded that the probative value of the evidence did outweigh its prejudicial effect. I make no comment on this conclusion, since this weighing must now be left for the judge presiding at the new trial.

75

In the Court of Appeal, the accused did not challenge the admissibility of the evidence that there was stolen property located in her home. In my view, Low J. was correct that the evidence of the presence of stolen property in the house prior to the killing was properly admissible. The Crown's theory was that S.G.G.'s motive for directing the killing of J.B. was that she thought he was a "rat". The exact nature of the illegal activity about which he was supposed to have informed the police is not clear in the evidence, since different witnesses testified to different theories. The evidence of the stolen property was therefore clearly relevant to the motive for S.G.G.'s actions. It would be admissible on this basis, even though it also demonstrated S.G.G.'s unsavoury character, as long as its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge did not explicitly weigh the prejudicial effect of this evidence against its probative value. This task must also be left for the judge presiding at the new trial.

jury d'utiliser cette preuve pour évaluer la crédibilité de l'accusé.

(2) L'application de ces principes à l'espèce

Il ne fait aucun doute que la preuve des relations sexuelles que l'accusée a eues avec H.M. n'a pas été produite simplement pour démontrer qu'elle était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa mauvaise moralité. Cette preuve était pertinente quant à une importante question en litige dans l'affaire, c'est-à-dire la capacité de l'accusée d'avoir une emprise si exceptionnelle sur les garçons qu'elle pouvait les convaincre d'agresser et de tuer un autre garçon. Cette preuve était donc admissible à bon droit, à condition qu'il soit établi que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge du procès a conclu que la valeur probante de la preuve l'emportait sur son effet préjudiciable. Je ne fais aucun commentaire sur cette conclusion puisque c'est au juge qui présidera le nouveau procès qu'il appartient maintenant d'analyser la question.

Devant la Cour d'appel, l'accusée n'a pas contesté l'admissibilité de la preuve démontrant que des biens volés se trouvaient dans sa maison. À mon avis, le juge Low a eu raison de conclure que la preuve de la présence de biens volés dans la maison avant la perpétration du crime était légitimement admissible. Selon la thèse du ministère public, S.G.G. a ordonné de tuer J.B. parce qu'elle croyait qu'il était un «mouchard». La nature exacte de l'activité illégale que J.B. aurait dénoncée à la police n'est pas claire dans la preuve, puisque différents témoins ont énoncé différentes théories. La preuve de la présence de biens volés était donc manifestement pertinente quant au mobile des actes de S.G.G. Elle était admissible pour cette raison, même si elle établissait également la réputation louche de S.G.G., pourvu que sa valeur probante l'ait emporté sur son effet préjudiciable. Le juge du procès n'a pas explicitement analysé l'effet préjudiciable de cette preuve par rapport à sa valeur probante. Il appartient également au juge qui présidera le nouveau procès de faire cette analyse.

Low J. properly charged the jury regarding the permissible use of the evidence, as required by *B. (F.F.)*, *supra*. The charge stressed on several occasions that the accused could not be convicted on the basis that she was more likely to have committed the crime because of her bad character. The jury was warned against determining guilt because they thought the accused was immoral or an inadequate mother. Although Low J. did not specifically state that the evidence could be used to demonstrate motive, this failure did not prejudice the accused. Finally, it was not an error to charge the jury that the evidence could also be used to assess the general credibility of the accused.

#### V. Disposition

The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and a new trial directed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — What happens when a person comes forward with important evidence for the prosecution late in a criminal trial? Can the judge permit the evidence to go in even though the prosecution has long since closed its case? Or must the trial continue without the evidence, as important as it may be? These are the questions at the heart of this appeal.

My colleague Justice Cory would allow the appeal and direct a new trial. Although he agrees that the late evidence arose *ex improviso* in that it was unforeseen and emerged through no fault of the Crown, he concludes that the late evidence should not have been admitted because it rendered the trial unfair, violating the accused's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and*

Le juge Low a fourni au jury des directives appropriées sur l'utilisation acceptable de la preuve, comme l'exige l'arrêt *B. (F.F.)*, précité. Dans son exposé, il a insisté à plusieurs reprises que le jury ne pouvait pas déterminer la culpabilité de l'accusée en se fondant sur le fait qu'elle était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa mauvaise moralité. Le jury a été mis en garde contre le fait de reconnaître la culpabilité de l'accusée parce qu'il pensait qu'elle était immorale ou une mauvaise mère. Bien que le juge Low n'ait pas expressément déclaré que la preuve pouvait être utilisée pour démontrer l'existence d'un mobile, cette omission n'a pas été préjudiciable à l'accusée. En dernier lieu, le juge Low n'a pas commis d'erreur en mentionnant au jury que la preuve pouvait également être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusée.

#### V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Que se passe-t-il lorsqu'une personne offre un élément de preuve important pour la poursuite vers la fin d'un procès criminel? Le juge peut-il autoriser la présentation de l'élément de preuve même si la poursuite a depuis longtemps déclaré sa preuve close? Ou le procès doit-il se poursuivre sans cet élément de preuve, si important soit-il? Ce sont là les questions primordiales du présent pourvoi.

Mon collègue le juge Cory est d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Bien qu'il convienne que le témoignage tardif est survenu à l'improviste puisqu'il était imprévisible et que ce n'est pas la faute du ministère public s'il est survenu à ce moment-là, il conclut que ce témoignage n'aurait pas dû être admis parce qu'il a rendu le procès inéquitable, d'où l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour

76

77

78

79

*Freedoms*. For the reasons that follow, I come to a different conclusion.

I. When is the Crown Entitled to Reopen Its Case?

A. *The Situation at Common Law*

les motifs qui suivent, j'arrive à une conclusion différente.

I. Quand le ministère public peut-il rouvrir sa preuve?

A. *La situation en common law*

80

Traditionally, the common law rule was that a trial judge only had the discretion to permit the Crown to reopen its case in the third stage of the trial (i.e., when the defence had started to answer the case before him) in situations where some matter arose *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen: *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.); *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168. This discretion was broadened by the English Court of Criminal Appeal in *R. v. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65, where the trial judge, after the defence argued that there was no case to go to the jury, permitted the Crown to reopen its case to fill a technical gap. Byrne J., for the court, at pp. 66-67 stated:

... a judge ... has complete discretion whether a witness shall be recalled, and this court will not interfere with the exercise of his discretion unless it appears that thereby an injustice has resulted.

81

This statement was adopted by this Court, *per* Pigeon J., in *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, and applied to permit crucial evidence of identification to be called after both the case for the Crown and the defence had been closed and after Crown counsel had concluded its address to the jury. The Court ruled that a trial judge may allow the Crown to submit additional evidence after the Crown has closed its case, and this discretionary power is not subject to the strict *ex improviso* limitation. A court of appeal can only interfere with the trial judge's discretion if it is shown that an injustice has resulted or there was prejudice to the accused.

Selon la règle consacrée de common law, le juge qui préside un procès était investi du pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve à la troisième étape du procès (c.-à-d., après que la défense a commencé à répondre à la preuve qui lui a été présenté) dans les cas où un fait, que l'esprit humain ne pouvait prévoir, survenait à l'improviste: *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.); *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168. La Court of Criminal Appeal de l'Angleterre a élargi ce pouvoir discrétionnaire dans l'arrêt *R. c. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65, où le juge du procès, après que la défense eut fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve à soumettre à l'appréciation du jury, a permis au ministère public de rouvrir sa preuve pour combler une lacune d'ordre procédural. Le juge Byrne, au nom de la cour, a dit, aux pp. 66 et 67:

[TRADUCTION] ... un juge [...] a entière discrétion pour rappeler un témoin et la cour n'interviendra pas dans l'exercice de cette discrétion, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice.

Dans l'arrêt *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, le juge Pigeon, au nom de notre Cour, a souscrit à cette affirmation, qu'il a appliquée pour permettre la présentation d'une preuve d'identification cruciale après que le ministère public et la défense eurent déclaré leur preuve close et après que le substitut du procureur général eut terminé son réquisitoire au jury. La Cour a statué que le juge qui préside un procès peut autoriser le ministère public à présenter des éléments de preuve supplémentaires après qu'il a déclaré sa preuve close, et ce pouvoir discrétionnaire n'est pas assujéti à l'exception stricte du fait qui survient à l'improviste. Une cour d'appel ne doit s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès que s'il est démontré qu'il en a résulté une injustice ou que l'accusé a subi un préjudice.

### B. *The Situation Post-Charter*

The next question is whether the adoption of the *Charter* has changed the common law. The *Charter* confirmed the right of the accused to a fair trial expressly by s. 11(d) and the right to make full answer and defence by implication from s. 7. However, this does not preclude deviations from the usual order of calling evidence where necessary to get at the truth. As this Court, *per* Cory J., stated in *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, a case concerned with the Crown's right to call rebuttal evidence, at pp. 498-99:

The course of a trial, particularly a criminal trial, must be based upon rules of fairness so as to ensure the protection of the individual accused. However, the rules should not go so far as to deprive the trier of fact of important evidence, that can be helpful in resolving an essential element of the case.

In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, this Court considered the issue of whether the Crown could reopen its case to amend dates in the indictment. Unlike the case at bar, there was no issue of introducing late evidence which comes to light *ex improviso*. The Court ruled, 5-4, that the amendment could not be made. However, all members agreed that the amendment was in the discretion of the trial judge and that the test for reopening is whether the accused will be prejudiced in his or her right to make full answer and defence. The majority and minority differed on whether, on the facts of the case, that test was met. The majority concluded that it had been met, emphasizing the fact that in its view changing the dates in the indictment changed the case the accused had to meet and that permitting the change might deprive the accused of his planned defence and force him to take the stand, thereby violating the accused's privilege against self-incrimination. The majority also expressed concern that to permit the amendment would amount to compelling the defence to assist the Crown. The minority, on the other hand, took the view that there was no prejudice which would offset the value of allowing the erroneous date to be corrected. L'Heureux-Dubé J. stated that

### B. *La situation depuis l'adoption de la Charte*

La question suivante est celle de savoir si l'adoption de la *Charte* a modifié la common law. La *Charte* a confirmé expressément à l'al. 11d) le droit de l'accusé à un procès équitable et, implicitement à l'art. 7, le droit à une défense pleine et entière. Toutefois, ces garanties n'empêchent pas les dérogations à l'ordre habituel de présentation de la preuve lorsque la recherche de la vérité l'impose. Comme le juge Cory de notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, qui porte sur le droit du ministère public de présenter une contre-preuve, aux pp. 498 et 499:

Un procès, plus particulièrement un procès criminel, doit se dérouler conformément aux règles d'équité de façon à garantir la protection de la personne accusée. Toutefois, les règles ne devraient pas aller jusqu'à priver le juge des faits d'éléments de preuve importants, susceptibles d'être utiles à la solution d'un élément essentiel du litige.

Dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, notre Cour a examiné la question de savoir si le ministère public pouvait rouvrir sa preuve pour modifier des dates précisées dans l'acte d'accusation. Contrairement à la présente affaire, il n'y était pas question de présentation de preuve tardive survenant à l'improviste. Cinq des neuf juges de la Cour ont statué que la modification ne pouvait pas être apportée. Cependant, tous les juges ont convenu que la modification relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et que le critère qui régit la réouverture de la preuve est celui de savoir si l'accusé sera lésé dans son droit à une défense pleine et entière. Les juges majoritaires et minoritaires n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si, eu égard aux faits de l'espèce, ce critère avait été respecté. Les juges majoritaires ont conclu que ce critère avait été respecté, faisant ressortir que, selon eux, la modification des dates précisées dans l'acte d'accusation modifiait la preuve à laquelle l'accusé devait répondre, et que cette modification, si elle était permise, pourrait priver l'accusé de la défense qu'il prévoyait faire et l'obliger à témoigner, portant ainsi atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. Les juges majoritaires se sont également préoccupés du fait que permettre

82

83

“[m]ere technicalities cannot be allowed to hamper the administration of justice . . . particularly where no prejudice of any kind can result to the accused” (pp. 591-92). In summary, *P. (M.B.)*, although dealing with a different situation from that at bar, affirmed the discretion of the trial judge to adjust the trial process to deal with late developments.

la modification équivaldrait à contraindre la défense à assister le ministère public. En revanche, les juges minoritaires étaient d’avis qu’il n’existait aucun préjudice neutralisant l’importance de permettre la correction de la date erronée. Le juge L’Heureux-Dubé a dit que «[l]’administration de la justice ne saurait être entravée par de simples formalités [. . .] particulièrement lorsqu’aucun préjudice ne saurait en résulter pour l’accusé» (pp. 591 et 592). Bref, même si l’arrêt *P. (M.B.)* traitait d’une situation différente de celle de l’espèce, il a confirmé le pouvoir discrétionnaire qu’a le juge du procès d’adapter le déroulement de l’instance aux faits nouveaux qui surviennent.

84 The rule, both before and after the *Charter*, thus appears clear. The trial judge may permit the Crown to call evidence after it has closed its case. The test is “whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence”: *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 568. The decision is in the discretion of the trial judge and should not be interfered with on appeal unless the accused has suffered an injustice.

La règle, que ce soit avant ou après l’adoption de la *Charte*, paraît donc claire. Le juge du procès peut autoriser le ministère public à présenter un élément de preuve une fois qu’il a déclaré sa preuve close. Le critère qui s’applique est celui de savoir «si l’accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s’il serait lésé dans sa défense»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 568. La décision relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et ne devrait être modifiée en appel que si l’accusé a subi un préjudice.

85 The difficulty arises not from the statement of the rule, which all members of this Court accepted in *P. (M.B.)*, but in its application. The importance of this appeal is that it compels the Court to explore this application. In particular, it compels the Court to confront the question of what is required to establish that the accused will be prejudiced in his or her defence.

La difficulté réside dans l’application et non dans l’énoncé de la règle, que tous les juges de notre Cour ont accepté dans l’arrêt *P. (M.B.)*. Le présent pourvoi est important parce qu’il oblige la Cour à étudier à fond l’application de cette règle. En particulier, il oblige la Cour à examiner la question de la preuve qui doit être produite pour démontrer que l’accusé sera lésé dans sa défense.

## II. What Constitutes Prejudice to the Accused?

## II. En quoi consiste un préjudice causé à l’accusé?

86 Cory J. suggests that during the third stage of the trial, after the defence has started to present its case, prejudice from the admission of new evidence can be presumed. He states that if any onus rests on the accused to show prejudice, the onus is discharged when counsel for the accused argues that the defence might have been different if the late evidence had been received as part of the Crown’s case. The possibility that the defence might have been different suffices to require the trial judge to reject the new evidence and, failing a

Le juge Cory estime qu’à la troisième étape du procès, c’est-à-dire après que la défense a commencé à présenter sa preuve, on peut présumer qu’un préjudice découlera de l’admission de nouveaux éléments de preuve. À son avis, s’il incombe à l’accusé de démontrer l’existence d’un préjudice, celui-ci s’acquitte de ce fardeau lorsque son avocat soutient qu’il aurait pu conduire la défense autrement si l’élément de preuve tardif avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public. La possibilité d’une défense différente

halt being called by a stay or order of mistrial, continue the trial without the evidence. Essentially, in Cory J.'s view, the accused need not show "prejudice in the legal sense". The speculative possibility that prejudice might be sustained suffices.

In my respectful opinion, this view is at odds with the settled jurisprudence and the practice of this and other common law courts. It amounts to abdication of the duty which has long been placed on judges to actively evaluate, in those rare cases where unforeseen evidence emerges late in the trial, whether receiving the evidence will actually prejudice the accused.

As outlined above, the common law rule which has been adopted and affirmed by the Court emphasizes two things. First, the decision to receive evidence presented late in the trial through no fault of the Crown is within the discretion of the trial judge. Second, an appeal court should not interfere with that discretion unless it appears that an injustice has resulted.

Both assertions are important to our understanding of how the rule is applied. The fact that the decision was treated as within the trial judge's discretion implies that the issue is one of weighing and balancing (otherwise it would be a matter of rule application, not discretion). To put it another way, the issue could theoretically be resolved in different ways. We trust to the trial judge's discretion — to the common sense, experience in judgment and appreciation of the dynamic of the trial at issue that the term "discretion" implies — to choose the solution best suited to the attainment of a just result, having regard, of course, to the paramount need to avoid prejudice to the accused. The second aspect of the rule — that a court of appeal will not interfere with the exercise of the discretion — reflects the discretionary nature of the judge's

suffit pour exiger du juge du procès qu'il rejette le nouvel élément de preuve et, à défaut d'interruption au moyen d'un arrêt des procédures ou d'une ordonnance d'annulation du procès, qu'il continue le procès sans cet élément de preuve. En gros, selon le juge Cory, l'accusé n'a pas besoin de démontrer l'existence d'un «préjudice au sens juridique». La possibilité théorique d'un préjudice est suffisante.

À mon sens, ce point de vue est incompatible avec la jurisprudence établie et la pratique de notre Cour et d'autres tribunaux de common law. Cela équivaut à une renonciation à l'obligation qui incombe depuis longtemps aux juges d'évaluer activement, dans les rares affaires dans lesquelles une preuve imprévue survient vers la fin du procès, si l'admission de cette preuve causera vraiment un préjudice à l'accusé.

Comme il est mentionné plus haut, la règle de common law qui a été adoptée et confirmée par notre Cour fait ressortir deux choses. Premièrement, la décision de recevoir une preuve qui a été présentée vers la fin du procès sans qu'il y ait eu faute de la part du ministère public relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Deuxièmement, une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice.

Ces deux affirmations sont importantes pour comprendre comment la règle est appliquée. Le fait que cette décision est considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès implique qu'il s'agit d'une question d'appréciation et de pondération (autrement, il s'agirait d'appliquer une règle et non d'exercer un pouvoir discrétionnaire). En d'autres termes, la question pourrait théoriquement être réglée de différentes façons. Nous nous en remettons au pouvoir discrétionnaire du juge du procès — c'est-à-dire au bon sens, à l'expérience dans l'exercice de l'esprit de jugement et à la compréhension de la dynamique du procès en question qu'implique le terme «pouvoir discrétionnaire» — pour choisir la solution la mieux adaptée à l'obtention d'un résultat juste, eu égard, évidemment, à la nécessité absolue d'éviter

87

88

89

decision and the deference that the law traditionally accords to such decisions.

de faire subir un préjudice à l'accusé. Le second aspect de la règle, à savoir qu'une cour d'appel ne s'immiscera pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, reflète la nature discrétionnaire de la décision du juge et la retenue que le droit a toujours manifestée envers de telles décisions.

90 Approaching the question of admission of evidence as a matter for the discretion of the judge on all the circumstances of the case accords with the philosophy of the *Charter*. Thus s. 24(2) mandates a discretionary inquiry grounded in the facts of a particular case in determining whether evidence taken in breach of *Charter* rights should be admitted. I see no reason to apply a different approach where the argument is that the evidence, although not taken in breach of the *Charter*, would result in a *Charter* breach if admitted.

Traiter l'admission de la preuve comme une question relevant du pouvoir discrétionnaire du juge eu égard à toutes les circonstances de l'espèce est conforme à la philosophie de la *Charte*. Ainsi, le par. 24(2) exige la tenue d'une enquête discrétionnaire fondée sur les faits d'une affaire donnée pour déterminer si un élément de preuve obtenu d'une manière qui porte atteinte aux droits protégés par la *Charte* devrait être admis. Il ne me paraît pas opportun de procéder différemment lorsque le moyen invoqué est que l'élément de preuve, bien qu'il n'ait pas été obtenu d'une manière qui contrevient à la *Charte*, violerait la *Charte* s'il était admis.

91 Since the issue is essentially a factual inquiry into the impact of the late evidence in a particular case, it is impossible to develop rules based on the stage at which the late evidence is tendered. While it may be suggested that the later the new evidence appears, the more difficult it may be to gain its admission (see *P. (M.B.)*), this is a predictive statement, not a rule of law. The cases show that evidence has been received even after the prosecution's address to the jury: *Robillard, supra*. In each case, the question is whether admitting the late evidence is likely to result in injustice or, in *Charter* language, to prejudice the right of the accused to a fair trial in which she can make full answer and defence.

Puisqu'il est fondamentalement question de procéder à une enquête factuelle sur l'effet de la production d'une preuve tardive dans une affaire particulière, il est impossible d'élaborer des règles fondées sur l'étape à laquelle la preuve est soumise. Quoiqu'on puisse dire que plus l'élément de preuve nouveau apparaît tardivement, plus il peut se révéler difficile de le faire admettre (voir *P. (M.B.)*), il s'agit d'une affirmation qui tient de la prédiction et non d'une règle de droit. Il ressort de la jurisprudence que des éléments de preuve ont été reçus même après le réquisitoire du ministère public au jury: *Robillard, précité*. Dans chaque affaire, la question qui se pose est celle de savoir si l'admission de l'élément de preuve tardif est susceptible d'entraîner une injustice ou, selon les termes de la *Charte*, de porter atteinte au droit de l'accusée à un procès équitable dans le cadre duquel elle peut présenter une défense pleine et entière.

92 I find no merit in the suggestion that the accused should not be obliged to prove prejudice to her right to make full answer and defence. The accused is not obliged to prove any element of the Crown's case, nor to prove her innocence. To require her to do so would be to violate her privi-

La proposition selon laquelle l'accusée ne devrait pas être obligée de prouver une atteinte à son droit à une défense pleine et entière me paraît injustifiée. L'accusée n'a pas à prouver quelque élément de la preuve du ministère public, ni son innocence. L'obliger à le faire reviendrait à porter

lege against self-incrimination. But procedural rights are a different matter. While important, they do not engage the principle against self-incrimination in the same way. There is nothing unfair in requiring an accused person to show that she has been or would be procedurally disadvantaged by a proposed ruling. The prime example is provided by the *Charter*, which places the burden of showing a breach of *Charter* rights on the accused in criminal proceedings.

It follows from these propositions that an application to permit evidence tendered late in the trial evokes an inquiry focussed on the facts and the circumstances of the trial. The question for the trial judge in exercising his or her discretion is whether, in all the circumstances, the accused has shown that her right to make full answer and defence would be prejudiced. There is no room for presumptions of prejudice.

Practical and policy considerations also support my conclusion that there is no room for presumptions of prejudice or abstract inferences of harm in applying the test of whether admission of unforeseen late evidence will prejudice the right of the accused to make full answer and defence. The presumptive approach to prejudice advocated by Cory J. would make it virtually impossible to introduce unforeseen evidence late in the day. Judges would be bound to reject applications for late evidence made at a certain stage, on the basis of presumed prejudice. It is difficult to conceive of any situation in which prosecution evidence could be presented after the defence has opened its case. The law has hitherto preserved the flexibility to deal with the rare (outside of fiction), but inevitable, case of evidence coming to light late in the day. That has been regarded as a good thing. A more rigid approach will deprive the law of this flexibility.

atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. Cependant, les droits procéduraux sont une autre affaire. Bien qu'importants, ces droits ne font pas intervenir le principe interdisant l'auto-incrimination de la même façon. Il n'y a rien d'inéquitable dans le fait d'obliger une accusée à prouver qu'une décision prévue l'a défavorisée ou la défavoriserait sur le plan de la procédure. Le principal exemple est offert par la *Charte*, qui impose à l'accusé dans un procès criminel le fardeau de prouver qu'il y a eu atteinte aux droits qu'elle garantit.

Il découle de ces affirmations qu'une demande visant à obtenir la permission de présenter des éléments de preuve vers la fin d'un procès fait penser à une enquête axée sur les faits et les circonstances du procès. La question à laquelle doit répondre le juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, l'accusée a démontré qu'elle serait lésée dans son droit à une défense pleine et entière. Il n'y a pas de place pour les présomptions de préjudice.

Des considérations pratiques et de principe appuient également la conclusion à laquelle j'arrive que l'application du critère qui consiste à déterminer si l'admission d'une preuve tardive imprévue portera atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière ne se prête pas aux présomptions de préjudice ni aux déductions en ce sens faites dans l'abstrait. La démarche fondée sur la présomption de préjudice préconisée par le juge Cory ferait en sorte qu'il serait pratiquement impossible de présenter des éléments de preuve imprévus vers la fin d'un procès. La présomption de préjudice obligerait les juges à rejeter les demandes en ce sens présentées à un certain stade. Il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle le ministère public pourrait présenter un élément de preuve après que la défense a commencé à répondre à la preuve. Le droit a jusqu'ici maintenu la souplesse nécessaire pour régler le cas rare (en dehors de la fiction), mais inévitable, de la preuve qui est découverte vers la fin du procès. On considère que c'est une bonne chose. Une démarche plus rigide privera le droit de cette souplesse.

93

94

95 This judicial inability to reopen cases to admit evidence that comes to light late in the day will mean that juries, after having heard days, weeks, or months of testimony, may be required to render a verdict in the absence of important evidence that everyone but the jurors knows about. The jurors, kept in the dark, may render a verdict which does not reflect the facts that others know about. This is an undesirable result, both for the case at bar and for the repute of the administration of justice as a whole.

96 Alternatively, one might suggest that the Crown could apply for a mistrial or stay the proceedings rather than allow the trial to proceed without the evidence. At this point, we enter a procedural labyrinth of uncertainty. Could a mistrial be granted where, on the record, the trial has proceeded in accordance with the law? As for a stay, it hardly seems a desirable way to resolve the proceedings in the absence of prejudice; a judicial stay, for example, is granted only in the rarest of cases upon factual demonstration of prejudice. Moreover, if a stay is entered, a new trial is unlikely. The accused would remain at large, charged but not tried. The closure so important to the victims of crime, the public and often the accused could not be achieved. The only way to bring the matter to a conclusion would seem to be for the trial judge to erroneously admit the new evidence. Then, on appeal, a new trial could be ordered. But even on this scenario, the result is a second trial with attendant additional expense and delay. All witnesses would have to testify again. For complainants, particularly in sexual assault cases, the emotional stress of reliving the events would be revisited upon them when they are forced to testify again at the second trial.

97 Faced with these disadvantages, we come to the reason why they are said to be justified — protec-

Le fait qu'un juge ne puisse rouvrir la preuve pour admettre des éléments de preuve qui sont découverts tardivement voudra dire que les jurés, après avoir entendu des témoignages pendant des jours, des semaines ou des mois, devront peut-être rendre un verdict en l'absence d'éléments de preuve importants qu'ils seront les seuls à ne pas connaître. Tenus dans l'ignorance, les jurés peuvent rendre un verdict qui ne correspond pas aux faits que d'autres connaissent. C'est un résultat inacceptable tant pour l'affaire dont nous sommes saisis que pour la considération dont jouit l'administration de la justice prise dans son ensemble.

Subsidiairement, on pourrait suggérer que le ministère public demande l'annulation du procès ou un arrêt des procédures au lieu de laisser le procès se poursuivre sans la preuve. On entre alors dans un labyrinthe d'incertitudes sur le plan de la procédure. Un procès pourrait-il être annulé s'il ressort du dossier qu'il s'est déroulé conformément aux règles de droit. Quant à l'arrêt des procédures, cela ne semble guère être une façon souhaitable de solutionner l'affaire en l'absence d'un préjudice; un arrêt des procédures, par exemple, n'est accordé que très rarement, sur présentation d'une preuve factuelle de l'existence d'un préjudice. Par ailleurs, si un arrêt est inscrit, il est peu probable qu'un nouveau procès aura lieu. Le prévenu demeurerait en liberté, accusé mais non jugé. La fermeture du dossier, qui est si importante pour les victimes d'actes criminels, le public et, souvent, l'accusé, ne pourrait pas avoir lieu. La seule façon de mener l'affaire à terme semblerait résider dans l'admission fautive de la nouvelle preuve par le juge du procès. La tenue d'un nouveau procès pourrait ensuite être ordonnée en appel. Toutefois, même ce scénario entraîne la tenue d'un deuxième procès, avec les frais et les retards supplémentaires qui s'y rattachent. Il faudrait rappeler tous les témoins à la barre. Quant aux plaignants, particulièrement les victimes d'agressions sexuelles, ils devront subir une autre fois le stress émotionnel de revivre les événements lorsqu'ils seront contraints de témoigner à nouveau au deuxième procès.

Ces inconvénients ayant été exposés, nous en venons à la raison pour laquelle ils seraient justi-

tion of the right of the accused to make full answer and defence. The question is simply put: can the right of the accused to make full answer and defence find adequate protection in the absence of a presumption of prejudice where unforeseen evidence comes forward at a late stage of the proceedings? In my view, it can. The trial judge is immersed in the case and fully aware of the rights of the accused. He or she is in the best position to determine whether, as a practical matter, reception of the evidence will prejudice the accused's rights. If the trial judge errs and it appears injustice has resulted, the court of appeal will correct the matter and order a new trial. These safeguards will amply protect the accused's right to make full answer and defence.

What standard should the judge use in deciding whether the accused's right to make full answer and defence would be prejudiced by reception of the late evidence? Is the standard a theoretical possibility that the accused's right to make full answer and defence will be prejudiced, a possibility grounded in the facts surrounding the trial, or a probability of prejudice? Byrne J. in *McKenna* spoke of the impropriety of an appeal court interfering with the judge's discretion "unless it appears that thereby an injustice has resulted" (pp. 66-67) (emphasis added). This suggests that a theoretical possibility of some injustice is insufficient.

There must be a reasoned basis, grounded in the facts of the case and the way the trial has unfolded and will unfold, for concluding that the accused's right to make full answer and defence will probably be prejudiced by receiving the new evidence. The prejudice must be specific and identifiable. The judge may be expected to address issues like the following. If the evidence had been introduced earlier, what would the defence have done differently and how would that have affected the outcome? Has the defence lost opportunities to develop evidence which might well have undermined the late evidence? Is the potential prejudice capable of being corrected by permitting the

fiés, à savoir la protection du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La question est simple à formuler: le droit de l'accusé à une défense pleine et entière peut-il être protégé adéquatement en l'absence d'une présomption de préjudice si l'élément de preuve imprévu est offert à un stade avancé de l'instance? Je suis d'avis qu'il peut l'être. Le juge du procès est plongé dans l'affaire et tout à fait conscient des droits de l'accusé. Il est le mieux placé pour déterminer si, en pratique, l'admission de l'élément de preuve portera atteinte aux droits de l'accusé. Si le juge du procès commet une erreur et qu'une injustice semble avoir été commise, la cour d'appel corrigera l'erreur et ordonnera la tenue d'un nouveau procès. Ces garanties protégeront largement le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Quelle norme le juge devrait-il appliquer pour déterminer si l'admission de l'élément de preuve tardif léserait l'accusé dans son droit à une défense pleine et entière? Cette norme consiste-t-elle en la possibilité théorique d'une atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière, en une possibilité fondée sur les faits entourant le procès ou en une probabilité de préjudice? Le juge Byrne dans l'arrêt *McKenna* a parlé de l'inopportunité d'une immixtion par une cour d'appel dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge «s'il semble qu'il en ait résulté une injustice» (pp. 66 et 67) (je souligne). Cette affirmation autorise à penser que la possibilité théorique d'une injustice ne suffit pas.

Il doit exister des motifs, fondés sur les faits de l'espèce et sur la façon dont le procès s'est déroulé et se déroulera, pour pouvoir conclure que l'admission de l'élément de preuve nouveau portera vraisemblablement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le préjudice doit être précis et discernable. Le juge peut avoir à examiner des questions comme les suivantes. Si l'élément de preuve avait été présenté plus tôt, qu'est-ce que la défense aurait fait autrement et comment cela aurait-il modifié le résultat? La défense a-t-elle manqué des occasions de soumettre une preuve qui aurait peut-être pu affaiblir l'élément de preuve tardif? Peut-on réparer le préjudice éven-

defence time to cross-examine the witness, produce rebutting evidence, or recall witnesses who have earlier testified?

tuel en donnant à la défense du temps pour contre-interroger le témoin, produire une contre-preuve ou rappeler des témoins à la barre?

100 “Prejudice”, for the purposes of this inquiry, is used in the legal, procedural sense. The fact that the evidence tendered may be powerful evidence for the prosecution does not lead to a conclusion of prejudice. The inquiry into prejudice focuses not on the effect the evidence may have on the outcome of the trial, but on its effect on the accused’s right to make full answer and defence. The question is not whether the evidence may tend to convict the accused, but whether it is likely to convict him unjustly. The just or fair trial is one which gets at the truth, while respecting the fundamental right of the accused to make full answer and defence.

Pour les fins de cet examen, le terme «préjudice» est employé au sens procédural et juridique. Le fait que l’élément de preuve soumis peut se révéler un élément de preuve puissant pour le ministère public ne permet pas de tirer une conclusion de préjudice. L’examen relatif au préjudice est axé non pas sur l’effet que la preuve peut avoir sur l’issue du procès, mais sur son effet sur le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. La question n’est pas de savoir si la preuve peut tendre à faire reconnaître l’accusé coupable, mais de savoir si elle est susceptible de donner lieu à une déclaration de culpabilité injustifiée. Un procès juste ou équitable est un procès qui permet de découvrir la vérité tout en respectant le droit fondamental de l’accusé à une défense pleine et entière.

101 Nor does the inquiry into prejudice assume that the accused has a right to a trial conducted in accordance with a particular procedure. Rules of procedure are important aids to ensuring that trials are conducted fairly and accused persons are accorded the right to make full answer and defence. But they are not ends in themselves. They are the servants of justice, not its masters. Inevitably circumstances arise which make it necessary to deviate from this rule or that. The law permits this, provided that when the entire trial is viewed as a whole, it cannot be said that injustice has resulted or that an accused has been denied his right to make full answer and defence. The *Charter* guarantees the accused a fundamentally fair trial, not a perfect trial: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362 *per* La Forest J.; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 587 *per* McLachlin J.

L’examen relatif au préjudice n’implique pas non plus que l’accusé a droit à un procès qui se déroule conformément à une procédure particulière. Les règles de procédure sont des outils importants pour garantir le déroulement équitable des procès et protéger le droit des accusés à une défense pleine et entière. Cependant, ce ne sont pas des fins en soi. Les règles de procédure sont au service de la justice; elles n’en sont pas les maîtres. Il se produit inévitablement des circonstances qui entraînent la dérogation à l’une ou l’autre de ces règles. Le droit le permet, à condition qu’il soit impossible d’affirmer, quand on considère le procès dans son ensemble, qu’il en a résulté une injustice ou qu’un accusé a été privé du droit à une défense pleine et entière. La *Charte* garantit à l’accusé un procès fondamentalement équitable, pas un procès parfait: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 587, le juge McLachlin.

102 Finally, in exercising his or her discretion to admit late evidence, the judge must not overlook the importance of providing the trier of fact with the evidence it needs to resolve the issues before it. As Cory J. put it in *Aalders*, *supra*, “the rules should not go so far as to deprive the trier of fact of important evidence, that can be helpful to

Enfin, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’admettre une preuve tardive, le juge ne doit pas oublier qu’il est important de fournir au juge des faits les éléments de preuve dont il a besoin pour trancher les questions qui lui sont soumises. Comme le juge Cory le dit dans *Aalders*, précité, «les règles ne devraient pas aller jusqu’à priver le

resolving an essential element of the case” (pp. 498-99). Although the emphasis is on the protection of the accused during the third stage of the trial (*P. (M.B.)*, *supra*, at p. 570), society’s interest in the efficient administration of justice is still a valid consideration. The judge must consider both in deciding whether to admit evidence which appears for the first time late in the trial. The more serious the prejudice to the accused in allowing the evidence to be admitted, the less important are society’s interests.

In summary, the approach of presumptive or inferred prejudice suggested by Cory J. in this case is inconsistent with the approach taken by the English courts in cases like *McKenna* and this Court in cases like *Robillard* and *Aalders*, *supra*. The jurisprudence suggests that a trial judge has a discretion to receive unforeseen evidence late in the trial provided the accused’s right to make full answer and defence is not thereby prejudiced, and that absent apparent injustice, a court of appeal should not interfere with the exercise of this discretion. The same jurisprudence suggests that the inquiry before the trial judge is founded in the facts and circumstances of the particular case and that there is no presumption or automatic inference of prejudice. The question is whether in the particular circumstances of the case, actual prejudice to the right to make full answer and defence is likely to result. This approach protects both our system of justice and the accused’s *Charter* rights.

### III. Application of Principles to the Facts

Against this background, I return to the events giving rise to this appeal. In my view, the trial judge made no error in exercising his discretion in favour of receiving the late evidence of Tracy Gabriel. The Court of Appeal approached the review of his decision by applying the right test. It asked whether, in the circumstances of the trial,

juge des faits d’éléments de preuve importants, susceptibles d’être utiles à la solution d’un élément essentiel du litige» (p. 499). Bien que l’accent soit mis sur la protection de l’accusé à la troisième étape du procès (*P. (M.B.)*, précité, à la p. 570), l’intérêt manifesté par la société à l’endroit de l’administration efficace de la justice demeure une considération valable. Le juge doit tenir compte des deux pour décider d’admettre une preuve qui apparaît pour la première fois vers la fin du procès. Plus l’admission de la preuve risque d’être préjudiciable à l’accusé, moins les intérêts de la société sont importants.

En résumé, la démarche fondée sur la présomption ou la déduction de préjudice proposée par le juge Cory en l’espèce est incompatible avec celle qu’ont suivie les tribunaux anglais dans des affaires comme *McKenna* et notre Cour dans des arrêts comme *Robillard* et *Aalders*, précités. La jurisprudence autorise à penser que le juge qui préside un procès a le pouvoir discrétionnaire de recevoir un élément de preuve imprévu vers la fin du procès pourvu que l’accusé ne soit pas de ce fait lésé dans son droit à une défense pleine et entière, et que, en l’absence d’une injustice apparente, une cour d’appel ne devrait pas s’immiscer dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La même jurisprudence donne à entendre que l’examen qui se déroule devant le juge du procès est fondé sur les faits et les circonstances de l’espèce, et qu’il n’existe aucune présomption ni aucune déduction automatique de préjudice. La question consiste à savoir si, dans les circonstances particulières de l’espèce, l’accusé est susceptible d’être véritablement lésé dans son droit à une défense pleine et entière. Cette façon de faire protège à la fois notre système de justice et les droits que la *Charte* garantit à l’accusé.

### III. Application des principes aux faits

Cela étant dit, je reviens aux événements qui sont à l’origine du présent pourvoi. À mon sens, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour admettre le témoignage tardif de Tracy Gabriel. La Cour d’appel a appliqué le critère approprié dans le cadre de l’examen de cette décision. Elle s’est demandé si,

admission of the late evidence prejudiced the accused's right to make full answer and defence. After a careful review of what would probably have happened had the evidence been presented as part of the prosecution's case, the Court of Appeal concluded that admission of the late evidence did not deprive the accused of a fair trial and did not violate her right to make full answer and defence. I come to the same conclusion.

105 First, I would distinguish this case from *P. (M.B.)*, *supra*, where the majority held that the accused was conscripted against himself. In the case at bar, the accused was not conscripted against herself in the sense that her evidence made the Crown aware of gaps in its case. The Crown was always aware that it did not have significant evidence to corroborate B.R.'s evidence. It was aware of the gap in its case from the outset, but was not aware that there was any corroborating evidence to fill that gap. It was not until Gabriel came forward late in the trial that the Crown was made aware that the gap in its case could potentially be filled.

106 The majority seems to suggest that the accused suffered prejudice because Gabriel's evidence was significant and useful to the Crown's case. As I indicated above, this is not a demonstration of actual legal prejudice. The evidence would have been equally significant and useful had the evidence been introduced during the Crown's case. An accused's *Charter* rights are not violated simply because late evidence bolsters the Crown's case. That is a function of the strength of the late evidence and not of the timing of the evidence.

107 Although Gabriel's evidence was significant, it did not change the Crown's case, nor did it change the defence case. Gabriel's evidence mainly corroborated evidence already before the jury. As pointed out by the Court of Appeal, only in two

dans les circonstances du procès, l'admission du témoignage tardif a porté atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière. Après avoir soigneusement examiné ce qui se serait probablement passé si le témoignage avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public, la Cour d'appel a conclu que l'admission de ce témoignage tardif ne privait pas l'accusée d'un procès équitable et ne portait pas atteinte à son droit à une défense pleine et entière. J'arrive à la même conclusion.

En premier lieu, j'établirais une distinction entre l'espèce et l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, dans lequel la Cour à la majorité a statué que l'accusé a été mobilisé contre lui-même. En l'espèce, l'accusée n'a pas été mobilisée contre elle-même dans le sens que son témoignage a permis au ministère de déceler des lacunes dans sa preuve. Le ministère public a toujours su qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve important pour corroborer le témoignage de B.R. Il était conscient de l'existence d'une lacune dans sa preuve depuis le début, mais ignorait qu'il existait une preuve corroborante pour combler cette lacune. C'est seulement lorsque Gabriel a offert de témoigner vers la fin du procès que le ministère public s'est rendu compte que la lacune dans sa preuve pourrait peut-être être comblée.

Les juges majoritaires semblent dire que l'accusée a subi un préjudice parce que le témoignage de Gabriel était important et utile pour la preuve du ministère public. Comme je l'ai mentionné plus haut, cette constatation ne démontre pas l'existence d'un préjudice juridique réel. Le témoignage aurait été tout aussi important et utile s'il avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public. Il n'y a pas d'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé pour la seule raison qu'un élément de preuve tardif appuie la preuve du ministère public. Cette corroboration est le résultat de la force de l'élément de preuve tardif et non du moment auquel il est soumis.

Le témoignage de Gabriel était important, mais il n'a modifié ni la preuve du ministère public ni la preuve de la défense. Ce témoignage a principalement corroboré la preuve dont le jury avait déjà été saisi. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, il

respects could Gabriel be said to have added something new or different. She denied the accused's account of telling her on the Saturday of coming home and finding J.B. already dead. She also said that all three boys, upon the accused's instructions, left their shoes at Trout Lake. Although this evidence was new, it did not change the nature of the Crown's case. It simply corroborated the theory already developed by the Crown — that the accused instructed the boys to kill the deceased and then attempted to eliminate all of the potentially incriminatory evidence. Nor did Gabriel's evidence change the defence case. The defence theory continued to be that the accused came home to find J.B. already dead on the night in question and that her ensuing actions were only done to protect the boys. Her instructions to the boys to lose their shoes were consistent with this theory.

The appellant argues that her ability to make full answer and defence was prejudiced in that she would have conducted her defence differently had she known about Gabriel's evidence. Having her evidence contradicted by Gabriel, she suggests, made it appear as if she were caught in a lie. Again, the submission fails to establish prejudice in the required legal sense.

The first point to note in connection with this submission is that the Crown did not raise the prior inconsistency said to give rise to the prejudice in its questioning of Gabriel. In the course of developing the narrative of Gabriel's evidence, Crown counsel asked only the general question of when Gabriel became "aware or believed" the deceased had died, to which Gabriel replied "I think it was about two days after" (emphasis added). Crown counsel left the matter there. At this point, the contradiction was inchoate, speculative and probably of little consequence. It was counsel for the appellant who chose to explore Gabriel's impression as to when she learned of the death in cross-examina-

y a seulement deux points à l'égard desquels le témoignage de Gabriel pourrait avoir apporté quelque chose de nouveau ou de différent. Gabriel a nié que l'accusée lui ait dit que lorsqu'elle est rentrée chez elle ce samedi-là, elle a constaté que J.B. était déjà mort. De plus, elle a déclaré que les trois garçons avaient laissé leurs chaussures au lac Trout conformément aux instructions de l'accusée. Même si ce témoignage était nouveau, il n'a pas modifié la nature de la preuve du ministère public. Il a simplement corroboré la thèse déjà avancée par le ministère public, à savoir que l'accusée avait chargé les garçons de tuer la victime puis tenté de faire disparaître tous les éléments de preuve qui pouvaient être incriminants. Le témoignage de Gabriel n'a pas non plus modifié la preuve de la défense. La défense a continué de soutenir qu'en rentrant chez elle ce soir-là, l'accusée a constaté que J.B. était déjà mort, et que les faits et gestes de l'accusée par la suite visaient uniquement à protéger les garçons. L'ordre qu'elle a donné aux garçons d'égarer leurs chaussures était compatible avec cette thèse.

L'appelante prétend qu'elle a été lésée dans son droit de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle aurait conduit sa défense autrement si elle avait su ce que Gabriel dirait dans son témoignage. À son avis, le fait que Gabriel a contredit son témoignage a donné l'impression qu'elle était prise en flagrant délit de mensonge. Une fois de plus, ce moyen ne montre pas l'existence d'un préjudice au sens juridique voulu.

En ce qui concerne ce moyen, il convient d'abord de faire remarquer que le ministère public, lorsqu'il a interrogé Gabriel, n'a pas soulevé la question de la déclaration antérieure incompatible qui serait à l'origine du préjudice. Le substitut du procureur général a simplement demandé de façon générale à quel moment elle s'est [TRADUCTION] «rendue compte ou a cru» que la victime était morte, ce à quoi Gabriel a répondu [TRADUCTION] «Je pense que c'était à peu près deux jours plus tard» (je souligne). L'avocat du ministère public en est resté là. À ce moment-là, la contradiction était virtuelle et hypothétique, et ne tirait probablement guère à conséquence. C'est l'avocat de l'ap-

108

109

tion and thus link it with the conversation which Gabriel had had with the appellant. Thus it was the appellant herself who elevated the matter to the status of a collateral issue.

110 The second observation pertinent to this submission is that an accused's right to a fair trial and the right to make full answer and defence does not extend to the right to be protected from contradiction of normally inadmissible, collateral, self-serving statements. The appellant does not suggest that she would not have taken the stand had Gabriel testified, a consideration which might have brought the case within the purview of *P. (M.B.)*, *supra*. She only argues that she was prejudiced because it appeared as if she were caught in a lie. Any such complaint lies ill in the mouth of a witness who chose to lead the evidence concerning the self-serving statement in the first place.

111 The final answer to this submission is that as the trial in fact unrolled, the appellant was afforded the opportunity to meet the disparity between the two versions of what the appellant told Gabriel. She availed herself of this opportunity by calling her sister to testify in support of her version. She was thus permitted to make full answer and defence to Gabriel's evidence. It follows that this submission raises no more than a speculative possibility of prejudice incapable of supporting the rejection of Gabriel's evidence or an order for a mistrial or stay.

112 Cory J. suggests that the appellant was prejudiced because she was forced to respond to Gabriel's new evidence, thereby appearing to give it weight. In my view, any appearance of increased importance that may flow from late evidence can be eliminated by a specific instruction from the trial judge. Modern juries are sophisticated enough to understand that circumstances arise leading to procedural irregularities. With proper instruction, juries are capable of weighing all of the evidence in proper perspective, notwithstanding that differ-

pelante qui a voulu, en contre-interrogatoire, faire préciser à quel moment Gabriel aurait appris la mort de la victime et, par conséquent, faire un lien entre sa réponse et la conversation qu'elle a eue avec l'appelante. C'est donc l'appelante elle-même qui a élevé la question au rang de question incidente.

La deuxième remarque qu'il convient de faire sur ce moyen est que les droits d'un accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière n'englobent pas le droit de ne pas être mis en contradiction avec des déclarations intéressées, incidentes et normalement inadmissibles. L'appelante ne fait pas valoir qu'elle ne se serait pas présentée à la barre si Gabriel avait témoigné, considération qui aurait peut-être pu assujettir l'affaire à l'arrêt *P. (M.B.)*, précité. Elle prétend seulement qu'elle a subi un préjudice du fait qu'elle a semblé être prise en flagrant délit de mensonge. Une revendication de ce genre sied mal à un témoin qui a choisi elle-même au départ de présenter la preuve concernant la déclaration intéressée.

La réponse définitive à ce moyen est que, dans les faits, l'occasion a été fournie à l'appelante, au fur et à mesure du déroulement du procès, de combler l'écart entre les deux versions des faits qu'elle a relatés à Gabriel. Elle a saisi l'occasion de le faire en appelant sa sœur à la barre pour qu'elle confirme sa version. Elle a donc pu opposer une défense pleine et entière au témoignage de Gabriel. Il s'ensuit que ce moyen soulève une simple possibilité théorique de préjudice qui est incapable d'appuyer le rejet du témoignage de Gabriel ou une ordonnance d'annulation du procès ou d'arrêt des procédures.

Le juge Cory semble dire que l'appelante a été lésée parce qu'elle a dû répondre au nouveau témoignage de Gabriel et a de ce fait paru donner du poids à ce témoignage. À mon sens, une directive précise du juge du procès peut éliminer toute apparence de renforcement qui peut résulter d'un élément de preuve tardif. De nos jours, les jurés sont assez perspicaces pour comprendre qu'il peut surgir des circonstances entraînant des irrégularités sur le plan de la procédure. Avec des directives appropriées, ils sont en mesure d'apprécier

ent aspects of the evidence are proffered at different points in the trial. The trial judge properly instructed the jury concerning the late evidence. He carefully advised the jury that Gabriel's evidence should be considered on the same footing as the other evidence in the case. In these circumstances, the late presentation of Crown evidence did not prejudice the appellant's right to a fair trial.

The appellant also argues that she was not able to make full answer and defence because she lacked sufficient time to prepare for cross-examination of Gabriel. As the Court of Appeal pointed out, a witness statement was provided to defence counsel on June 3 and cross-examination was not concluded until June 8. The appellant had five days, including two days on the weekend when court was not in session, to prepare for the cross-examination of Gabriel. Gabriel was not a stranger to the appellant. The appellant and Gabriel had been good friends for many years. It follows that the argument that the appellant needed more time to find "ammunition to attack her credibility" is without merit. The transcript of the evidence reveals that the appellant had ample ammunition to attack Gabriel's credibility. The appellant does not point to any other evidence of bad character that could have been found had she been allowed more time to search out "ammunition". In my view, the appellant had sufficient time to prepare for the cross-examination of Gabriel and accordingly, her ability to make full answer and defence was not prejudiced.

The appellant finally argues that she might have dealt with the other Crown witnesses differently had she known about Gabriel's evidence. The fact that she might have cross-examined the other witnesses differently does not necessarily mean that she suffered prejudice. The appellant was free to recall the other Crown witnesses to question them

l'ensemble de la preuve dans son contexte, même si différents aspects de la preuve sont présentés à différents stades du procès. Le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur le témoignage tardif. Il a soigneusement informé le jury que le témoignage de Gabriel devait être mis sur un pied d'égalité avec les autres éléments de preuve ayant été produits en l'espèce. Dans les circonstances, la présentation tardive de la preuve du ministère public n'a pas porté atteinte au droit de l'appelante à un procès équitable.

L'appelante soutient en outre qu'elle n'a pas été en mesure de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle n'a pas eu suffisamment de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel. Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, une déclaration du témoin a été fournie à l'avocat de la défense le 3 juin et le contre-interrogatoire n'a pris fin que le 8 juin. L'appelante a eu cinq jours, incluant deux jours pendant la fin de semaine alors que la cour ne siégeait pas, pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel. Celle-ci n'était pas une inconnue pour l'appelante. En effet, Gabriel et l'appelante étaient de bonnes amies depuis de nombreuses années. Il s'ensuit que l'argument selon lequel l'appelante avait besoin de plus de temps pour trouver des [TRADUCTION] «munitions pour attaquer sa crédibilité» est mal fondé. La transcription des témoignages révèle que l'appelante avait suffisamment de munitions pour attaquer la crédibilité de Gabriel. L'appelante n'attire l'attention sur aucune autre preuve de mauvaise moralité qu'elle aurait pu trouver si elle avait eu plus de temps pour découvrir des «munitions». Selon moi, l'appelante a eu assez de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel et, par conséquent, elle n'a pas été lésée dans son droit à une défense pleine et entière.

En dernier lieu, l'appelante soutient qu'elle s'y serait peut-être prise différemment avec les autres témoins à charge si elle avait su ce que Gabriel dirait dans son témoignage. Le fait qu'elle aurait peut-être contre-interrogé les autres témoins différemment ne veut pas forcément dire qu'elle a subi un préjudice. L'appelante était libre de rappeler à

about matters arising out of the late evidence. (Given the order for exclusion of witnesses, those witnesses would not have heard the late evidence.) The appellant was also free to call new witnesses, which she did. The appellant has not shown that her inability to deal with the Crown witnesses irremediably prejudiced her ability to make full answer and defence.

115 In conclusion, I agree with the Court of Appeal that this is not a case where “it appears that . . . an injustice has resulted” from admission of the late evidence (*McKenna, supra*, at pp. 66-67). To put it in the language of the *Charter*, it is not a case where prejudice to the accused’s right to make full answer and defence has been shown.

116 I agree with Cory J. on the issue of character evidence. I find no reason to intervene in the trial judge’s discretionary finding on the admissibility of this evidence.

117 I would dismiss the appeal and confirm the conviction.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

118 SOPINKA J. — I agree with Cory J. for the reasons he gives that the trial judge erred in reopening the case in order to allow the Crown to call another witness. I also agree that a new trial must be ordered. With respect, I disagree that the evidence of previous sexual activity of the appellant with one of the boys and the evidence of stolen property located in the appellant’s home was admissible for the purpose of assessing the general credibility of the appellant. In my view, its use should have been limited to the purposes for which these pieces of evidence were admitted.

119 It is well established that an accused who has not put his or her character in issue cannot be cross-examined with respect to discreditable mis-

la barre les autres témoins à charge pour leur poser des questions sur des points découlant du témoignage tardif. (Vu l’ordonnance d’exclusion des témoins, ceux-ci n’auraient pas entendu le témoignage tardif.) De plus, l’appelante était libre de citer de nouveaux témoins, ce qu’elle a fait. Elle n’a pas démontré que son incapacité de s’occuper des témoins à charge a irrémédiablement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

En conclusion, je conviens avec la Cour d’appel qu’il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle «il semble qu’il [. . .] ait résulté une injustice» de l’admission du témoignage tardif (*McKenna, précité*, aux pp. 66 et 67). Selon la formule de la *Charte*, il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle l’atteinte au droit de l’accusée à une défense pleine et entière a été prouvée.

Je suis d’accord avec le juge Cory sur la question de la preuve de moralité. Je ne vois aucune raison d’intervenir dans la conclusion tirée par le juge du procès dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l’admissibilité de cette preuve.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je conviens avec le juge Cory, pour les motifs qu’il fournit, que le juge du procès a commis une erreur en rouvrant la preuve afin de permettre au ministère public de faire entendre un autre témoin. Je suis également d’avis, comme lui, qu’il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. En toute déférence, je ne crois pas que la preuve d’actes sexuels antérieurs entre l’appelante et l’un des garçons et la preuve de la présence de biens volés dans la maison de l’appelante étaient admissibles afin d’évaluer la crédibilité générale de l’appelante. Selon moi, l’utilisation de ces éléments de preuve aurait dû être limitée aux fins pour lesquelles ils ont été admis.

Il est bien établi qu’un accusé qui n’a pas mis sa moralité en cause ne peut être contre-interrogé sur une conduite déshonorante qui n’est pas mention-

conduct which is not charged in the indictment unless the evidence is otherwise relevant to an issue. This restriction on cross-examination is simply part of the rule that was laid down in *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25, which prohibits the Crown from leading evidence tending to show that the accused is of bad character unless the accused has adduced evidence of good character and thereby placed his or her character in issue.

The rationale for this exclusionary rule is not that the evidence is logically irrelevant but that its probative value is exceeded by its prejudicial effect. See *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 198-203, *per* Lamer J. Accordingly, such evidence is excluded as a matter of policy. This policy, the expression of which is attributed to the *Makin* case (*Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.)) as the seminal authority, is that an accused should be tried on the basis of evidence presented relating to the transaction charged and not on the basis of disposition to commit the crime. In *Maxwell v. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152 (H.L.), this policy was described at p. 169 as:

... one of the most deeply rooted and jealously guarded principles of our criminal law, which, as stated in *Makin v. Attorney-General for New South Wales* ([*supra*], at p. 65), is that "it is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to show that the accused had been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his conduct or character to have committed the offence for which he is being tried."

This policy applies equally whether the evidence is introduced through Crown witnesses or by cross-examination of the accused. Moreover, it applies notwithstanding that the purpose of the cross-examination is limited to attacking the credibility of the accused. Accordingly, an accused person who testifies and has not placed his or her character in issue cannot be cross-examined on discreditable conduct unless such conduct relates to an issue other than the credibility of the accused.

née dans l'acte d'accusation que si ce témoignage se rapporte par ailleurs à une question en litige. Cette restriction applicable aux contre-interrogatoires fait simplement partie de la règle qui a été établie dans l'arrêt *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox. C.C. 25, qui interdit au ministère public de produire une preuve tendant à démontrer la mauvaise moralité de l'accusé, à moins que l'accusé n'ait produit une preuve de bonne réputation et, de ce fait, mis sa moralité en cause.

La raison de cette règle d'exclusion ne réside pas dans le fait que cette preuve est logiquement dénuée de pertinence, mais dans le fait que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 198 à 203, le juge Lamer. Ces considérations justifient ainsi le principe de l'exclusion de pareille preuve. Ce principe, qui tire son origine du célèbre arrêt *Makin* (*Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.)), veut qu'un accusé soit jugé en fonction de la preuve qui a été produite relativement à l'infraction reprochée et non en fonction de sa propension à commettre le crime. Dans l'arrêt *Maxwell c. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152 (H.L.), ce principe est exposé en ces termes à la p. 169:

[TRADUCTION] ... l'un des principes les plus profondément enracinés et les plus jalousement protégés de notre droit criminel qui, comme il est dit dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales* ([précité], à la p. 65), est qu'«il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut pas, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation».

Ce principe s'applique pareillement, que la preuve soit présentée par des témoins à charge ou au cours du contre-interrogatoire de l'accusé. En outre, ce principe s'applique même si le contre-interrogatoire a pour seul but d'attaquer la crédibilité de l'accusé. Par conséquent, un accusé qui témoigne et qui n'a pas mis sa moralité en cause ne peut pas être contre-interrogé sur une conduite déshonorante, à moins que cette conduite ne se rapporte à une autre question que sa crédibilité. Cette

120

121

This exception to the general rule which prohibits such cross-examination will often apply when the cross-examination is directed to prove the falsity of some aspect of the evidence given by the accused. In *R. v. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103 (C.A.), at pp. 123-24, Martin J.A., after reviewing the authorities including several decisions of this Court, concluded as follows:

I conclude that, save for cross-examination as to previous convictions permitted by s. 12 of the *Canada Evidence Act*, an accused may not be cross-examined with respect to misconduct or discreditable associations unrelated to the charge on which he is being tried for the purpose of leading to the conclusion that by reason of his bad character he is a person whose evidence ought not to be believed. Cross-examination, however, which is directly relevant to prove the falsity of the accused's evidence does not fall within the ban, notwithstanding that it may incidentally reflect upon the accused's character by disclosing discreditable conduct on his part.

I agree with this statement of the law.

122

Martin J.A. also commented on the reason why the policy against the use of character evidence for the purpose of determining innocence or guilt applies to prohibit use of such evidence to impugn the credibility of an accused who testifies. At p. 121 he stated:

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

Consequently, limitations are imposed with respect to the cross-examination of an accused which do not apply in the case of an ordinary witness.

exception à la règle générale qui interdit pareil contre-interrogatoire s'appliquera souvent lorsque le contre-interrogatoire vise à prouver la fausseté de certains éléments du témoignage de l'accusé. Dans *R. c. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103 (C.A.), aux pp. 123 et 124, le juge Martin, après avoir examiné la jurisprudence, dont plusieurs décisions de notre Cour, est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Je conclus que, sauf pour les contre-interrogatoires sur des déclarations de culpabilité antérieures qui sont autorisés par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un accusé ne peut pas être contre-interrogé sur une conduite répréhensible ou sur sa fréquentation d'individus louches quand cela n'a rien à voir avec l'accusation pour laquelle il est jugé, dans le but d'amener à conclure que, du fait de sa mauvaise moralité, l'accusé est une personne dont le témoignage ne devrait pas être cru. Toutefois, le contre-interrogatoire qui est directement pertinent pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé n'est pas visé par l'interdiction, en dépit du fait qu'il peut nuire incidemment à la moralité de l'accusé en dévoilant une conduite déshonorante de sa part.

Je souscris à cet énoncé du droit.

Le juge Martin a également fait des remarques sur la raison pour laquelle le principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité dans le but de déterminer l'innocence ou la culpabilité s'applique pour interdire l'utilisation d'une telle preuve en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé qui témoigne. À la p. 121, il a déclaré:

[TRADUCTION] À mon avis, la règle de principe qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

Par voie de conséquence, le contre-interrogatoire d'un accusé fait l'objet de restrictions qui ne s'appliquent pas dans le cas d'un témoin ordinaire.

I would add that there is good reason why the policy applies *a fortiori* to prevent the use of such evidence for the purpose of impugning credibility. As I have stated above, when evidence as to disposition is tendered for the purpose of proving guilt, it is logically relevant. It is excluded by reason of our system's aversion to convicting a person charged because he or she is a bad person. If an accused could be convicted on the basis of past misconduct which disclosed a disposition to commit the offence charged, an old offender might never be able to obtain a fair trial on the basis of evidence relating to that charge. In respect of credibility, it is highly questionable that as a general rule a logical relationship exists between misconduct and veracity. Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970)), speaking about the use of character evidence to discredit witnesses generally, stated at p. 724:

The modern tendency is to abandon the old notion (a mark of a primitive stage of opinion) that a usually bad man will usually lie and a usually good man will usually tell the truth. It would seem desirable to consider the expediency of restricting the resort to this feeble and petty class of evidence. Another and more advanced generation will possibly persuade itself to this decision. . . .

And at p. 725:

From the point of view of modern psychology, the moral disposition which tends for or against falsehood is an elusive quality. Its intermittent operation in connection with other tendencies, and the difficulty of ascertaining its quality and force, make it by no means a feature peculiarly reliable in the diagnosis of testimonial credit. Hence to the psychologist, the common law's reliance on character as an index of falsehood is crude and childish.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which permits a witness, including an accused, to be cross-examined on previous convictions, is a legislated exception to the policy. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, this Court held that notwithstanding the absolute language of

J'ajouterais qu'il y a une bonne raison pour laquelle ce principe s'applique *a fortiori* pour empêcher l'utilisation d'une telle preuve dans le but d'attaquer la crédibilité. Comme je l'ai affirmé plus haut, une preuve ayant trait à la propension qui est soumise afin de prouver la culpabilité est logiquement pertinente. Elle est exclue à cause de la répugnance de notre système à déclarer un accusé coupable parce qu'il est une mauvaise personne. Si un accusé pouvait être reconnu coupable sur le fondement d'une inconduite antérieure qui révèle une propension à commettre l'infraction reprochée, un ancien contrevenant ne serait peut-être jamais capable d'obtenir un procès équitable en fonction de la preuve relative à cette accusation. S'agissant de la crédibilité, il est très douteux qu'il existe, en règle générale, un lien logique entre une inconduite et la véracité. Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (rév. Chadbourn 1970)) a fait les remarques suivantes, à la p. 724, sur l'utilisation de la preuve de moralité pour discréditer les témoins en général:

[TRADUCTION] La tendance actuelle est d'abandonner la vieille idée (la marque d'un stade primitif d'opinion) qu'un homme généralement mauvais mentira généralement et qu'un homme généralement bon dira généralement la vérité. Il semblerait souhaitable d'envisager l'opportunité de limiter le recours à ce type de preuve faible et mesquin. Une autre génération plus évoluée se laissera peut-être convaincre par ce point de vue . . .

Et à la p. 725:

[TRADUCTION] Du point de vue de la psychologie moderne, l'inclination morale qui fait ou non pencher vers le mensonge est une qualité insaisissable. Vu son fonctionnement intermittent relativement à d'autres tendances, et la difficulté à vérifier sa qualité et sa force, il ne s'agit pas d'un trait particulièrement fiable dans l'analyse de la crédibilité d'un témoin. Pour le psychologue, donc, le recours par la common law à la moralité en tant qu'indice de mensonge est rudimentaire et puéril.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui permet de contre-interroger un témoin, y compris un accusé, sur des déclarations de culpabilité antérieures, est une exception législative à ce principe. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, notre Cour a statué

s. 12, when the section is interpreted in light of the provisions of the *Charter*, it confers on the Court a residual discretion to exclude such cross-examination when the interests of justice require it. Dickson C.J., who wrote the majority reasons, agreed with La Forest J., dissenting, that there was a discretion to exclude such cross-examination and generally with the manner in which it is to be exercised. Their disagreement related to the application of the principles applied by La Forest J. to the facts of the case. In the course of his reasons, La Forest J. stated at p. 719:

Nonetheless, the issue raises *Charter* concerns. These receive some support from recent empirical studies that suggest, albeit inconclusively, that whether or not a person tells the truth as he perceives it is a function primarily of the specific context or situation, and not of past conduct, or that, at best, only convictions for crimes involving a lack of veracity are relevant (in the Thayerian sense) to credibility: see, e.g., Lawson, "Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem" (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, at pp. 783-89; Doob and Kirshenbaum, "Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused" (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; see also the discussion in Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, at p. 544.

One of the factors to be considered in the exercise of this discretion is whether the conviction is integrity- or credit-related.

que, en dépit des termes catégoriques employés à l'art. 12, lorsque cette disposition est interprétée dans l'optique des dispositions de la *Charte*, elle confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire résiduel d'interdire un tel contre-interrogatoire quand l'intérêt de la justice l'exige. Le juge en chef Dickson, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, a convenu avec le juge La Forest, dissident, que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'interdire un tel contre-interrogatoire, et était généralement d'accord sur la façon dont ce pouvoir doit être exercé. Le désaccord entre les juges avait trait à l'application des principes par le juge La Forest aux faits de l'espèce. Dans ses motifs, le juge La Forest a déclaré, à la p. 719:

Néanmoins, la question fait naître certaines inquiétudes fondées sur la *Charte*. Ces inquiétudes sont justifiées jusqu'à un certain point par des études empiriques récentes qui laissent entendre, quoique d'une manière non concluante, que la question de savoir si une personne dit la vérité telle qu'elle la perçoit dépend avant tout des circonstances ou du contexte en présence et non pas de la conduite antérieure, ou que, tout au plus, seules sont pertinentes (au sens où l'entend Thayer) relativement à la crédibilité les condamnations pour des crimes comportant comme élément la fausseté: voir, par exemple, Lawson, «Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem» (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, aux pp. 783 à 789; Doob et Kirshenbaum, «Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused» (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; voir aussi l'analyse que l'on trouve dans Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, à la p. 544.

L'un des facteurs à prendre en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est la question de savoir si la déclaration de culpabilité se rapporte à l'intégrité ou à la crédibilité.

L'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, contient un exemple récent qui se rapporte directement au présent pourvoi et illustre l'absence de lien entre l'inconduite et la crédibilité. Pendant de nombreuses années, on avait considéré que l'inconduite sexuelle antérieure d'un plaignant était pertinente quant à sa crédibilité. Dans l'arrêt *Seaboyer*, ce «mythe» a été complètement détruit. À la p. 612, le juge McLachlin a déclaré au nom des juges majoritaires:

A recent example which is directly relevant to this appeal and which illustrates the lack of any connection between misconduct and credibility is contained in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. For many years, previous sexual misconduct of a complainant was treated as relevant to a complainant's credibility. In *Seaboyer* this "myth" was totally discredited. At p. 612, McLachlin J. on behalf of the majority stated:

The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness.

It would seem that this principle should apply *a fortiori* to an accused, especially so in this case in which the accused has not put her character in issue.

In view of the strong policy against the use of character evidence to impugn credibility, I do not understand the rationale that permits the policy to be discarded when evidence of bad character is admitted, not because it is shown to be relevant to credibility, but because the evidence is relevant to another issue. Of course, if it is admitted under the exception referred to in *Davison, supra*, to show the falsity of testimony given by the accused, it will also be relevant to credibility generally. That is because the accused's evidence is shown to be false in one respect and an inference may be drawn that the accused is not credible in other respects. If, however, the only effect of the evidence is that it tends to show a disposition to be untruthful, then there is no reason that the policy against the use of such evidence should not apply. If the evidence is admitted for another purpose, its use should be restricted to the purpose for which it is admitted. It is a principle that is generally applied when evidence is admitted for a limited purpose. The principle is implemented by an instruction to the trier of fact as to the limited use to which the evidence is to be put. The examples of the application of the principle are legion. It has been applied to restrict the use of: (1) similar acts (see *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111); (2) cross-examination of an accused on convictions under s. 12 of the *Canada Evidence Act* (see *Corbett, supra*, at p. 688); and (3) hearsay evidence admissible for a limited purpose (see *Boykovich v. Boykovich*, [1955] S.C.R. 151, at pp. 160-61).

L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin.

Il semblerait que ce principe s'applique à plus forte raison à un accusé, particulièrement en l'espèce puisque l'accusée n'a pas mis en cause sa moralité.

Compte tenu du solide principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité pour attaquer la crédibilité, je ne vois pas la raison qui permet d'écarter ce principe lorsqu'une preuve de mauvaise moralité est admise, non pas parce qu'il est démontré que cette preuve se rapporte à la crédibilité, mais parce qu'elle se rapporte à une autre question. Il va de soi que si cette preuve est admise sous le régime de l'exception mentionnée dans l'arrêt *Davison*, précité, pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé, elle sera également pertinente quant à la crédibilité en général. C'est qu'il est démontré que le témoignage de l'accusé est faux sous un rapport et qu'il est possible d'en déduire que l'accusé n'est pas une personne crédible sous d'autres rapports. Toutefois, si le seul effet de la preuve est qu'elle tend à démontrer une propension au mensonge, alors il n'y a pas de raison pour que le principe interdisant l'utilisation de cette preuve ne s'applique pas. Si la preuve est admise dans un autre but, son utilisation devrait être limitée au but pour lequel elle a été admise. C'est un principe qui est généralement appliqué lorsque la preuve est admise dans un but limité. Ce principe est mis en œuvre au moyen d'une directive donnée au juge des faits sur l'utilisation limitée qui doit être faite de la preuve. Les exemples de l'application de ce principe sont nombreux. Ce principe a été appliqué pour limiter l'utilisation: (1) de faits similaires (voir *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111); (2) du contre-interrogatoire d'un accusé relativement à des condamnations en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir *Corbett*, précité, à la p. 688), et (3) d'une preuve par oui-dire admissible dans un but limité (voir *Boykovich c. Boykovich*, [1955] R.C.S. 151, aux pp. 160 et 161).

127

To the extent that *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.), suggests that once evidence is adduced for any purpose it can be used to impeach credibility if it reflects adversely on the character of the accused, I would not follow it. While I have the greatest respect for the opinion of Martin J.A., the statement relied on by Cory J. contains no explanation as to why the policy against the use of such evidence is displaced because the evidence gets in for another limited purpose. No authority is cited other than *Davison*, *supra*. Martin J.A. correctly observes that that case does not hold that the evidence that is properly in the record cannot be used in assessing credibility. But it does not state that it can be used for that purpose. Nor was the evidence used for that purpose notwithstanding that it might have been so used since it appears to have been admitted under the exception that permits such evidence to be admitted to show the falsity of evidence given by the accused.

128

The evidence in this case was admitted with respect to its relevance to issues other than credibility. The previous sexual misconduct with H.M. was admitted as tending to show why he would be subject to the appellant's direction and control. The evidence as to stolen property tended to explain the motive for reprisals against the deceased. It was not admitted for the purpose of impugning credibility but, clearly, the jury were instructed that it could be used for this purpose. Such use was highly prejudicial to the appellant. Since I agree with Cory J. that there must be a new trial by reason of the error in respect of the first ground, it is unnecessary to consider the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to this ground.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Oliver & Company, Vancouver.*

Dans la mesure où l'arrêt *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.), dit qu'une preuve qui a été produite dans un but donné peut être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé si elle discrédite sa moralité, je ne suivrais pas cet arrêt. J'ai beaucoup de respect pour l'opinion du juge Martin, mais l'affirmation sur laquelle s'appuie le juge Cory ne contient aucune explication quant à la raison pour laquelle le principe interdisant l'utilisation d'une telle preuve est écarté parce que la preuve est présentée dans un autre but limité. Aucune autre décision n'est invoquée à part l'arrêt *Davison*, précité. Le juge Martin fait remarquer à bon droit qu'il n'est pas dit dans cette affaire que la preuve qui a été admise à bon droit ne peut pas être utilisée pour évaluer la crédibilité. Mais il n'est pas dit non plus que la preuve peut être utilisée dans ce but. Du reste, la preuve n'a pas été utilisée dans ce but, en dépit du fait qu'elle aurait pu l'être étant donné qu'elle paraît avoir été admise en vertu de l'exception qui permet l'admission de pareille preuve pour démontrer la fausseté du témoignage de l'accusé.

La preuve en l'espèce a été admise parce qu'elle se rapporte à d'autres questions que la crédibilité. L'inconduite sexuelle antérieure de l'appelante avec H.M. a été admise en preuve parce qu'elle tendait à démontrer pourquoi l'appelante aurait eu une emprise sur celui-ci. La preuve relative aux biens volés tendait à expliquer la raison des représailles exercées contre la victime. Elle n'a pas été admise dans le but d'attaquer la crédibilité de l'appelante, mais, de toute évidence, le juge du procès a dit au jury que cette preuve pouvait être utilisée dans ce but. Pareille utilisation de la preuve a été très préjudiciable à l'appelante. Comme je conviens avec le juge Cory qu'un nouveau procès doit avoir lieu à cause de l'erreur commise relativement au premier moyen, il n'est pas nécessaire que j'examine l'application à ce moyen du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

*Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante: Oliver & Company, Vancouver.*

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

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

**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**03159442**

**OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canadian Government Publishing

PWGSC

Ottawa, Canada

K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Les Éditions du gouvernement du Canada

TPSGC

Ottawa, Canada

K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1997 Vol. 2**

and Tables

Cited as [1997] 2 S.C.R. { i-xliv  
777-940

**5<sup>e</sup> cahier, 1997 Vol. 2**

et Tables

Renvoi [1997] 2 R.C.S. { i-xliv  
777-940

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are notified of amendments to Rules 33 to 36 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* (and consequential amendments to other rules, forms and schedules) registered as SOR/97-476 and published in Part II of the *Canada Gazette* on October 29, 1997.

### Case on appeal

Under the new rules it will no longer be necessary for the parties to agree on a joint case on appeal. Rather, the appellant is required to serve and file, at the same time as the factum, an **appellant's record** containing the judgment objected to and only so much of the pleadings, evidence, affidavits and documents as are necessary to raise the question for the decision of the Court, no more and no less.

If the respondent thinks the appellant has omitted to file something that the Court would require to decide the case, the respondent may serve and file a **respondent's record**, at the same time as the factum, to supplement the appellant's record.

The provisions of s. 63 of the *Supreme Court Act*, under which the full record from the court below is transmitted to the Registrar, have not changed.

### Books of Authorities

Each party and intervener is required to serve and file a book of authorities containing only the relevant portions of the authorities upon which the party or intervener relies. A respondent's book will contain only the extracts of authorities not already included in the appellant's book and an intervener's book will contain only those extracts not already contained in the parties' books.

### Condensed Books

Parties must file a condensed book containing the excerpts from the record and books of authorities that the party intends to refer to in oral argument in cases where their record and authorities combined consist of three or more volumes.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont priés de prendre note des modifications apportées aux articles 33 à 36 des *Règles de la Cour suprême du Canada* et des changements correspondants aux autres articles, formules et annexes par le règlement DORS/97-476, publié dans la partie II de la *Gazette du Canada*, le 29 octobre 1997.

### Les Dossiers

En vertu des nouvelles règles, il n'est plus nécessaire que les parties s'entendent sur le dossier conjoint. Dorénavant, l'appelant est tenu de déposer et de faire signifier, en même temps que son mémoire, un document appelé **Dossier de l'appelant**, composé du jugement contesté et des seuls éléments — actes de procédure, preuves, affidavits et autres documents — nécessaires à la recevabilité de l'appel par la Cour, rien de plus, rien de moins.

Si l'intimé est d'avis que l'appelant a omis de déposer quelque chose dont la Cour a besoin pour statuer sur le pourvoi, il dépose et fait signifier, en même temps que son mémoire, un document appelé **Dossier de l'intimé**, destiné à compléter celui de l'appelant.

Aucune modification n'a été apportée à l'article 63 de la *Loi sur la Cour suprême* en vertu duquel la Cour dispose du **dossier complet de la juridiction inférieure** que lui transmet le registraire de cette juridiction.

### Les Recueils de jurisprudence et de doctrine

Chaque partie et chaque intervenant est tenu de déposer et de faire signifier un recueil contenant les seuls extraits pertinents des textes de jurisprudence et de doctrine qu'il invoque. Le recueil de jurisprudence et de doctrine de l'intimé ne doit contenir que les extraits qui ne figurent pas déjà dans celui de l'appelant, et celui de l'intervenant ne doit contenir que les extraits non reproduits dans ceux des parties.

### Les Recueils condensés

L'appelant et l'intimé préparent chacun un recueil condensé, composé des extraits de leur dossier et recueil de jurisprudence et de doctrine qu'ils entendent invoquer à l'audience lorsque leur dossier et leur recueil de jurisprudence et de doctrine respectifs est composé d'au moins trois volumes.

**Format**

Please see the amended rules for requirements for printing.

**Transition**

The new rules apply to all proceedings where the appellant files the notice of appeal on or after October 29, 1997. Nevertheless, they may be used in other cases, by agreement of the parties and with notice to the Court.

For further information, please contact Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

This notice replaces the corresponding two notices to the profession dated November 1994.

**Format**

Veillez consulter les modifications quant à l'impression des documents.

**Mesures transitoires**

Les nouvelles règles s'appliquent à toutes les affaires dans lesquelles l'avis d'appel est déposé à compter du 29 octobre 1997. Toutefois, les parties peuvent, d'un commun accord, décider de suivre les nouvelles règles dans les autres cas.

Toutes questions concernant le présent avis doivent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

Le présent avis remplace les deux avis correspondants du mois de novembre 1994.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

October 1997

Octobre 1997

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are reminded of the following principles respecting costs in matters before the Supreme Court of Canada.

### **Discontinuances**

The rule applied is that costs should be awarded unless there is a consent to a discontinuance without costs or a judge or the Court orders that the discontinuance be made without costs. In this regard, counsel are referred to Rules 25 and 43.

### **Applications for leave**

The Court will consider costs only in those cases where costs are requested. This applies to applications for leave only.

For further information, please contact Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-7520.

November 1997

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont priés de tenir compte des principes suivants en ce qui concerne les dépens dans les affaires devant la Cour suprême du Canada.

### **Désistements**

Le principe est que les dépens sont accordés sauf s'il y a consentement au désistement sans dépens ou si un juge ou la Cour ordonne qu'il y ait désistement sans dépens. Les avocats sont priés de consulter les articles 25 et 43 des *Règles*.

### **Demandes d'autorisation**

Dans le cadre des demandes d'autorisation, la Cour n'examine la question des dépens que si ceux-ci sont demandés.

Pour de plus amples renseignements, communiquez avec Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-7520.

Novembre 1997

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1997.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited.....	xxxix
Index.....	929

**Doré v. Verdun (City)..... 862**

Municipal law — Civil remedies against municipality — Bodily injury — Prescription — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in Civil

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1997.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xix
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xxxvii
Doctrine citée.....	xxxix
Index.....	935

**Doré c. Verdun (Ville)..... 862**

Droit municipal — Recours civils contre une municipalité — Préjudice corporel — Prescription — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

Prescription — Bodily injury — Municipality — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in Civil Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

Interpretation — Civil Code of Québec — Usefulness of Minister of Justice's commentaries in interpreting provisions of Civil Code of Québec — Parliamentary history.

Interpretation — Civil Code of Québec — Difference between English and French versions — Scope of English version of provision narrower than that of French version — Interpretation principle based on meaning shared by both versions rejected — French version preferred to English version because consistent with legislature's intention — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930.

Interpretation — Legislation — Conflict — Provision of Cities and Towns Act applicable "any provision of law to the contrary notwithstanding" — Subsequent provision of Civil Code of Québec on same subject applicable "Notwithstanding any stipulation to the contrary" — Whether more recent provision takes precedence — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

### **Pasiecznyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)..... 890**

Administrative law — Judicial review — Privative clause — Compensation scheme barring actions against employers if compensation received — Compensation received and action launched alleging breach of statutory duty — Workers' Compensation Board determining actions statute barred — Standard of review (patent unreasonableness or correctness) applicable — If patent unreasonableness, was the Board's decision patently unreasonable — If correctness, was the Board's decision correct — Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 2(f)(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 22(1)(b), (h), (i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.

### **R. v. Cogger..... 845**

Criminal law — Fraud upon the government — Elements of offence — Accepting benefit as government official to exercise influence on government — Accused who had made representations to government on behalf of two companies in his

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

Prescription — Préjudice corporel — Municipalité — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

Interprétation — Code civil du Québec — Utilité des Commentaires du ministre de la Justice dans l'interprétation des dispositions du Code civil du Québec — Travaux préparatoires.

Interprétation — Code civil du Québec — Divergence entre les versions française et anglaise — Version anglaise du texte ayant une portée plus restreinte que la version française — Principe d'interprétation favorisant le sens commun des deux versions écarté — Version française préférée à la version anglaise parce que conforme à l'intention du législateur — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930.

Interprétation — Législation — Conflit — Disposition de la Loi sur les cités et villes applicable «nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire» — Disposition subséquente du Code civil du Québec portant sur le même sujet applicable «Malgré toute disposition contraire» — La disposition la plus récente a-t-elle priorité? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

### **Pasiecznyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)..... 890**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Clause privative — Régime d'indemnisation interdisant les poursuites contre les employeurs lorsqu'une indemnisation a été reçue — Indemnisation reçue et poursuite intentée alléguant la violation d'une obligation imposée par la loi — La Workers' Compensation Board a conclu que les poursuites étaient interdites par la loi — Norme de contrôle (caractère manifestement déraisonnable ou décision correcte) à appliquer — Si c'est la norme du caractère manifestement déraisonnable, la décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable? — Si c'est la norme de la décision correcte, la décision de la Commission était-elle correcte? — Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 2f(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 22(1)(b), (h), (i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

capacity as their lawyer continued to do so after being appointed senator — Accused receiving fees from companies and granted loan by principal shareholder — Whether offence under s. 121(1)(a) of Criminal Code requires “corrupt” state of mind — Whether trial judge erred in his appreciation of mens rea of offence — If so, whether conviction should be entered or new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(a).

### **R. v. Esau**..... 777

Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge erred in not putting defence to jury — Whether there was sufficient evidence to give defence “air of reality”.

Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Defence not raised by accused at trial — Whether defence can be raised on appeal.

### **R. v. Greyeyes** ..... 825

Criminal law — Aiding or abetting — Trafficking and possession of illegal drugs — Accused assisting undercover officer to purchase drugs — Whether or not person assisting purchase of illegal drugs aiding or abetting trafficker — Whether or not entitled to benefit from exception to trafficking accorded purchasers — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(1).

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Cogger**..... 845

Droit criminel — Fraude contre le gouvernement — Éléments de l’infraction — Acceptation d’un bénéficiaire à titre de fonctionnaire en contrepartie de l’exercice d’influence sur le gouvernement — Démarches auprès du gouvernement amorcées par l’accusé à titre d’avocat pour le compte de deux sociétés et poursuivies après sa nomination au Sénat — Acceptation par l’accusé d’honoraires versés par les sociétés et d’un prêt consenti par le principal actionnaire — L’infraction prévue à l’art. 121(1)a) du Code criminel exige-t-elle un état d’esprit «corrompu»? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son appréciation de la mens rea de l’infraction? — Dans l’affirmative, devrait-on inscrire une déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)a).

### **R. c. Esau**..... 777

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas ce moyen de défense au jury? — Y avait-il une preuve suffisante pour que le moyen de défense invoqué soit «raisonnable»? —

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Moyen de défense non invoqué par l’accusé au procès — Peut-il être invoqué en appel?

### **R. c. Greyeyes** ..... 825

Droit criminel — Aider ou encourager — Trafic et possession de drogue illégale — Accusé aidant un agent d’infiltration à acheter de la drogue — La personne qui aide à l’achat de drogue illégale aide-t-elle ou encourage-t-elle le trafiquant? — A-t-elle le droit de bénéficier de l’exception relative au trafic qui s’applique aux acheteurs? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1).



## 1997 Volume 2

# Canada Supreme Court Reports

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Director, Law Reports*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Christian C.-Després  
Marcelle Gendron

*Manager, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Technical Revisors*  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty  
Claudine Guenette

*Office Manager*  
Suzanne Giguère

*Editorial Assistant*  
Ingrid Loyola-Nazareth

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Directrice, Recueil*  
Odile Calder

*Arrêtiistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Christian C.-Després  
Marcelle Gendron

*Gestionnaire, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Réviseurs techniques*  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty  
Claudine Guenette

*Chef de bureau*  
Suzanne Giguère

*Adjointe à l'édition*  
Ingrid Loyola-Nazareth

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

## ERRATA

[1992] 1 S.C.R. p. 1111, line *f*-1 of the English version.  
Read “this criterion” instead of “this criteria”.

[1996] 2 S.C.R. p. 1078, para. 18, line 2 of the English version. Read “Cardozo C.J.” instead of “Cardozo J.”.

[1992] 1 R.C.S. p. 1111, ligne *f*-1 de la version anglaise.  
Lire «this criterion» au lieu de «this criteria».

[1996] 2 R.C.S. p. 1078, par. 18, ligne 2 de la version anglaise. Lire «Cardozo C.J.» au lieu de «Cardozo J.»

## MOTIONS — REQUÊTES

(April 1 to August 31, 1997 — 1<sup>er</sup> avril au 31 août 1997)

- 111648 Canada Inc. c. Astra Plaza Ltd.* (Qué.), 25722, leave to appeal refused with costs, 12.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 3044190 Canada Inc. c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 25914, leave to appeal refused with costs, 12.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 453333 B. C. Ltd. v. Primex Investments Ltd.* (B.C.), 25729, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Agence J.W.E.R. Bernier Ltée c. Ultramar Canada Inc.* (Qué.), 25737, leave to appeal refused with costs, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ahani v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25580, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Albert v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25736, leave to appeal refused, 28.8.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ali v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25766, leave to appeal refused, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Allison v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25876, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Altoba Development Ltd. v. Saskpower* (Sask.), 25759, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- American Home Co. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent* (Qué.), 25794, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens et autorisation de pourvoi incident refusée.
- Anamor Investments Inc. c. Levy Pilote et Associés Inc.* (Qué.), 25743, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 25723, leave to appeal refused with costs, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General for Ontario v. M.* (Ont.), 25838, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Avis Immobilien G.M.B.H. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25749, leave to appeal refused with costs, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B. J. Kern & Son Ltd. v. Settlers Savings and Mortgage Corporation Inc.* (Sask.), 25698, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B. Rawe GmbH & Co. c. Classic Fabrics Corporation* (Qué.), 25183, leave to appeal refused, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bablitz v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25239, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bahlsen v. The Queen as represented by the Minister of Transport* (F.C.A.)(Ont.), 25783, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Balogh v. Balogh* (Ont.), 25752, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Band v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 26018, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Barbican Properties Inc. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25760, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barnabe v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 25099, notice of discontinuance filed, 24.6.96, avis de désistement produit.
- Barron v. The Queen (Minister of National Revenue)* (F.C.A.)(B.C.), 25947, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Batchewana Indian Band v. Corbiere* (F.C.A.)(Ont.), 25708, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Beloit Canada Ltée/Ltd. v. Oy* (F.C.A.)(Ont.), 25849, notice of discontinuance filed, 2.5.97, avis de désistement produit.
- Bese v. Director, Forensic Psychiatric Institute* (Crim.)(B.C.), 25855, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Bisson c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25821, leave to appeal granted on issues 1 and 2 only, 19.6.97, autorisation de pourvoi accordée quant aux questions 1 et 2 seulement.
- Black v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (N.S.), 25724, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boeyen v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25418, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Boreal Property and Casualty Insurance Co. v. Warneke Inc.* (Ont.), 25932, leave to appeal refused with costs, 21.8.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bottrell v. Bottrell* (B.C.), 25789, leave to appeal refused with costs, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bourassa c. Caisse populaire de Verdun* (Qué.), 25728, leave to appeal refused with costs, 5.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Buffalo v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 26018, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Burden v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25393, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- CCLC Technologies Inc. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 25631, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- C.L.S.C. — N.D.G. Montréal-Ouest c. Syndicat des employés du C.L.S.C. — N.D.G. Montréal-Ouest* (Qué.), 25118, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- C.S.L. Group Inc. c. St. Lawrence Seaway Authority* (Qué.), 25769, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens et autorisation de pourvoi incident refusée.
- Caldwell & Ross Ltd. v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 25882, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Callow v. Board of School Trustees of School District No. 45* (B.C.), 25891, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cameron v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25774, leave to appeal refused, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Campbell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25780, leave to appeal granted, 3.7.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (Alta.), 25895, leave to appeal refused with costs, 2.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Aids Society v. The Queen in right of the province of Ontario* (Ont.), 25756, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Batiot* (Crim.)(N.S.), 25859, leave to appeal refused, 3.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Newspapers Co. v. Kansa General Insurance Co.* (Ont.), 25632, leave to appeal refused with costs, 5.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canderel Ltd. v. The Queen* (Ont.), 24663, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Capobianco c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25725, leave to appeal refused, 12.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Cardoso v. Budd* (Man.), 25658, leave to appeal refused with costs, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carter Motor Cars Ltd. v. Morrison* (B.C.), 25853, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Castlepoint Development Corporation v. McLeod* (Ont.), 25930, leave to appeal refused with costs, 21.8.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charette v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25870, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Charland v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25656, leave to appeal refused, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Chief Electoral Officer of Canada v. Sauvé* (F.C.A.)(Ont.), 25992, leave to appeal refused with costs, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chippewas of Kettle and Stony Point v. Attorney General of Canada* (Ont.), 25795, leave to appeal granted, 29.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Chui-Mei c. Directrice de la Maison Tanguay* (Crim.)(Qué.), 25761, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Clark (Bruce) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25988, leave to appeal refused, 31.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Clark (Margaret Jean) v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25989, leave to appeal refused with costs, 31.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clermont c. Office Municipal d'habitation de St-Jérôme* (Qué.), 25890, notice of discontinuance filed, 24.6.97, avis de désistement produit.
- Colwell v. Cowie* (Ont.), 25577, leave to appeal refused with costs, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission d'appel en matière de lésions professionnelles c. J. M. Asbestos Inc.* (Qué.), 25617, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Condello v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25893, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Cook (Deltonia R.) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25852, leave to appeal granted, 3.7.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Cook (Robert Leighton) v. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.* (B.C.), 25954, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coopérative d'habitation Nolin Inc. c. Caisse Populaire Desjardins de la Grande-Baie* (Qué.), 25180, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.

- Coopérative de Commerce "Des Mille-Îles" c. Société des alcools du Québec (S.A.Q.)* (Qué.), 25703, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coopers & Lybrand Ltd. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (Sask.), 25710, leave to appeal is remanded to the Saskatchewan Court of Appeal to be dealt with in accordance with this Court's decision in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corporation*, [1997] 1 S.C.R. 411, 19.6.97, autorisation de pourvoi est renvoyée à la Cour d'appel de la Saskatchewan pour être tranchée conformément à l'arrêt de notre Cour *Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corporation*, [1997] 1 R.C.S. 411.
- Corporation of the City of Thunder Bay v. Oosthoek* (Ont.), 25659, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Côté v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25854, leave to appeal granted, 19.6.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Cranwill v. Nieman* (Alta.), 25872, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cross c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 25754, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Dallaire c. Commission de l'emploi et de l'assurance du Canada* (C.A.F.) (Qué.), 25667, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Denis c. Ville de Val-Bélair* (Qué.), 25662, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desbiens c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 25805, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Desfossés c. Warden of Parthenais Prevention Center* (Crim.)(Qué.), 25695, leave to appeal refused, 21.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Desfossés c. Warden of Parthenais Prevention Center* (Crim.)(Qué.), 25696, leave to appeal refused, 21.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Desfossés c. Warden of Parthenais Prevention Center* (Crim.)(Qué.), 25763, leave to appeal refused, 21.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Domm v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25803, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Double Bar L Ranching Ltd. v. Bayvet Corporation* (Sask.), 25706, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dueck v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 25811, leave to appeal granted, 3.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Dunn v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 25444, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (Alta.), 25594, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eurig v. Registrar of the Ontario Court (General Division)* (Ont.), 25866, leave to appeal granted, 3.7.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Euro-Can-Am Trading Inc. v. Attorney General of Ontario* (Crim.)(Ont.), 26057, leave to appeal refused, 21.8.97, autorisation de pourvoi refusée.
- F.K. v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25683, extension of time to apply for leave to appeal refused, 15.5.97, prorogation du délai pour obtenir l'autorisation de pourvoi refusée.
- Falso v. De Stefanis* (B.C.), 25677, leave to appeal refused with costs, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fitzpatrick v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25819, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Folorunsho (Akeem Olufemi) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 25719, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Folorunsho (Akeem Olufemi) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 25839, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Folorunsho (Simiyu Adesanya) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 25797, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Friends of the Lubicon v. Daishowa Inc. (Ont.)*, 25608, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Furness Withy (Chartering) Ltd. c. St. Lawrence Seaway Authority (Qué.)*, 25770, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens et autorisation de pourvoi incident refusée.
- Galuego v. Hensley (Ont.)*, 25806, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gannon Bros. Energy Ltd. v. Robert Lemmons & Associates Ltd. (Sask.)*, 25731, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garantie, compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Inter-Cité Construction Ltée (Qué.)*, 25116, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée (Qué.)(25090)* et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes (Qué.)(25093)*, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée (Qué.)(25090)* and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation (Que.)(25093)*, the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- Garcia v. United States of America (Crim.)(Ont.)*, 25450, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Garland v. Consumers' Gas Co. (Ont.)*, 25644, leave to appeal granted, 19.6.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Gauthier (Thérèse) c. Landry (Qué.)*, 25091, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée (Qué.)(25090)* et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes (Qué.)(25093)*, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée (Qué.)(25090)* and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation (Que.)(25093)*, the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- Gauvreau v. Paci (Ont.)*, 25628, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gazette c. M.G. (Qué.)*, 25782, leave to appeal refused with costs, 31.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- General Accident Assurance Co. of Canada v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. (N.B.)*, 24998, notice of discontinuance filed, 10.6.97, avis de désistement produit.
- Godin v. The Queen (Crim.)(P.E.I.)*, 25443, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Gordon H. Freund Professional Corporation v. Haljan (Alta.)*, 25804, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Government of the Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada (F.C.A.)(N.W.T.)*, 25924, leave to appeal refused with costs, 28.8.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grant v. The Queen (Crim.)(Man.)*, 25629, leave to appeal refused, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Gratton c. Nault (Qué.)*, 25733, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guggisberg c. La Reine (Crim.)(Qué.)*, 25935, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Guillemette c. Ville de Sainte-Foy* (Qué.), 25750, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gunn v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25912, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hadji c. Ville de Montréal* (Qué.), 25715, leave to appeal refused, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hadjiantoniou v. Hadjiantoniou* (Ont.), 25741, leave to appeal refused with costs, 5.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hall v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25809, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hardy v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25602, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Harnden v. Kosir* (Ont.), 25907, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harris v. Cinabar Enterprises Ltd.* (Alta.), 25801, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hawrish v. Cundall* (Sask.), 25748, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Health Services Association of the South Shore v. Health Services Association of the South Shore Local of the Nova Scotia Nurses' Union* (N.S.), 25934, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hill v. Smallwood* (Ont.), 25883, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hodgson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25561, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Hoffmann-La Roche Ltd. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 25639, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hoffmann-La Roche Ltd. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 25640, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hoffmann-La Roche Ltd. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 25709, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Homan v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25867, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hung c. L'Archevêché de Montréal* (Qué.), 25755, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hutchings v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25550, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ikea Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 25674, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Ivey v. United States of America* (Ont.), 25664, leave to appeal refused with costs, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jakovljevic v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 25739, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jennings v. Canada (Minister of Health Canada)* (F.C.A.)(Ont.), 25946, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25814, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Journal de Montréal c. Hamelin* (Qué.), 25643, leave to appeal refused with costs, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kadenko c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 25689, leave to appeal refused with costs, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kansa General International Insurance Co. v. Johnson & Higgins Ltd.* (Man.), 25773, leave to appeal refused with costs, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kasha v. Scurry-Rainbow Oil Ltd.* (Alta.), 25480, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Kerr v. Police Complaints Commissioner* (Ont.), 25865, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klassen v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25939, leave to appeal refused, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Koszil v. National Bank of Canada* (B.C.), 25730, leave to appeal refused with costs, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- L.S.L. c. C.S.* (Qué.), 25894, leave to appeal granted, 29.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Lal v. Alvi* (Ont.), 25928, leave to appeal refused with costs, 21.8.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lebeuf v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25828, leave to appeal refused, 8.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lieutenant Governor v. Hryciuk* (Ont.), 25727, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Litowitz v. Royal Trust Corporation of Canada* (Ont.), 25692, leave to appeal refused with costs, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lloyd v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25925, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lord v. Catholic Public Schools of Victoria Diocese* (B.C.), 25546, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- M.C.L. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25905, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- MacDonald v. Mombourquette* (N.S.), 25587, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Manno c. United States of America* (Crim.)(Qué.), 25745, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Maple City Ford Sales (1986) Ltd. v. Bank of Montreal* (Ont.), 25786, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marine Workers' and Boilermakers' Industrial Union, Local No. 1 v. British Columbia Maritime Employers Association* (F.C.A.)(B.C.), 25938, leave to appeal refused with costs, 28.8.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marlay Construction Ltd. v. City of Mount Pearl* (Nfld.), 25781, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Martel c. Martel* (Qué.), 25092, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- Mason v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25716, the case is remanded to the Court of Appeal for Alberta on the first two points in issue to be considered in accordance with the decision of this Court in *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; leave to appeal on the third point in issue refused, 24.4.97, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de l'Alberta relativement aux deux premières questions en litige, pourqu'elle les réexamine conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; autorisation de pourvoi concernant la troisième question en litige refusée.
- Matériaux de Construction Lesage Ltée c. Simon* (Qué.), 25117, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.

- Mathieu v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25614, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Mayer v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 25847, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McLellan v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 25840, leave to appeal refused, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Meilleur c. Aéroports de Montréal* (Qué.), 26051, leave to appeal refused, 22.8.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Melanson c. Université de Montréal* (Qué.), 25678, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ménard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25707, leave to appeal granted, 29.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Merck & Co. Inc. v. Minister of Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 25660, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Merck & Co. Inc. v. Minister of Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 25661, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 15381 (F.T.Q.) c. Lafarge Groupe matériaux de construction — Division de Lafarge Canada Inc.* (Qué.), 25182, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs 29.5.97
- Mod-Aire Homes Ltd. v. Fernicola* (Ont.), 25835, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Modern Marine Industries Ltd. v. Zurich Insurance Co.* (Nfld.), 25793, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moore v. Acton* (Ont.), 25609, leave to appeal refused with costs, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Muckalt v. Zapf* (B.C.), 25799, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mullins-Johnson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25860, leave to appeal refused, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Mutuelle-Vie des Fonctionnaires c. Lapointe-Boucher* (Qué.), 25701, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nabisco Brands Canada Ltée c. Fédération québécoise des producteurs de fruits et légumes de transformation* (Qué.), 26147, notice of discontinuance filed, 28.8.97, avis de désistement produit.
- Nelson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25875, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Nipissing Helicopters Inc. v. Eagle Copters Maintenance Ltd.* (Alta.), 25529, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Northwest Sports Enterprises Ltd. v. Primex Investments Ltd.* (B.C.), 25729, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Norway House First Nation v. Chadee* (Man.), 25650, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oberlander v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 25811, leave to appeal granted, 3.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Okanagan Prime Products Inc. v. Henderson* (B.C.), 25824, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Ontario New Home Warranty Program v. Sunforest Investment Corporation* (Ont.), 25897, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oppenheim c. ABN Amro Bank Canada* (Qué.), 25547, leave to appeal refused, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Orlowski v. Director, Forensic Psychiatric Institute* (Crim.)(B.C.), 25751, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Ottens v. The Queen in right of the province of Nova Scotia* (N.S.), 25871, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- P.S.L. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25972, leave to appeal refused, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Paquet c. Procureur général du Québec* (Qué.), 25923, leave to appeal refused with costs, 12.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paquin c. National Trust Co.* (Qué.), 25255, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- Parker's Country Market Inc. v. The Queen* (N.S.), 25497, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Parkinson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25826, leave to appeal refused, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Paryniuk v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25779, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Pawluk v. Bank of Montreal* (Alta.), 25868, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paxton v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25816, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Payne v. Brady* (Nfld.), 25596, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perera c. Stavropoulos* (Qué.), 25830, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Peters v. The Queen* (Crim.)(Man.), 25879, leave to appeal refused, 12.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Petro Canada Inc. v. City of Vancouver* (B.C.), 25676, leave to appeal refused with costs, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Physique Health Club Ltd. v. Carlsen* (Alta.), 25767, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Pike v. Dennis* (N.S.), 25889, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poitras v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25601, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Polimeni v. Danzinger* (Man.), 25881, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pospiech c. Attorney General of Canada* (C.A.F.)(Qué.), 25694, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Qatar Central Bank v. Himadeh* (Ont.), 25846, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Al Klippert Ltd.* (Alta.), 25670, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.

- R. v. Anderson* (Crim.)(B.C.), 25735, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Arsiuta* (Man.), 25940, notice of discontinuance filed, 6.5.97, avis de désistement produit.
- R. c. Cook* (Crim.)(Qué.), 25862, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cuerrier* (Crim.)(B.C.), 25738, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Gallant* (Crim.)(P.E.I.), 25922, leave to appeal granted, 3.7.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Griffin* (Crim.)(Nfld.), 25753, leave to appeal refused, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Hanson* (Crim.)(B.C.), 25705, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. MacDougall* (Crim.)(P.E.I.), 25931, leave to appeal granted, 3.7.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Parsons* (Crim.)(Nfld.), 25777, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. R. C.* (Crim.)(Nfld.), 25682, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Wesbrook Management Ltd.* (F.C.A.)(B.C.), 25732, leave to appeal refused with costs, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R & M Construction Co. Ltd. v. Royal Trust Corp. of Canada in trust for the Standard Life Assurance Co.* (Nfld.), 25581, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rainthorpe v. Rice* (Ont.), 25941, leave to appeal refused with costs, 10.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rallison v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25713, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ramsden v. United Kingdom* (Crim.)(Ont.), 25504, leave to appeal refused, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Reid v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25842, leave to appeal refused, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Richter & Partners Inc. v. Ernst & Young* (Ont.), 25917, leave to appeal refused with costs, 26.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roose v. Hollett* (N.S.), 25625, leave to appeal and leave to cross-appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi-incident refusée.
- Rooyen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25800, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Roumanis v. Mt. Washington Ski Resort Ltd.* (B.C.), 25827, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Routhier c. Auclair* (Qué.), 25181, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais, 29.5.97, in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Que.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Que.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs.
- Royal Bank of Canada v. Kings Mutual Insurance Co.* (N.S.), 25807, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ryan v. Corporation of the City of Victoria* (B.C.), 25704, leave to appeal granted, 19.6.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Sarabia v. Owners and all others interested in the Ship "Oceanic Mindoro"* (B.C.), 25790, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Saskatoon City Hospital v. Saskatchewan Union of Nurses* (Sask.), 25757, leave to appeal refused with costs, 9.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sault Ste. Marie Board of Commissioners of Police v. Makila* (Ont.), 5527, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Saunders v. Oceanus Marine Inc.* (N.S.), 25825, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savarie c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 25648, leave to appeal refused with costs, 3.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savory v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25927, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sentinel Self-Storage Corporation v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 25792, leave to appeal refused with costs, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Siad v. Secretary of State of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 25802, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Silvini v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25747, leave to appeal refused, 29.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. New Brunswick Human Rights Commission* (N.B.), 25902, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith & Nephew Inc. v. Glen Oak Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 25514, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Socobasin v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25711, leave to appeal refused, 3.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sovereign General Insurance Co. v. P & M Management Ltd.* (Man.), 25566, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St-Aubin c. Curateur public du Québec* (Qué.), 25764, leave to appeal refused, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- St-Cyr c. Mutual Trust Co.* (Qué.), 25785, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stevenson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25892, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Stewart v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25836, leave to appeal quashed, 29.5.97, autorisation de pourvoi annulée.
- Succession Clément Guillemette c. J. M. Asbestos Inc.* (Qué.), 25617, leave to appeal granted, 24.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- T.M. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25734, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Taylor v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25726, leave to appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Thompson v. Discipline Committee of the Chiropractors' Association of Saskatchewan* (Sask.), 25686, leave to appeal refused with costs, 10.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tobiass v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 25811, leave to appeal granted, 3.4.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Tomah v. The Queen* (N.B.), 25813, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Toronto College Park Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25559, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Trinchini v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25762, leave to appeal refused, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Underwood v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 25787, leave to appeal granted with respect to ground one only, 29.5.97, autorisation de pourvoi accordée quant au premier moyen seulement.
- Vale v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (Ont.), 25714, leave to appeal refused with costs, 17.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Van Boeyen v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25418, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Van Rooyen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25800, leave to appeal refused, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de Val-Bélair c. Gestion Raymond Denis Inc.* (Qué.), 25718, leave to appeal refused with costs, 24.4.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Vojic v. The Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25534, leave to appeal refused with costs, 1.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vukelich v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25544, leave to appeal refused, 15.5.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Walton v. Walton* (Ont.), 25933, leave to appeal refused with costs, 22.5.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Watson v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 25768, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Webster v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 25740, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Western Surety Co. v. National Bank of Canada* (N.B.), 25633, leave to appeal refused with costs, 3.7.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- White (Richard Gerry) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25775, leave to appeal granted, 19.6.97, autorisation de pourvoi accordée.
- White (Thomas) v. Woolworth Canada Inc.* (Nfld.), 25397, leave to appeal and leave to cross-appeal refused, 19.6.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées.
- Whitford v. Fullowka* (N.W.T.), 25788, leave to appeal refused with costs, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wigmore Consultants Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25901, leave to appeal refused, 26.6.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Winko v. Director, Forensic Psychiatric Institute* (Crim.)(B.C.), 25856, leave to appeal granted, 8.5.97, autorisation de pourvoi accordée.

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Addy, Côté v. ....	714	Côté v. Addy .....	714
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)...	581	Côté v. Canada (Director of Investigation and Research) .....	714
Allender, R. v. ....	333	Cranbrook (City), St. Mary’s Indian Band v. ....	657
Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd. ....	617	Cranbrook (City), St. Mary’s Indian Band v. (Re-hearing).....	678
Arndt v. Smith.....	539	Currie, R. v.....	260
Artyork Investments Ltd., Martin v. ....	290		
Attorney General see also “Canada” or the name of province		<b>D</b>	
<b>B</b>			
Bedford, R. v.....	292	Dagg v. Canada (Minister of Finance) .....	403
British Columbia, Sylvester v.....	315	Desfossés, United States of America v.....	326
		Doliente, R. v. ....	11
		Doré v. Verdun (City).....	862
		Dynar, United States of America v.....	462
<b>C</b>		<b>E</b>	
Canada (Director of Investigation and Research), Côté v. ....	714	East, R. v. ....	630
Canada, Hickman Motors Ltd. v. ....	336	Entreprises Végo ltée, Construction Gilles Paquette ltée v.....	299
Canada (Minister of Finance), Dagg v. ....	403	Ernst & Young, Hercules Managements Ltd. v. ....	165
Canada, Opetchesht Indian Band v. ....	119	Ernst & Young, Richter & Partners Inc. v. ....	5
Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers.....	294	Esau, R. v. ....	777
Canadian Airlines International Ltd. v. Ontario (Liquor Control Board).....	581	Esmail v. Petro-Canada.....	3
Canadian Union of Postal Workers, Canada Post Corp. v.....	294	<b>F</b>	
Chaleur Fertilizers Ltd., Armada Lines Ltd. v. ...	617	Feeney, R. v. ....	13
Cogger, R. v. ....	845	Feeney, R. v (Re-hearing).....	117
Commission see also “Canada” or the name of province		<b>G</b>	
Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée .....	299	G. (S.G.), R. v. ....	716
		Greyeyes, R. v.....	825

	PAGE		PAGE
<b>H</b>		<b>R</b>	
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young...	165	R. v. Allender .....	333
Hickman Motors Ltd. v. Canada .....	336	R. v. Bedford .....	292
<b>J</b>		R. v. Cogger .....	845
Jack, R. v. ....	334	R. v. Currie .....	260
<b>K</b>		R. v. Doliente .....	11
Korkontzilas, Soulos v. ....	217	R. v. East .....	630
<b>L</b>		R. v. Esau .....	777
La, R. v. ....	680	R. v. Feeney .....	13
<b>M</b>		R. v. Feeney (Re-hearing).....	117
Mara, R. v. ....	630	R. v. G. (S.G.).....	716
Martin v. Artyork Investments Ltd. ....	290	R. v. Greyeyes.....	825
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Jack.....	334
<b>O</b>		R. v. La.....	680
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Mara.....	630
Ontario (Liquor Control Board), Air Canada v. ....	581	R. v. Senior .....	288
Ontario (Liquor Control Board), Canadian Airlines International Ltd. v. ....	581	R. v. Vu .....	680
Opetchesah Indian Band v. Canada .....	119	Richter & Partners Inc. v. Ernst & Young .....	5
<b>P</b>		<b>S</b>	
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) .....	890	Saskatchewan (Workers' Compensation Board), Pasiechnyk v. ....	890
Petro-Canada, Esmail v. ....	3	Senior, R. v. ....	288
<b>Q</b>		Smith, Arndt v. ....	539
Queen see also "R."		Soulos v. Korkontzilas .....	217
<b>R</b>		St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City).....	657
<b>S</b>		St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City) (Re-hearing).....	678
<b>T</b>		Sylvester v. British Columbia.....	315
<b>U</b>		<b>T</b>	
<b>V</b>		The Queen see also "R."	
<b>U</b>		<b>U</b>	
<b>V</b>		Union see also under abbreviated name	
<b>W</b>		United States of America v. Desfossés.....	326
<b>X</b>		United States of America v. Dynar.....	462
<b>Y</b>		<b>V</b>	
<b>Z</b>		Verdun (City), Doré v. ....	862
<b>AA</b>		Vu, v. R. ....	680

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique  
«Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Addy, Côté c. ....	714	Cranbrook (Ville), Bande indienne de St. Mary's c. ....	657
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools).....	581	Cranbrook (Ville), Bande indienne de St. Mary's c. (Nouvelle audition).....	678
Allender, R. c. ....	333	Currie, R. c. ....	260
Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd. ....	617		
Arndt c. Smith.....	539	<b>D</b>	
Artyork Investments Ltd., Martin c.....	290	Dagg c. Canada (Ministre des Finances).....	403
		Desfossés, États-Unis d'Amérique c. ....	326
<b>B</b>		Doliente, R. c. ....	11
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville).....	657	Doré c. Verdun (Ville) .....	862
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville) (Nouvelle audition) .....	678	Dynar, États-Unis d'Amérique c. ....	462
Bande indienne des Opetchesahc c. Canada.....	119		
Bedford, R. c. ....	292	<b>E</b>	
		East, R. c. ....	630
<b>C</b>		Entreprises Végo ltée, Construction Gilles Paquette ltée c. ....	299
Canada, Bande indienne des Opetchesahc.....	119	Ernst & Young, Hercules Managements Ltd. c. ....	165
Canada (Directeur des enquêtes et recherches), Côté c. ....	714	Ernst & Young, Richter & Partners Inc. c.....	5
Canada, Hickman Motors Ltd. c. ....	336	Esau, R. c. ....	777
Canada (Ministre des Finances), Dagg c. ....	403	Esmail c. Petro-Canada .....	3
Chaleur Fertilizers Ltd., Armada Lines Ltd. c. ...	617	États-Unis d'Amérique c. Desfossés .....	326
Cogger, R. c. ....	845	États-Unis d'Amérique c. Dynar .....	462
Colombie-Britannique, Sylvester c. ....	315		
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		<b>F</b>	
Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée .....	299	Feeney, R. c.....	13
Côté c. Addy .....	714	Feeney, R. c. (Nouvelle audition) .....	117
Côté c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches).....	714		
		<b>G</b>	
		G. (S.G.), R. c. ....	716
		Greyeyes, R. c. ....	825

	PAGE		PAGE
<b>H</b>		<b>R</b>	
Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young...	165	Reine voir aussi «R.»	
Hickman Motors Ltd. c. Canada .....	336	R. c. Allender .....	333
<b>J</b>		R. c. Bedford .....	292
Jack, R. c. ....	334	R. c. Cogger .....	845
<b>K</b>		R. c. Currie .....	260
Korkontzilas, Soulos c. ....	217	R. c. Doliente .....	11
<b>L</b>		R. c. East .....	630
La Reine voir aussi «R.»		R. c. Esau .....	777
La, R. c. ....	680	R. c. Feeney .....	13
Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Ontario (Régie des alcools) .....	581	R. c. Feeney (Nouvelle audition) .....	117
<b>M</b>		R. c. G. (S.G.) .....	716
Mara, R. c. ....	630	R. c. Greeyes .....	825
Martin c. Artyork Investments Ltd. ....	290	R. c. Jack .....	334
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. La .....	680
<b>O</b>		R. c. Mara .....	630
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Senior .....	288
Ontario (Régie des alcools), Air Canada c. ....	581	R. c. Vu .....	680
Ontario (Régie des alcools), Lignes aériennes Canadien International Ltée c. ....	581	Richter & Partners Inc. c. Ernst & Young .....	5
<b>P</b>		<b>S</b>	
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) .....	890	Saskatchewan (Workers' Compensation Board), Pasiechnyk c. ....	890
Petro-Canada, Esmail c. ....	3	Senior, R. c. ....	288
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Smith, Arndt c. ....	539
		Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada .....	294
		Soulos c. Korkontzilas .....	217
		Sylvester c. Colombie-Britannique .....	315
		Syndicat des postiers du Canada, Société canadienne des postes c. ....	294
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		<b>V</b>	
		Verdun (Ville), Doré c. ....	862
		Vu, c. R. ....	680

## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Air Canada c. Colombie-Britannique .....	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	597
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	597
Alcyon Shipping Co. v. O’Krane.....	[1961] S.C.R. 299.....	911
Anderson Logging Co. v. The King.....	[1925] S.C.R. 45.....	363
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728.....	184, 918, 923
Antares Shipping Corp. c. Le «Capricorn».....	[1977] 2 C.F. 274.....	674
Antares Shipping Corp. v. The “Capricorn”.....	[1977] 2 F.C. 274.....	674
Arena v. Gingrich.....	733 P.2d 75 (1987).....	567
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	513
Arsenaux Canadiens Limitée (Les) c. Conseil canadien des relations du travail .....	[1979] 2 C.F. 393.....	459
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion	[1896] A.C. 348.....	603
Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders’ Association.....	[1902] A.C. 73.....	603
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1979] 2 S.C.R. 1016.....	879
Attridge v. The Queen.....	91 D.T.C. 5161.....	360
<b>B</b>		
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd. ....	[1986] 1 S.C.R. 228.....	185
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1995] 4 R.C.S. 344.....	138, 157, 667
Bay Centre Apartments Ltd. v. M.N.R. ....	81 D.T.C. 489.....	360
Bayridge Estates Ltd. v. M.N.R. ....	59 D.T.C. 1098.....	378
Beatty v. Guggenheim Exploration Co. ....	122 N.E. 378 (1919).....	233
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 749.....	609
Bellingham v. Canada.....	[1996] 1 F.C. 613.....	366
Bernard v. Char.....	903 P.2d 667 (1995).....	567
Binions v. Evans.....	[1972] Ch. 359.....	234
Bland c. Commission de la capitale nationale.....	[1991] 3 C.F. 325.....	430
Bland v. National Capital Commission.....	[1991] 3 F.C. 325.....	430

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development) .....	[1995] 4 S.C.R. 344.....	138, 157, 666
Bolus-Revelas-Bolus Ltd. v. M.N.R.....	71 D.T.C. 5153 .....	345, 365
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce.....	[1996] 3 R.C.S. 727.....	395
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1996] 3 S.C.R. 727.....	395
Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration .....	[1974] R.C.S. 875.....	457
Boulis v. Minister of Manpower and Immigration .....	[1974] S.C.R. 875.....	456
Bowen v. City of Montreal.....	[1979] 1 S.C.R. 511.....	307
Boykowych v. Boykowych.....	[1955] S.C.R. 151.....	773
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co. ....	[1992] 3 S.C.R. 87.....	248
Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co. ....	[1992] 3 R.C.S. 87.....	248
Brock v. Cole .....	(1983), 40 O.R. (2d) 97.....	614
Bursey v. Acadia Motors Ltd. ....	(1980), 35 N.B.R. (2d) 587.....	320

## C

C.B.A. Engineering Ltd. v. M.N.R. ....	[1971] C.T.C. 504.....	393
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique .....	[1973] R.C.S. 313 .....	155
Calder v. Attorney-General of British Columbia .....	[1973] S.C.R. 313 .....	155
Canada v. McLaren .....	[1991] 1 F.C. 468 .....	366
Canada v. Schmidt .....	[1987] 1 S.C.R. 500.....	514
Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.....	[1986] 1 C.N.L.R. 1 .....	135
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	905
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures).....	[1990] 1 C.F. 395 .....	429
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général).....	[1988] 3 C.F. 551 .....	414, 428
Canada (Commissaire à l'information) c. Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes.....	[1986] 3 C.F. 413 .....	453
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs).....	[1990] 1 F.C. 395 .....	429
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)	[1988] 3 F.C. 551 .....	414, 428
Canada (Information Commissioner) v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.....	[1986] 3 F.C. 413 .....	453
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada .....	[1991] 1 R.C.S. 614.....	905
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley .....	[1974] S.C.R. 592.....	252
Canadian Arsenal Ltd. v. Canadian Labour Relations Board .....	[1979] 2 F.C. 393 .....	459
Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co. ....	[1990] 2 S.C.R. 549.....	872
Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1996] 1 F.C. 268 .....	445
Canadian Marconi v. R.....	[1986] 2 S.C.R. 522.....	357
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	185
Canadian Pacific Ltd. v. Paul.....	[1988] 2 S.C.R. 654.....	133, 666

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia .....	[1950] A.C. 122.....	610
Canadian Pacific Railway Co. v. Town of Estevan .....	[1957] S.C.R. 365.....	136
Canadien Pacifique Ltée c. Paul.....	[1988] 2 R.C.S. 654.....	133, 666
Candler v. Crane, Christmas & Co. ....	[1951] 2 K.B. 164.....	190
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co. ....	[1991] 3 S.C.R. 534.....	244
Canterbury v. Spence .....	464 F.2d 772 (1972).....	566
Caparo Industries plc. v. Dickman.....	[1990] 1 All E.R. 568.....	179
Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2).....	[1969] 2 Ch. 276 .....	233
Carland (Niagara) Ltd. v. M.N.R. ....	64 D.T.C. 139 .....	359
Chatterton v. Gerson .....	[1981] 1 Q.B. 432.....	566
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	516
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[1992] 1 S.C.R. 711.....	516
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. ....	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	185
Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd. ....	[1978] 2 S.C.R. 516.....	307
Clapham v. M.N.R. ....	70 D.T.C. 1012 .....	345, 377
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	32, 108
Cobbs v. Grant .....	502 P.2d 1 (1972).....	575
Colet v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 2.....	45
Commissaire à l'information c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1986), 5 F.T.R. 287.....	430
Commonwealth v. Fionda .....	599 N.E.2d 635 (1992).....	819
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez .....	[1975] 1 S.C.R. 228.....	514
Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1996] 1 C.F. 268 .....	445
Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée .....	[1997] 2 S.C.R. 299 .....	295, 885
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum ...	[1979] 1 R.C.S. 754.....	610
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754.....	610
Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. ....	[1982] 1 S.C.R. 164.....	378
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	905, 920
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	904, 920
Crowsnest Air Ltd. v. Workers' Compensation Board (Sask.) and Stolar.....	(1995), 128 Sask. R. 144.....	911
Cummins v. Keen.....	(1978), 82 D.L.R. (3d) 443 .....	137
<b>D</b>		
D'Aragon & Associés inc. v. Gravel.....	[1996] R.D.J. 33 .....	297, 312
Datardina v. Royal Trust Corp. of Canada .....	(1995), 6 B.C.L.R. (3d) 1.....	320
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada.....	[1993] 2 R.C.S. 230.....	905
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	905
Director of Public Prosecutions v. Morgan .....	[1976] A.C. 182.....	801
Director of Public Prosecutions v. Nock .....	[1978] 2 All E.R. 654.....	503
Dobieco Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1966] S.C.R. 95 .....	378
Docherty v. M.N.R. ....	91 D.T.C. 537 .....	376

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Dominion Cannery Ltd. v. Costanza .....	[1923] S.C.R. 46 .....	910, 921
Donkin v. Bugoy .....	[1985] 2 S.C.R. 85 .....	244
Donoghue v. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	188
Dumbell v. Roberts .....	[1944] 1 All E.R. 326 .....	41
Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts .....	[1977] 2 S.C.R. 1132 .....	305

## E

Eadie v. Township of Brantford .....	[1967] S.C.R. 573 .....	613
Eccles v. Bourque .....	[1975] 2 S.C.R. 739 .....	32, 79
Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd. ....	[1993] 3 S.C.R. 206 .....	185
Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa	[1982] 2 R.C.S. 616 .....	428
Elders Pastoral Ltd. v. Bank of New Zealand .....	[1989] 2 N.Z.L.R. 180 .....	234
Ellis v. Wallsend District Hospital .....	(1989), 17 N.S.W.L.R. 553 .....	566
Elsom v. Elsom .....	[1989] 1 S.C.R. 1367 .....	615
Esmail v. Petro-Canada .....	[1997] 2 S.C.R. 3 .....	7
États-Unis c. Allard .....	[1987] 1 R.C.S. 564 .....	514
États-Unis d'Amérique c. Lépine .....	[1994] 1 R.C.S. 286 .....	513
"Evangelismos" (The) .....	(1858), 12 Moo. P.C. 352, 14 E.R. 945 .....	625

## F

Farrell v. Workmen's Compensation Board .....	[1962] S.C.R. 48 .....	911, 921
Fidkalo v. Levin .....	(1992), 76 Man. R. (2d) 267 .....	176
First Fund Genesis Corp. v. The Queen .....	90 D.T.C. 6337 .....	378
Foss v. Harbottle .....	(1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189 .....	178
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd. ....	[1993] 2 R.C.S. 316 .....	905
Frontera Fruit Co. v. Dowling .....	1937 A.M.C. 1259 (1937) .....	625

## G

Gelber v. M.N.R. ....	91 D.T.C. 1030 .....	380
Ghali c. Canada (Ministre des transports) .....	[1996] A.C.F. n° 1404 (QL) .....	366
Ghali v. Canada (Minister of Transport) .....	[1996] F.C.J. No. 1404 (QL) .....	366
Glanzer v. Shepard .....	135 N.E. 275 (1922) .....	198
Gloucester Railway Carriage and Wagon Co. v. Comrs. Inland Revenue .....	(1923), 129 L.T. 691 .....	363
Goldex Mines Ltd. v. Revill .....	(1974), 7 O.R. (2d) 216 .....	214
Goodwin v. M.N.R. ....	82 D.T.C. 1679 .....	378
Grand Conseil des Cris (du Québec) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures et du Commerce international) .....	[1996] A.C.F. n° 903 (QL) .....	457
Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Canada (Minister of External Affairs and International Trade) .....	[1996] F.C.J. No. 903 (Q.L.) .....	457
Gravel c. Cité de St-Léonard .....	[1978] 1 R.C.S. 660 .....	484
Gravel v. City of St-Léonard .....	[1978] 1 S.C.R. 660 .....	484

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Guerin v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	139, 666
Guimond v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 960.....	501

## H

H. Rosenblum, Inc. v. Adler.....	461 A.2d 138 (1983).....	196
Haig v. Bamford.....	[1977] 1 S.C.R. 466.....	190
Harper v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 2.....	39
Haughton v. Smith .....	[1973] 3 All E.R. 1109.....	504, 524
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd. ....	[1964] A.C. 465.....	190
Hercules Management Ltd. v. Clarkson Gordon.....	(1994), 91 Man. R. (2d) 216.....	182
Hilder v. Dexter.....	[1902] A.C. 474.....	872
Hills v. Potter .....	[1983] 3 All E.R. 716.....	566
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	235, 246
Hollis v. Dow Corning Corp.....	[1995] 4 S.C.R. 634.....	547, 565
Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen .....	[1957] S.C.R. 403.....	507
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	46, 78, 434
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 426.....	251
Hussey v. Palmer.....	[1972] 1 W.L.R. 1286.....	234

## I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[1992] 3 R.C.S. 631.....	516
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	516
Illinois v. Gates .....	462 U.S. 213 (1983).....	87
In re Ellenborough Park.....	[1956] Ch. 131.....	134
Industries de Caoutchouc Mondo (Canada) Ltée v. Leblanc.....	(1987), 17 C.C.E.L. 219.....	321
Information Commissioner v. Minister of Employment and Immigration.....	(1986), 5 F.T.R. 287.....	430
Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of) .....	[1936] A.C. 1.....	345
Irwin v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 462.....	483
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	609
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	609
Isinger v. Buckland (Rural Municipality No. 491) .....	(1986), 48 Sask. R. 207.....	457

## J

Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson.....	[1980] 1 S.C.R. 812.....	320
Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul.....	[1952] S.C.R. 292.....	610
John v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 476.....	740
Johnson v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 160.....	639
Johnston v. Minister of National Revenue .....	[1948] S.C.R. 486.....	378
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	918, 923
Just v. British Columbia .....	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	918, 923

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>K</b>		
Kamin v. M.N.R.....	93 D.T.C. 62.....	378
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	185, 923
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	185, 923
Katz. v. United States.....	389 U.S. 347 (1967).....	437
Kelly c. Canada (Solliciteur général).....	(1992), 53 F.T.R. 147.....	457
Kelly v. Canada (Solicitor General).....	(1992), 53 F.T.R. 147.....	457
Kennedy v. M.N.R.....	73 D.T.C. 5359.....	378
Kienapple v. The Queen.....	[1975] 1 S.C.R. 729.....	11
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	516
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	516
<b>L</b>		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 574.....	244
Laferrière v. Lawson.....	[1991] 1 S.C.R. 541.....	565
LaPointe c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans).....	(1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298.....	613
LaPointe v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans).....	(1992), 4 Admin. L.R. (2d) 298.....	613
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	872
Lee v. Chow.....	(1990), 12 R.P.R. (2d) 217.....	257
Leonard v. R. in Right of British Columbia.....	(1984), 52 B.C.L.R. 389.....	661
Lessard v. Paquin.....	[1975] 1 S.C.R. 665.....	352
Lewis v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 821.....	748
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 S.C.R. 299.....	185
Lucas v. The Queen.....	[1963] 1 C.C.C. 1.....	747
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 633.....	96
<b>M</b>		
M.N.R. v. Société Coopérative Agricole de la Vallée d'Yamaska	57 D.T.C. 1078.....	376
M.N.R. v. Wardean Drilling Ltd. ....	69 D.T.C. 5194.....	376
Macdonald v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 665.....	459
MacIsaac v. M.N.R. ....	74 D.T.C. 6380.....	378
Mack Trucks Manufacturing Co. v. Forget.....	[1974] S.C.R. 788.....	911
MacKenzie c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	(1994), 88 F.T.R. 52.....	445
MacKenzie v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	(1994), 88 F.T.R. 52.....	445
MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead.....	(1983), 14 E.T.R. 269.....	239, 252
Magilb Development Corp. v. The Queen.....	87 D.T.C. 5012.....	379
Makin v. Attorney-General for New South Wales.....	[1894] A.C. 57.....	769
Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada.....	[1982] 2 R.C.S. 2.....	458
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada.....	[1982] 2 S.C.R. 2.....	458
Mark Resources Inc. v. The Queen.....	93 D.T.C. 1004.....	366
Martin v. Insurance Corp. of British Columbia.....	(1979), 13 B.C.L.R. 163.....	578
Martineau v. La Reine.....	[1966] S.C.R. 103, 48 C.R. 209.....	855

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Maxwell v. Director of Public Prosecutions.....	(1934), 24 Cr. App. R. 152.....	769
McHugh v. Union Bank of Canada .....	[1913] A.C. 299 .....	456
McKay v. Camco, Inc. ....	(1986), 53 O.R. (2d) 257.....	320
McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique .....	[1992] 3 R.C.S. 475.....	473
McVey (Re); McVey v. United States of America.....	[1992] 3 S.C.R. 475.....	473
Medwid v. Ontario .....	(1988), 48 D.L.R. (4th) 272.....	909
Meinhard v. Salmon.....	164 N.E. 545 (1928).....	238
Miller v. California.....	413 U.S. 15 (1973).....	643
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	153
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	153
Mogal Corp. v. Australasia Investment Co. (In Liquidation).....	(1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783.....	235
Moldowan v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 480.....	349, 389
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. ....	[1990] 3 F.C. 684 .....	625
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	747, 769
Mountwest Steel Ltd. v. The Queen .....	(1994), 2 G.T.C. 1087 .....	376
Mulcahy v. The Queen .....	(1868), L.R. 3 H.L. 306 .....	500
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	184
Murray Hill Limousine Service Ltd. v. Batson.....	[1965] Que. Q.B. 778.....	610

## N

Naka v. The Queen .....	95 D.T.C. 407 .....	376
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) .....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	905
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	905
Neale v. Willis.....	(1968), 19 P. & C.R. 836.....	234
Neste Oy v. Lloyd's Bank Plc .....	[1983] 2 Lloyd's Rep. 658.....	234
Norberg v. Wynrib .....	[1992] 2 S.C.R. 226.....	562
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton.....	[1979] 1 S.C.R. 684.....	459
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	153, 676

## O

Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada.....	(1984), 9 D.L.R. (4th) 729.....	239, 251
Order M-35 (Re Corporation of the Township of Osprey, September 4, 1992) .....	[1992] O.I.P.C. No. 119 (QL).....	437
Order M-438 (Re Town of Amherstburg Police Services Board, December 30, 1994) .....	[1994] O.I.P.C. No. 434 (QL) .....	437
Order P-718 (Re Ontario Science Centre, July 6 1994) .....	[1994] O.I.P.C. No. 211 (QL).....	437
Orth v. Macdonald Dettwiler & Associates Ltd.....	(1986), 16 C.C.E.L. 41.....	448
Quimet v. The Queen.....	[1978] 1 F.C. 672 .....	137, 155

## P

Page v. The Queen.....	95 D.T.C. 373 .....	376
Pallan v. M.N.R.....	90 D.T.C. 1102 .....	378

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Papalia v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 256.....	500
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	801
Pasiecznyk v. Procrane Inc.....	(1991), 94 Sask. R. 288.....	898
Paul v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 621.....	288
Payton v. New York.....	445 U.S. 573 (1980).....	95
Peck v. Levesque Plywood Ltd.....	(1979), 27 O.R. (2d) 108.....	320
People v. Jaffe.....	78 N.E. 169 (1906).....	524
People v. Johnson.....	637 P.2d 676 (1981).....	103
People v. Mayberry.....	542 P.2d 1337 (1975).....	817
People v. Rhoades.....	238 Cal. Rptr. 909 (1987).....	804
People v. Romero.....	215 Cal. Rptr. 634 (1985).....	817
People v. Simon.....	290 P.2d 531 (1955).....	89
People v. Smith.....	604 N.E.2d 858 (1992).....	105
People v. Vasquez.....	281 Cal. Rptr. 661 (1991).....	817
People v. Williams.....	641 N.E.2d 296 (1994).....	104
People v. Williams.....	841 P.2d 961 (1992).....	804
Peter v. Yorkshire Estate Co.....	[1926] 2 W.W.R. 545.....	911
Petkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	227, 251
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	905, 922
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 S.C.R. 557.....	905, 922
Philippines (Republic) v. Pacificador.....	(1993), 14 O.R. (3d) 321.....	518
Phipps v. Boardman.....	[1965] 1 All E.R. 849.....	253
Poitras v. The Queen.....	[1974] S.C.R. 649.....	837
Poulin v. The Queen.....	94 D.T.C. 1674.....	393
Procureur général du Québec c. Blaikie.....	[1979] 2 R.C.S. 1016.....	879
Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd. (No. 2).....	[1982] 1 All E.R. 354.....	212
<b>Q</b>		
Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec....	[1992] 1 S.C.R. 426.....	306
Queen in Right of Manitoba (The) v. Air Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 303.....	605
Queen v. Cognos Inc.....	[1993] 1 S.C.R. 87.....	184
Queen (The) v. Bolton.....	[1975] F.C. 31.....	136
Queen (The) v. Devereux.....	[1965] S.C.R. 567.....	142
Queen (The) v. Vancouver Art Metal Works Ltd.....	93 D.T.C. 5116.....	373
<b>R</b>		
R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool.....	[1983] 1 R.C.S. 205.....	183
R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool.....	[1983] 1 S.C.R. 205.....	183
R. v. Aalders.....	[1993] 2 S.C.R. 482.....	737, 755
R. v. Adams.....	[1995] 4 S.C.R. 707.....	695
R. v. Ancio.....	[1984] 1 S.C.R. 225.....	485
R. v. Anderson.....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417.....	113
R. v. Anderson.....	(1996), 49 C.R. (4th) 305.....	93
R. v. Andrew (S.).....	(1992), 60 O.A.C. 324.....	695

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Atkinson .....	[1987] O.J. No. 1930 (QL) .....	504
R. v. B. (D.J.) .....	(1993), 16 C.R.R. (2d) 381 .....	695
R. v. B. (F.F.) .....	[1993] 1 S.C.R. 697 .....	747
R. v. B. (G.) .....	[1990] 2 S.C.R. 57 .....	639
R. v. B. (T.) .....	(1994), 23 C.R.R. (2d) 355 .....	704
R. v. Baig .....	[1987] 2 S.C.R. 537 .....	114
R. v. Barrett .....	[1995] 1 S.C.R. 752 .....	282
R. v. Bartle .....	[1994] 3 S.C.R. 173 .....	32, 77
R. v. Beare .....	[1988] 2 S.C.R. 387 .....	58, 108
R. v. Bennett .....	[1996] O.J. No. 4137 (QL) .....	92
R. v. Bernard .....	[1988] 2 S.C.R. 833 .....	851
R. v. Biddle .....	[1995] 1 S.C.R. 761 .....	737
R. v. Biscette .....	(1995), 169 A.R. 81 .....	705
R. v. Black .....	[1989] 2 S.C.R. 138 .....	62
R. v. Breton .....	(1994), 74 O.A.C. 99 .....	87
R. v. Broyles .....	[1991] 3 S.C.R. 595 .....	434
R. v. Brydges .....	[1990] 1 S.C.R. 190 .....	55, 114
R. v. Bulmer .....	[1987] 1 S.C.R. 782 .....	792, 802
R. v. Burlingham .....	[1995] 2 S.C.R. 206 .....	61, 712
R. v. Burns .....	[1994] 1 S.C.R. 656 .....	38, 282
R. v. Butler .....	[1992] 1 S.C.R. 452 .....	641
R. v. C. (M.H.) .....	[1991] 1 S.C.R. 763 .....	699
R. v. Calder .....	[1996] 1 S.C.R. 660 .....	695
R. v. Carleton .....	(1981), 69 C.C.C. (2d) 1 .....	285
R. v. Carosella .....	[1997] 1 S.C.R. 80 .....	692, 701
R. v. Cassidy .....	[1989] 2 S.C.R. 345 .....	861
R. v. Chambers .....	[1990] 2 S.C.R. 1293 .....	747
R. v. Chaplin .....	[1995] 1 S.C.R. 727 .....	516, 690, 708
R. v. Charlton .....	(1992), 15 B.C.A.C. 272 .....	90
R. v. Chow Sik Wah .....	[1964] 1 C.C.C. 313 .....	506
R. v. City of Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	851
R. v. Cline .....	(1956), 115 C.C.C. 18 .....	485
R. v. Cobham .....	[1994] 3 S.C.R. 360 .....	112
R. v. Collins .....	(1864), 9 Cox C.C. 497 .....	533
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	29, 79
R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée .....	[1979] 1 S.C.R. 865 .....	879
R. v. Cook .....	[1997] 1 S.C.R. 1113 .....	699
R. v. Corbett .....	[1988] 1 S.C.R. 670 .....	750, 771
R. v. Curragh Inc. .....	[1997] 1 S.C.R. 537 .....	707
R. v. Curran .....	(1977), 38 C.C.C. (2d) 151 .....	842
R. v. D. (L.E.) .....	[1989] 2 S.C.R. 111 .....	773
R. v. Darrach .....	(1994), 17 O.R. (3d) 481 .....	814
R. v. Davison .....	(1974), 20 C.C.C. (2d) 424 .....	748
R. v. Davison .....	(1974), 6 O.R. (2d) 103 .....	770
R. v. Day .....	(1940), 27 Cr. App. R. 168 .....	754
R. v. Debot .....	[1989] 2 S.C.R. 1140 .....	79

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Deutsch.....	[1986] 2 S.C.R. 2.....	485
R. v. Donnelly.....	[1970] N.Z.L.R. 980.....	486, 524
R. v. Douglas.....	(1991), 5 O.R. (3d) 29.....	703
R. v. Douglas.....	[1993] 1 S.C.R. 893.....	703
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	435
R. v. Dupuis.....	(1994), 162 A.R. 197.....	93
R. v. Durette.....	[1994] 1 S.C.R. 469.....	704
R. v. Dwyer.....	(1977), 34 C.C.C. (2d) 293.....	285
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	434
R. v. Eccleston.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 564.....	830
R. v. Edwards.....	[1996] 1 S.C.R. 128.....	78
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451.....	689
R. v. Evans.....	[1991] 1 S.C.R. 869.....	113
R. v. Evans.....	[1996] 1 S.C.R. 8.....	109
R. v. F.S.M.....	(1996), 93 O.A.C. 201.....	737
R. v. François (L.).....	(1993), 65 O.A.C. 306.....	695
R. v. G. (R.M.).....	[1996] 3 S.C.R. 362.....	334
R. v. Gautreau.....	(1978), 88 D.L.R. (3d) 718.....	603
R. v. Genest.....	[1989] 1 S.C.R. 59.....	65
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723.....	485
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	48, 98
R. v. Greenwood.....	(1991), 67 C.C.C. (3d) 435.....	849
R. v. Grunwald.....	[1991] B.C.J. No. 235 (QL).....	86
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	520, 762
R. v. Hawkins.....	(1993), 15 O.R. (3d) 549.....	636
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	434
R. v. Hibbert.....	[1995] 2 S.C.R. 973.....	842
R. v. Hinchey.....	[1996] 3 S.C.R. 1128.....	747, 854
R. v. Hogan.....	(1982), 2 C.C.C. (3d) 557.....	749, 774
R. v. Jack.....	[1994] 2 S.C.R. 310.....	704
R. v. Jenkins.....	[1992] O.J. No. 672 (QL).....	92
R. v. Jones.....	(1977), 65 Cr. App. R. 250.....	842
R. v. Jorgensen.....	[1995] 4 S.C.R. 55.....	638
R. v. Kalanj.....	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	292
R. v. Kenny.....	(1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318.....	695
R. v. Khela.....	[1995] 4 S.C.R. 201.....	705
R. v. Kishen Singh.....	(1941), 76 C.C.C. 248.....	733, 754
R. v. Knight.....	(1975), 27 C.C.C. (2d) 343.....	285
R. v. Kokesch.....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	53, 106
R. v. Krause.....	[1986] 2 S.C.R. 466.....	737
R. v. Landry.....	[1986] 1 S.C.R. 145.....	33, 79
R. v. Langevin.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 336.....	280
R. v. Latimer.....	[1997] 1 S.C.R. 217.....	113
R. v. Lauze.....	(1980), 17 C.R. (3d) 90.....	830
R. v. Lemky.....	[1996] 1 S.C.R. 757.....	791
R. v. Lepage.....	[1995] 1 S.C.R. 654.....	747

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lorincz .....	(1995), 9 M.V.R. (3d) 186.....	113
R. v. Louden.....	[1995] B.C.J. No. 2446 (QL).....	113
R. v. Lyons .....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	276, 516, 762
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	280
R. v. M. (M.L.).....	[1994] 2 S.C.R. 3.....	789
R. v. Maccooh.....	[1993] 2 S.C.R. 802.....	49, 95
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233.....	56, 110
R. v. Mara Properties Ltd. ....	[1996] 2 S.C.R. 161.....	355
R. v. McCraw .....	[1991] 3 S.C.R. 72.....	274
R. v. McDonnell.....	[1997] 1 S.C.R. 948.....	280
R. v. McIntosh.....	[1995] 1 S.C.R. 686.....	488
R. v. McKenna .....	(1956), 40 Cr. App. R. 65.....	754
R. v. McNamara (No. 1).....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193.....	747
R. v. Meston .....	(1975), 28 C.C.C. (2d) 497.....	837
R. v. Miller .....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 54.....	831
R. v. Miller.....	[1988] 1 S.C.R. 230.....	91
R. v. Morgentaler.....	[1993] 3 S.C.R. 463.....	427
R. v. Morin.....	[1992] 3 S.C.R. 286.....	639, 843
R. v. Multiform Manufacturing Co. ....	[1990] 2 S.C.R. 624.....	152
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	838
R. v. O'Brien.....	[1954] S.C.R. 666.....	499
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	516, 692, 700
R. v. Olson .....	[1989] 1 S.C.R. 296.....	330
R. v. Osolin .....	[1993] 4 S.C.R. 595.....	435, 786, 802
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	731, 755
R. v. Park.....	[1995] 2 S.C.R. 836.....	786, 793, 802
R. v. Peterson .....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 64.....	704
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	439
R. v. Pozniak.....	[1994] 3 S.C.R. 310.....	55
R. v. R. (D.).....	[1996] 2 S.C.R. 291.....	39
R. v. Reddick.....	[1991] 1 S.C.R. 1086.....	802
R. v. Richer.....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 385.....	704
R. v. Robertson.....	[1987] 1 S.C.R. 918.....	802
R. v. Rowton .....	(1865), 10 Cox C.C. 25.....	769
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	704
R. v. Sabourin .....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 68.....	113
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	750, 772, 816
R. v. Sew Hoy.....	[1994] 1 N.Z.L.R. 257.....	505
R. v. Shivpuri .....	[1986] 2 All E.R. 334.....	504
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	280
R. v. Silveira.....	[1995] 2 S.C.R. 297.....	50, 95
R. v. Sims .....	[1992] 2 S.C.R. 858.....	334
R. v. Stevens.....	(1995), 96 C.C.C. (3d) 238.....	482
R. v. Stillman .....	[1997] 1 S.C.R. 607.....	24, 58
R. v. Stinchcombe.....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	516, 689, 698, 740
R. v. Stinchcombe.....	(1994), 88 C.C.C. (3d) 557.....	688

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Stinchcombe .....	[1995] 1 S.C.R. 754.....	690, 708
R. v. Storrey .....	[1990] 1 S.C.R. 241.....	33, 81
R. v. Strachan .....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	110
R. v. Streu.....	[1989] 1 S.C.R. 1521.....	530
R. v. Sullivan.....	(1987), 37 C.C.C. (3d) 143.....	280
R. v. T. (L.A.) .....	(1993), 14 O.R. (3d) 378.....	704
R. v. Terry .....	[1996] 2 S.C.R. 207.....	519
R. v. Thatcher.....	(1986), 24 C.C.C. (3d) 449.....	728
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	55
R. v. Tremblay.....	[1993] 2 S.C.R. 932.....	636
R. v. Vogelle and Reid.....	[1970] 3 C.C.C. 171.....	482, 530
R. v. Whitchurch .....	(1890), 24 Q.B.D. 420.....	507
R. v. Wilson.....	[1990] 1 S.C.R. 1291.....	83
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	438
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	438
R. v. Zastowny .....	(1992), 76 C.C.C. (3d) 492.....	87
R. v. Zundel.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 97.....	529
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	482, 529
Rawlings v. Kentucky .....	448 U.S. 98 (1980).....	90
Re Bower .....	(1967), 60 W.W.R. 445.....	137, 155
Re Chambers and The Queen.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 440.....	831
Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership).....	[1994] 2 All E.R. 806.....	235
Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd. ....	(1975), 13 N.S.R. 587.....	457
Reading v. The King.....	[1948] 2 All E.R. 27.....	252
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	164
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	879
Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, 1983 .....	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501.....	908
Reibl v. Hughes.....	[1980] 2 S.C.R. 880.....	544, 562
Reine du chef du Manitoba (La) c. Air Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 303.....	605
Reine (La) c. Bolton .....	[1975] C.F. 31.....	136
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	164, 879
Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The) .....	[1993] 1 S.C.R. 497.....	627
Robillard v. The Queen.....	[1978] 2 S.C.R. 728.....	734, 754
Roman Corp. Ltd. v. Peat Marwick Thorne.....	(1992), 11 O.R. (3d) 248.....	204
Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne.....	(1993), 12 B.L.R. (2d) 10.....	212
Roselawn Investments Ltd. v. M.N.R. ....	80 D.T.C. 1271.....	379
Roth v. United States .....	354 U.S. 476 (1957).....	642
Royal Trust Co. v. M.N.R. ....	57 D.T.C. 1055.....	366
Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement).....	[1989] 1 C.F. 265.....	430
Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.).....	(1993), 62 F.T.R. 287.....	414, 448
Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.).....	[1989] 1 F.C. 265.....	430
Rubin v. Clerk of Privy Council (Can.).....	(1993), 62 F.T.R. 287.....	414, 448

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>S</b>		
Salmi v. Greyfriar Developments Ltd.....	[1985] 4 W.W.R. 463.....	320
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	436
Scott v. Bradford.....	606 P.2d 554 (1979).....	567
Scott Group Ltd. v. McFarlane.....	[1978] 1 N.Z.L.R. 553.....	185
Semayne's Case.....	(1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194.....	45
Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham and Dover Railway Co. ....	(1879), 11 Ch. D. 625 .....	133
Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors.....	[1985] 1 All E.R. 643.....	566
Smith v. Anderson.....	(1879), 15 Ch. D. 247 .....	357
Smith v. Reisig.....	686 P.2d 285 (1984).....	567
Smith v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 554.....	139
Smith & Rhuland Limited v. The Queen, on the relation of Brice Andrews.....	[1953] 2 S.C.R. 95.....	456
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King.....	[1950] S.C.R. 211 .....	140
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46.....	138
"St. Eleferio" (The).....	[1957] P. 179 .....	624
St-Hilaire c. Bégin.....	[1981] 2 S.C.R. 79.....	307
St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa	[1982] 2 S.C.R. 616.....	428
State v. Gonsalves.....	553 A.2d 1073 (1989) .....	105
State v. Storvick.....	428 N.W.2d 55 (1988) .....	105
State of A.P. v. Murthy .....	(1997) 1 S.C.C. 272.....	797
State of Punjab v. Singh.....	(1996) 2 S.C.C. 384.....	797
Stuart Investments Ltd. v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 536.....	346
Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.....	[1973] S.C.R. 596.....	603
Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand.....	[1987] 2 S.C.R. 219.....	459
Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1994] 3 C.F. 527 .....	445
Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) ...	[1994] 3 F.C. 527 .....	445
Sutherland Shire Council v. Heyman.....	(1985), 60 A.L.R. 1 .....	184
<b>T</b>		
T. v. The Queen .....	[1965] Que. Q.B. 883.....	856
Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale) .....	(1994), 86 F.T.R. 266.....	445
Terry v. Canada (Minister of National Defence).....	(1994), 86 F.T.R. 266.....	445
Third Chandris Shipping Corp. v. Unimarine S.A.....	[1979] 2 Lloyd's Rep. 184.....	626
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture).....	[1992] 1 R.C.S. 385.....	152
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture).....	[1992] 1 S.C.R. 385.....	152
Thorne v. Newfoundland and Labrador Hydro Electric Corp.....	(1993), 109 Nfld. & P.E.I.R. 233 .....	447
Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg.....	[1932] 1 D.L.R. 386 .....	133
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	640
Tyson v. State of Indiana.....	619 N.E.2d 276 (1993).....	818
Tyson v. Trigg.....	50 F.3d 436 (1995).....	818

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>U</b>		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	904, 920
Ultramares Corp. v. Touche.....	174 N.E. 441 (1931).....	192
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	905
United States v. Allard.....	[1987] 1 S.C.R. 564.....	514
United States v. Reid.....	69 F.3d 1109 (1995).....	97
United States v. Scroger.....	98 F.3d 1256 (1996).....	97
United States v. Wicks.....	995 F.2d 964 (1993).....	97
United States of America v. Lépine.....	[1994] 1 S.C.R. 286.....	513
United States of America v. Whitley.....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 99.....	518
Uphill Holdings Ltd. v. M.N.R. ....	93 D.T.C. 148.....	376
<b>V</b>		
Vancouver (City of) v. Simpson.....	[1977] 1 S.C.R. 71.....	456
Vander Nurseries Inc. v. The Queen.....	95 D.T.C. 91.....	376
Vincent v. Minister of National Revenue.....	[1965] 2 Ex. C.R. 117.....	393
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1085.....	615
<b>W</b>		
Wallersteiner v. Moir (No. 2).....	[1975] 1 All E.R. 849.....	614
Waxstein v. M.N.R.....	80 D.T.C. 1348.....	379
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	927
Weinberger v. M.N.R.....	64 D.T.C. 5060.....	376
White v. Central Trust Co. ....	(1984), 17 E.T.R. 78.....	231
White v. F.W. Woolworth Co. ....	(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 110.....	321
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co. ....	[1995] 1 S.C.R. 85.....	185
<b>Y</b>		
Young v. Northern Territory of Australia.....	(1992), 107 F.L.R. 264.....	567
<b>Z</b>		
Zanini v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 715.....	831
Zink v. M.N.R.....	87 D.T.C. 652.....	378

### NUMBERS/NUMÉROS

2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool).....	[1996] 3 S.C.R. 919.....	356
--	--------------------------	-----

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1		art. 503.1.....	294, 299
s. 2.....	403	art. 523.....	294, 299
s. 4.....	403	Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225	
s. 19(1).....	403	s. 155(1).....	165
s. 19(2).....	403	s. 155(2).....	165
s. 21(1)(b).....	403	s. 155(6).....	165
s. 25.....	403	Court of Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88	
s. 31.....	403	Rule 20.03(1).....	165
s. 41.....	403	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 48.....	403	s. 21(1).....	825
s. 49.....	403	s. 24(1).....	462
s. 54.....	403	s. 121(1)(a).....	845
<b>B</b>			
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16		s. 167.....	630
s. 19.....	290	s. 265(4).....	777
<b>C</b>			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 273(2).....	777
s. 7.....	13, 680	s. 462.31(1).....	462
s. 8.....	13	s. 465(1)(c).....	462
s. 9.....	13	s. 495(1)(a).....	13
s. 10(b).....	13	s. 495(1)(b).....	13
s. 24(1).....	680	s. 495(1)(c).....	13
s. 24(2).....	13	s. 752.....	260
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19		s. 753(b).....	260
s. 585.....	862	s. 759(1).....	260
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64 preliminary provision.....	562	s. 784(3).....	326
art. 300.....	862	s. 784(5).....	326
art. 2930.....	862	<b>F</b>	
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25		Federal Court Rules, C.R.C., c. 663	
<b>I</b>			
		r. 344.....	617
		r. 1003.....	617
		Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C., 1985, c. I-3	
		s. 2.....	581
		s. 3.....	581

	PAGE		PAGE
<b>Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63</b>		<b>R</b>	
s. 20(1).....	336	<b>Rules of the Supreme Court of Canada,</b>	
s. 88.....	336	<b>SOR/83-74</b>	
<b>Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945</b>		r. 22(2).....	5
s. 1102(1).....	336	r. 27.....	3, 5
s. 1102(14).....	336		
<b>Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149</b>		<b>S</b>	
s. 2(1).....	657	<b>Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26</b>	
s. 28.....	119	s. 65.1(1).....	3, 5
s. 35.....	119		
s. 37.....	119	<b>W</b>	
s. 37(1).....	657	<b>Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979,</b>	
s. 38(1).....	657	<b>c. W-17.1</b>	
s. 38(2).....	657	s. 2(f)(ii).....	890
<b>Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5</b>		s. 2(g).....	890
s. 2(1).....	657	s. 2(j).....	890
s. 37.....	657	s. 2(k)(i).....	890
s. 38.....	657	s. 2(k)(ii).....	890
s. 83(1)(a).....	657	s. 2(k)(iii).....	890
<b>N</b>		s. 2(t).....	890
<b>Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1</b>		s. 3(1).....	890
s. 4(1).....	825	s. 22(1)(b).....	890
s. 19.2(1).....	462	s. 22(1)(h).....	890
<b>P</b>		s. 22(1)(i).....	890
<b>Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21</b>		s. 22(2).....	890
s. 2.....	403	s. 28.....	890
s. 3(i).....	403	s. 44.....	890
s. 3(j).....	403	s. 57.....	890
s. 8(2)(m).....	403	s. 167.....	890
		s. 168.....	890
		s. 180.....	890

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>		<b>L</b>	
Charte canadienne des droits et libertés		Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72,	
art. 7.....	13, 680	ch. 63	
art. 8.....	13	art. 20(1).....	336
art. 9.....	13	art. 88.....	336
art. 10b).....	13	Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985),	
art. 24(1).....	680	ch. A-1	
art. 24(2).....	13	art. 2.....	403
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64 disposition préliminaire.....	862	art. 4.....	403
art. 300.....	862	art. 19(1).....	403
art. 2930.....	862	art. 19(2).....	403
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 21(1)(b).....	403
art. 21(1).....	825	art. 25.....	403
art. 24(1).....	462	art. 31.....	403
art. 121(1)a).....	845	art. 41.....	403
art. 167.....	630	art. 48.....	403
art. 265(4).....	777	art. 49.....	403
art. 273.2.....	777	art. 54.....	403
art. 462.31(1).....	462	Loi sur l'importation des boissons enivrantes,	
art. 465(1)c).....	462	L.R.C. (1985), ch. I-3	
art. 495(1)a).....	13	art. 2.....	581
art. 495(1)b).....	13	art. 3.....	581
art. 495(1)c).....	13	Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985) ch. S-26	
art. 752.....	260	art. 65.1(1).....	3, 5
art. 753b).....	260	Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21	
art. 759(1).....	260	art. 2.....	403
art. 784(3).....	326	art. 3i).....	403
art. 784(5).....	326	art. 3j).....	403
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25		art. 8(2)m).....	403
art. 503.1.....	294, 299	Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19	
art. 523.....	294, 299	art. 585.....	862
		Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225	
		art. 155(1).....	165
		art. 155(2).....	165
		art. 155(6).....	165
		Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149	



## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 10th ed. Toronto: Carswell, 1993.....	393
Association du Barreau canadien. Comité spécial sur la liberté d'information. <i>La liberté d'information au Canada: un projet de loi type</i> . Ottawa: L'Association, 1979.....	433
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.....	872
Beechy, Thomas H. <i>Canadian Advanced Financial Accounting</i> , 2nd ed. Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1990.....	374
Bennion, F. A. R. <i>Statutory Interpretation: A Code</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1992.....	356
Bergel, Jean-Louis. "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation". Dans <i>Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992</i> . Montréal: Thémis, 1993, 3....	874
Birkinshaw, Patrick. <i>Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal</i> . London: Weidenfeld and Nicolson, 1988.....	432
Birks, Peter. <i>An Introduction to the Law of Restitution</i> . Oxford: Clarendon Press, 1985.....	237
Brisson, Jean-Maurice. "Le Code civil, droit commun?" Dans <i>Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992</i> . Montréal: Thémis, 1993, 292.....	874
Brown, Barry. "Th' attempt, and not the deed, Confounds us': Section 24 and Impossible Attempts" (1981), 19 <i>U.W.O. L. Rev.</i> 225.....	486
Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n <sup>o</sup> 79, <i>Loi concernant les Indiens. Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n <sup>o</sup> 3, 18 avril 1951, pp. 16, 18.....	136, 158
Canada. Chambre des communes et Sénat. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier la <i>Loi des Indiens. Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n <sup>o</sup> 13, 16 juillet 1946, pp. 546 à 548.....	158
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 41. <i>L'arrestation</i> . Ottawa: La Commission, 1985.....	51
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 45. <i>La responsabilité secondaire: complicité et infractions inchoatives</i> . Ottawa: La Commission, 1985.....	536
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> . Ottawa: La Commission, 1996.....	156
Canada. Department of Finance. <i>A Corporate Loss Transfer System for Canada</i> . Michael Wilson, Budget Papers, Budget Speech, May 1985. Ottawa: Department of Finance, 1985.....	350

Canada. Department of Indians Affairs and Northern Development. Lands and Environment Branch Lands, Revenues and Trusts. <i>Land Management and Procedures Manual</i> , May 1988 .....	159
Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, <i>An Act respecting Indians</i> . <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 3, April 18, 1951, pp. 78, 80.....	136, 158
Canada. House of Commons and Senate. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons appointed to examine and consider the <i>Indian Act</i> . <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 13, July 16, 1946, pp. 546-48.....	158
Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 41. <i>Arrest</i> . Ottawa: The Commission, 1985	51
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 45. <i>Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences</i> . Ottawa: The Commission, 1985.....	536
Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Terres et Environnement, Terres, Revenus et Fiducie. <i>Guide de la gestion foncière et des procédures</i> , juillet 1990 .....	159
Canada. Ministère des Finances. <i>Un système de transfert de pertes intersociété au Canada</i> . Michael Wilson, Documents budgétaires, Discours du budget, mai 1985. Ottawa: Ministère des Finances, 1985.....	350
Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa: Information Canada, 1972 .....	434
Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	434
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 1, <i>Looking Forward, Looking Back</i> . Ottawa: The Commission, 1996 .....	156
Canadian Bar Association. Special Committee on Freedom of Information. <i>Freedom of Information in Canada: A Model Bill</i> . Ottawa: The Association, 1979 .....	433
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>CICA Handbook</i> , vol. 1. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1969 (loose-leaf) .....	375
Chasteen, Lanny G., et al. <i>Intermediate Accounting</i> , 1st Canadian ed. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1992	374
Cheffins, Brian R. "Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow" (1991), 18 <i>C.B.L.J.</i> 118.....	194
Cherniak, Earl A., and Kirk F. Stevens. "Two Steps Forward or One Step Back? <i>Ann</i> s at the Crossroads in Canada" (1992), 20 <i>C.B.L.J.</i> 164 .....	191
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991 .....	486, 831
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville.: Yvon Blais, 1990.....	311, 603, 878
Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt Laurentide Motels" (1994), 28 <i>R.J.T.</i> 411.....	877
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991 .....	311, 603, 878
Couzin, Robert. "Current Tax Provisions Relating to Deductibility and Transfer of Losses", in <i>Policy Options for the Treatment of Tax Losses in Canada</i> . Toronto: Clarkson Gordon Foundation, 1991, p. 3:3.....	350
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 2 <sup>e</sup> sess., 16 <sup>e</sup> lég., à la p. 2464.....	600
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XVI, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> Lég. à la p. 18853 .....	427
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XIII, 2 <sup>e</sup> sess., 33 <sup>e</sup> Lég. 2 juin 1988, pp. 16046 et 16047.....	672
Dewar, John L. "The Development of the Remedial Constructive Trust" (1982-84), 6 <i>Est. &amp; Tr. Q.</i> 312...	229
<i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , t. 5. Paris: Le Robert, 1976 .....	137

Dixon, John. "The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment" (1992-95), 7 <i>Auck. U. L. Rev.</i> 147.....	235
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.....	153, 356
Dumais, Daniel. "La prescription". Dans Collection de droit, vol. 5, <i>Obligations, contrats et prescription</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996, 413.....	872
Duplessis, Yvon, et Jean Héту. "Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d'action et courtes prescriptions", (1993) <i>B.D.M.</i> 1.....	871
Durnford, John. "The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying On Business" (1991), 39 <i>Can. Tax J.</i> 1131 .....	360
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings &amp; Practice in Canada</i> , vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1997, release 32).....	837
Feinberg, Joel. "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?" (1982), 58 <i>Notre Dame L. Rev.</i> 445.....	434
Feldthusen, Bruce. <i>Economic Negligence</i> , 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994 .....	191
Fleming, J. G. "The Negligent Auditor and Shareholders" (1990), 106 <i>L.Q. Rev.</i> 349.....	187
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.....	563
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978.....	496
Fontana, James A. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.....	53
Fontigny, Nadine. "When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited" (1996), 4 <i>Health L. Rev.</i> 17.....	570
Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 <i>Yale L.J.</i> 475 .....	435
Goff of Chieveley, Robert Goff, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986 .....	232
Goode, Roy. "Property and Unjust Enrichment". In Andrew Burrows, ed., <i>Essays on the Law of Restitution</i> . Oxford: Clarendon Press, 1991 .....	240
Hardy, Jacques. "Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique". Dans <i>Actes de la XI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992, 267 .....	875
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986 .....	392
Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. "R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right" (1996), 45 <i>C.R.</i> (4th) 330.....	712
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	609
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> . Scarborough: Carswell, 1995 .....	396
<i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 2nd sess., 16th Parl., at p. 2482.....	600
<i>House of Commons Debates</i> , vol. XVI, 1st sess. 32nd Parl., at p. 18853.....	427
<i>House of Commons Debates</i> , vol. XIII, 2nd sess., 33th Parl., June 2, 1988, pp. 16046-47.....	672
"Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 548.....	544
Institut canadien des comptables agréés. <i>Manuel de l'ICCA</i> , vol. 1. Toronto: Institut canadien des comptables agréés, 1969 (feuilles mobiles).....	375
Ivankovich, Ivan F. "Accountants and Third-Party Liability -- Back to the Future" (1991), 23 <i>Ottawa L. Rev.</i> 505 .....	191

Jackson, Paul. <i>The Law of Easements and Profits</i> . London: Butterworths, 1978.....	134
Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.....	459
Kerans, Roger P. <i>Standards of Review Employed by Appellate Courts</i> . Edmonton: Juriliber, 1994 .....	352
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 5th ed. Scarborough: Carswell, 1995 .....	357, 396
La Forest, Anne Warner. <i>La Forest's Extradition to and from Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991 .....	515
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , vol. 3, 3rd. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.....	102
Leadbeater J. Alan. "How Much Privacy for Public Officials?". In <i>Hide and Seek -- Current Issues in Freedom of Information and Privacy Law</i> . Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, Tab 2.....	436
Litman, M. M. "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust" (1988), 26 <i>Alta. L. Rev.</i> 407 .....	231
L'Heureux, Jacques. "L'effet du <i>Code civil du Québec</i> sur les municipalités: les règles générales et leur application" (1995), 36 <i>C. de D.</i> 843.....	871
MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. <i>Drug Offences in Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf).....	830
Malm, H. M. "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape" (1996), 2 <i>Legal Theory</i> 147.....	795
Masse, Claude. "La responsabilité civile". Dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. II. Québec: P.U.L., 1993, 235	872
Masse, Claude. "Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec". Dans <i>Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992</i> . Montréal: Thémis, 1993, 149 .....	872
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969	872
McClellan, A. J. "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — <i>Pettkus v. Becker</i> (1982), 16 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 155.....	230
McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, ed., <i>Essays on Torts</i> . Sydney: Law Book Co., 1989.....	187
Meehan, Eugene M. A. "Attempt — Some Rational Thoughts on its Rationale" (1976-77), 19 <i>Crim. L.Q.</i> 215	492
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Mewett &amp; Manning on Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	505, 837
Mitchell, Graeme G. "Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation" (1996), 44 <i>C.R.</i> (4th) 130	712
Mullan, David J. "Access to Information and Rule-Making", in John D. McCamus, ed., <i>Freedom of Information: Canadian Perspectives</i> , at p. 54. Toronto: Butterworths, 1981.....	432
Nossal, Shane. "Damages for wrongful arrest of a vessel", [1996] <i>Lloyd's Mar. &amp; Com. L.Q.</i> 368 .....	627
Ontario. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993 .....	700
Onyshko, Tom. "The Federal Court and the <i>Access to Information Act</i> " (1993), 22 <i>Man. L.J.</i> 73 .....	431
Osborne, Philip H. Annotation to <i>Arndt v. Smith</i> (1995), 25 <i>C.C.L.T.</i> (2d) 264 .....	569
Osborne, Philip H. "Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment" (1985), 33 <i>C.C.L.T.</i> 131 .....	569
Owen, John R. "The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?" (1996), 44 <i>Can. Tax J.</i> 979 .....	369

<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. XI, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "period" .....	137
Paciocco, David M. "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 315 .....	230
Parker, Graham. "Developments in Criminal Law: The 1985-86 Term" (1987), 9 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> 247 ....	45
Plamenatz, John. <i>Democracy and Illusion</i> . London: Longman, 1973.....	433
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. <i>Journal des débats</i> , 13 décembre 1994, CI-3, pp. 17 et 22.....	311
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> . Commissions parlementaires. Sous-commission des institutions. Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec, 4 décembre 1991, n° 29, SCI-1193.....	884
Québec. Assemblée nationale. <i>La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990</i> . Québec, mai 1991.....	884
Quebec. <i>Civil Code of Lower Canada: Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters</i> . Québec: G.E. Desbarats, 1865.....	872
Québec. <i>Code civil du Bas Canada: Rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles</i> . Québec: G.E. Desbarats, 1865 .....	872
Québec. Ministère de la Justice. <i>Code civil du Québec: textes, sources et commentaires</i> , mai 1992.....	882
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , t. I et II. Québec: Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1993	869
Quebec. National Assembly. Standing Committee on Institutions. <i>Journal des débats</i> , December 13, 1994, CI-3, pp. 17 and 22.....	311
Rainville, Pierre. "La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative" (1996), 37 <i>C. de D.</i> 909 .....	491
<i>Rapport de la Cour d'appel du Québec</i> , mars 1994.....	304
Reiter, Robert Alan. <i>The Fundamental Principles of Indian Law</i> , vol. II. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990 (loose-leaf updated January 1994) .....	159
Rémillard, Gil. "Présentation du projet de Code civil du Québec" (1991), 22 <i>R.G.D.</i> 5.....	884
Robertson, Gerald. "Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 423.....	569
Robertson, Gerald. «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes» (1991), 70 <i>R. du B. can.</i> 423 .....	569
Rowat, Donald C. "How Much Administrative Secrecy?" (1965), 31 <i>Can. J. of Econ. and Pol. Sci.</i> 479...	433
Scott, Austin Wakeman. <i>The Law of Trusts</i> , vol. V, 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1967 .....	238
Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships", [1962] <i>Camb. L.J.</i> 69 .....	229
Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. «Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities». Dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, <i>La responsabilité professionnelle de droit civil et de common law</i> . Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.....	196
Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. "Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, <i>Professional Responsibility in Civil Law and Common Law</i> . Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.....	196
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1996, release 4) .....	626
Slobogin, Christopher. "Testilying: Police Perjury and What to Do About It" (1996), 67 <i>U. Colo. L. Rev.</i> 1037 .....	87

Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i> 249.....	186
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	492
Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.....	712
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations — Les techniques d'exécution et d'extinction</i> . Montréal: Wilson Lafleur, 1994.....	872
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 <i>C.J.W.L.</i> 233.....	795, 806
Waters, D. W. M. <i>The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law</i> . London: University of London, Athlone Press, 1964.....	228
<i>Webster's Third New International Dictionary</i> . Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "consent".....	805
<i>Webster's Third New International Dictionary</i> . Springfield: Merriam-Webster, 1986, "period".....	137
Wertheimer, Alan. "Consent and Sexual Relations" (1996), 2 <i>Legal Theory</i> 89.....	795
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970.....	434
Wiener, Howard B. "Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation" (1983), 20 <i>San Diego L. Rev.</i> 233.....	194
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.....	771
Williams, Glanville. "Attempting the Impossible — A Reply" (1979-80), 22 <i>Crim. L.Q.</i> 49.....	534
Williams, Glanville. <i>Criminal Law — The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.....	502, 534
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> . London: Stevens & Sons, 1978.....	814
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	482, 527
Williams, Glanville. "The Lords and Impossible Attempts, or <i>Quis Custodiet Ipsos Custodes?</i> ", [1986] <i>Cambridge L.J.</i> 33.....	497, 534
Young, Alan N. "Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"" (1997), 39 <i>Crim. L.Q.</i> 406.....	699



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Able Joshua Esau** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ESAU

File No.: 25409.

1997: March 18; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

*Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge erred in not putting defence to jury — Whether there was sufficient evidence to give defence “air of reality”.*

*Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Defence not raised by accused at trial — Whether defence can be raised on appeal.*

The accused, a second cousin of the complainant, had sexual intercourse with her after a party at her home. The accused was later charged with sexual assault and tried before a jury. At trial, the accused testified that, in his view, the complainant was in a condition to be “able to control what she was doing”. He said that they kissed each other and then she invited him to come to her bedroom, where they had consensual sexual intercourse. The complainant testified that she was drunk and denied kissing the accused and inviting him to her bedroom. She testified that she had no memory of anything from the time she went to her bedroom until the next morning when she awoke and realized that she had engaged in sexual intercourse. Although she could not remember what occurred, the complainant testified that she would not have consented to intercourse with the accused because they were related. The trial judge charged the jury on the issue of consent, but not on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel did not object. The accused was convicted of sexual assault. On appeal, the Court of Appeal, by majority, allowed the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial. The court concluded that there was an ‘air of

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Able Joshua Esau** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. ESAU

N° du greffe: 25409.

1997: 18 mars; 1997: 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

*Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas ce moyen de défense au jury? — Y avait-il une preuve suffisante pour que le moyen de défense invoqué soit «vraisemblable»?*

*Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Moyen de défense non invoqué par l'accusé au procès — Peut-il être invoqué en appel?*

L'accusé, cousin issu de germain de la plaignante, a eu des rapports sexuels avec celle-ci après une soirée qui a eu lieu chez elle. L'accusé a, par la suite, été inculpé d'agression sexuelle et a subi son procès devant un jury. Au procès, l'accusé a témoigné que, à son avis, la plaignante était «capable de se maîtriser». Il a dit qu'ils se sont embrassés puis que la plaignante l'a invité à aller dans sa chambre à coucher où ils ont eu des rapports sexuels consensuels. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre et a nié avoir embrassé l'accusé et l'avoir invité dans sa chambre. Elle a témoigné ne se souvenir de rien entre le moment où elle est allée dans sa chambre et le lendemain matin, lorsqu'elle s'est rendu compte en se réveillant qu'elle avait eu des rapports sexuels. Bien qu'elle n'ait pu se rappeler ce qui s'était passé, la plaignante a témoigné qu'elle n'aurait pas consenti à des rapports sexuels avec l'accusé parce qu'ils étaient parents. Le juge du procès a donné au jury des directives sur la question du consentement, mais non sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. L'avocat de la défense n'a pas fait d'objection. L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel à la majorité a accueilli

reality' to the defence of honest but mistaken belief and that, notwithstanding the failure of defence counsel to raise the issue, the trial judge was obliged to put that defence to the jury.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: Before a court should consider the defence of honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence. Here, the plausible evidence comes from the testimony of the complainant and the accused and the surrounding circumstances of the alleged sexual assault. The accused's evidence amounted to more than a bare assertion of belief in consent. He described specific words and actions on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. This alone may be enough to raise the defence, but there was more. The complainant's evidence did not contradict that of the accused, as she cannot remember what occurred after she went to her bedroom. In addition there was no evidence of violence, struggle or force. The absence of resistance or violence alone could not raise the defence as it is only one factor that must be considered. Moreover, not only was the testimony of the parties not "diametrically opposed", but even on a slightly stricter test, the parties' stories may be "cobbled together" in a coherent manner. The complainant did not testify that she did not in fact consent, but was only able to say that because she was related to the accused, she would not have consented. The accused's evidence of the complainant's participatory actions, if believed, might lead a jury to conclude that he honestly believed she was consenting despite his being mistaken about her ability to legally consent because of intoxication. This meets the threshold of a plausible explanation of the facts and should have been put to the jury. The question of whether a particular complainant could inadvertently disguise her intoxication, say things or perform acts that raise an honest but mistaken belief in consent is for the jury to determine taking into account all the factors in the case. A court cannot make an *a priori* determination that honest but mistaken belief is impossible when the complainant is intoxicated. Lastly, while passivity by the complainant may not be consent, her absence of memory has to be considered with the evidence of the accused that the complainant

l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement était «vraisemblable» et que, même si l'avocat de la défense n'avait pas soulevé ce point, le juge du procès était tenu de soumettre ce moyen de défense au jury.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major:* Pour qu'une cour soit tenue d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, il doit y avoir une preuve plausible à l'appui de ce moyen de défense de manière à le rendre vraisemblable. En l'espèce, la preuve plausible vient des témoignages de la plaignante et de l'accusé et des circonstances entourant l'agression sexuelle reprochée. Le témoignage de l'accusé constitue davantage qu'une simple affirmation de croyance au consentement. L'accusé a rapporté des paroles et des actes précis de la plaignante, qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. À lui seul, ce témoignage peut donner ouverture au moyen de défense, mais il y a plus. Le témoignage de la plaignante n'a pas contredit celui de l'accusé, car elle ne peut pas se rappeler ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. De plus, il n'y a aucune preuve de violence, de lutte ou d'emploi de force. L'absence de résistance ou de violence à elle seule ne donnait pas ouverture à ce moyen de défense puisque c'est simplement l'un des facteurs qui doivent être pris en considération. En outre, non seulement les témoignages des parties ne sont pas «diamétralement opposés», mais encore même si l'on applique un critère un peu plus rigoureux, les versions des parties peuvent être «combinées» de manière cohérente. La plaignante n'a pas affirmé que, dans les faits, elle n'avait pas consenti; elle a seulement pu dire que, parce qu'elle-même et l'accusé étaient parents, elle n'aurait pas consenti. S'il est jugé digne de foi, le témoignage de l'accusé sur la participation de la plaignante pourrait amener un jury à conclure qu'il croyait sincèrement qu'elle consentait même s'il se trompait quant à sa capacité de donner un consentement valable en droit à cause de son ivresse. Cela satisfait au critère préliminaire de l'existence d'une explication plausible des faits et il aurait fallu le signaler au jury. Il appartient au jury de déterminer, en fonction de tous les facteurs de l'espèce, si la plaignante a pu dissimuler son ivresse sans le vouloir et dire des choses ou accomplir des actes de nature à susciter une croyance sincère mais erronée au consentement. Un tribunal ne peut pas statuer a priori qu'une croyance sincère mais erronée est impossible lorsque la plaignante est ivre. Enfin, bien que la passivité de la plaignante puisse ne

seemed to participate willingly. This is sufficient to justify charging the jury on that defence.

Section 273.2 of the *Criminal Code* was not raised at the trial or on the appeal. Those circumstances restrict this Court's ability to consider the effect of that section.

Although the defence of honest but mistaken belief was not raised at trial, it is not a bar to its being raised on appeal. A trial judge must charge the jury on every defence which has an "air of reality", whether or not that defence is raised by the accused.

*Per McLachlin J. (dissenting):* Section 273.2 of the *Criminal Code* provides that, in a case of sexual assault, an accused cannot raise the defence of mistaken belief in consent if he did not take "reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". In this case, where the complainant was on any view of the evidence quite drunk, the absence of any evidence of steps taken by the accused to ascertain consent precludes him from raising the defence.

In any event, an application of the common law principles governing the defence leads to the same result. To put the defence of honest but mistaken belief to the jury, there must be sufficient evidence to give the defence an "air of reality". Mere assertion of belief in consent by the accused will not suffice to give the defence an air of reality. As well, diametrically opposed assertions by the parties — the complainant's clear consent as far as the accused is concerned, and her clear refusal of consent as far as the complainant is concerned — will seldom, if ever, give rise to the defence. Consent for purposes of sexual assault is found in the communication by a person with the requisite capacity by verbal or non-verbal behaviour to another of permission to perform the sexual act. The issue of mistake as to consent must be assessed on the basis of the particular accused person before the court, but the accused cannot have been willfully blind or reckless. An accused is not entitled to presume consent in the absence of communicative ability and thus cannot raise the defence in the case of an unconscious or incoherent complainant. Passivity without more is also insufficient to provide a basis for the defence. Since the defence of honest but mistaken belief is designed to meet the situation where there has been an

pas valoir consentement, l'absence de souvenirs de sa part doit être examinée en regard du témoignage de l'accusé suivant lequel la plaignante semblait participer volontairement. Cela est suffisant pour justifier qu'on donne des directives au jury sur ce moyen de défense.

L'article 273.2 du *Code criminel* n'a pas été invoqué au procès ni dans le cadre de l'appel. Ces circonstances restreignent la capacité de notre Cour d'examiner l'effet de cette disposition.

Bien que la défense de croyance sincère mais erronée n'ait pas été soulevée au procès, cela n'empêche pas de la soulever en appel. Le juge du procès doit donner des directives au jury sur chaque moyen de défense «vraisemblable», peu importe qu'il ait été invoqué par l'accusé ou non.

*Le juge McLachlin (dissidente):* L'article 273.2 du *Code criminel* prévoit que, dans un cas d'agression sexuelle, l'accusé ne peut pas invoquer la défense de croyance erronée au consentement s'il n'a pas pris «les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». En l'espèce, puisque la plaignante était, selon la preuve des parties, complètement ivre, l'absence de preuve quant aux mesures prises par l'accusé pour s'assurer du consentement l'empêche d'invoquer ce moyen de défense.

De toute façon, l'application des principes de common law régissant ce moyen de défense mène au même résultat. Pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, il doit y avoir une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit «vraisemblable». La simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement ne sera pas suffisante pour que le moyen de défense soit vraisemblable. De même, des assertions diamétralement opposées par les parties — le consentement manifeste de la plaignante du point de vue de l'accusé et le refus manifeste du point de vue de la plaignante — donneront rarement pour ne pas dire jamais ouverture à la défense. Le consentement dans le contexte de l'agression sexuelle consiste, pour une personne ayant la capacité requise, à communiquer à autrui, au moyen d'un comportement verbal ou non verbal, la permission d'accomplir l'acte sexuel. La question de l'erreur quant au consentement doit être évaluée en fonction de la personne même de l'accusé traduit en justice, mais ce dernier ne doit pas s'être retranché dans l'ignorance volontaire ni avoir fait preuve d'insouciance. L'accusé n'a pas le droit de présumer un consentement en l'absence d'une capacité de communiquer et ne peut donc pas invoquer ce moyen de défense dans le

honest miscommunication of non-consent, it may arise only where the evidence indicates a situation of ambiguity resulting from the complainant's conduct or external circumstances which the accused, not being wilfully blind or reckless and acting honestly, misinterpreted as consent. The requirements of the defence are thus: (1) evidence that the accused believed the complainant was consenting; (2) evidence that the complainant in fact refused consent, did not consent, or was incapable of consenting; and (3) evidence of ambiguity or equivocality showing how the accused could honestly, and without wilful blindness or recklessness, have mistaken the complainant's lack of consent for consent.

Here, the trial judge did not err in failing to put the defence of honest but mistaken belief to the jury, since it did not realistically arise on the evidence. The complainant and the accused presented divergent and incompatible versions of the events. The accused's evidence is consistent only with capacity and actual consent. The complainant's evidence is consistent with denial of consent or with unconscious incapacity to give consent. Either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it. Neither case suggests a situation of ambiguity or equivocality which the accused could honestly have read as capacity and consent. Drunkenness cannot constitute evidence of a situation in which the complainant might appear to be consenting when in fact she was not. If the complainant is so drunk that she is unable to communicate, she is incapable of giving consent, and no question of honest mistake can arise. If she was less drunk and had the capacity to consent, the question for the jury is whether she actually consented or not, depending on whose evidence they accept. Further, the assertion that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief depends not on the evidence but on speculation. The law, however, does not permit speculation based on stereotypes but rather demands specific evidence of a state of affairs which could give rise to an honest misapprehension of consent when no consent existed. No such evidence was presented in this case. The complainant's inability to recollect is not in itself evidence of miscom-

cas où la plaignante a perdu conscience ou est incohérente. La simple passivité est également insuffisante pour justifier le recours au moyen de défense. Puisque la défense de croyance sincère mais erronée vise à remédier à la situation où la communication de l'absence de consentement se fait mal, elle ne peut être invoquée que si la preuve révèle une situation prêtant à l'équivoque, soit en raison du comportement de la plaignante, soit en raison de circonstances extérieures, que l'accusé agissant de bonne foi, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, a interprétée à tort comme un consentement. Les conditions donnant ouverture à ce moyen de défense sont donc les suivantes: (1) la preuve que l'accusé a cru au consentement de la plaignante, (2) la preuve que, dans les faits, la plaignante a opposé un refus, n'était pas consentante ou était incapable de consentir, et (3) une preuve d'ambiguïté ou d'équivoque montrant comment l'accusé a pu, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, interpréter sincèrement comme un consentement l'absence de consentement de la plaignante.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, puisque la preuve ne donnait pas ouverture d'une façon réaliste à ce moyen de défense. La plaignante et l'accusé ont présenté des versions des événements qui étaient contradictoires et inconciliables. Le témoignage de l'accusé n'est conciliable qu'avec la capacité et le consentement véritable. Le témoignage de la plaignante est compatible avec un refus ou avec l'incapacité de donner un consentement à cause d'une perte de conscience. Soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d'avoir des rapports sexuels, soit qu'elle avait perdu conscience et était incapable d'opposer un refus. Aucun de ces scénarios ne laisse entrevoir une situation ambiguë ou prêtant à l'équivoque que l'accusé aurait pu sincèrement interpréter comme une capacité et un consentement. L'ivresse ne saurait constituer la preuve d'une situation dans laquelle la plaignante pourrait paraître consentante alors qu'en réalité elle ne l'était pas. Si la plaignante est ivre au point de ne pas être en mesure de communiquer, elle est incapable de donner un consentement, et il ne saurait être question d'invoquer l'erreur de bonne foi. Si elle était moins ivre et avait la capacité de consentir, la question à soumettre au jury est de savoir si oui ou non la plaignante a véritablement consenti, selon le témoignage qu'il accepte. En outre, l'affirmation selon laquelle l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée repose non pas sur la preuve mais sur

munication. Nor does the absence of evidence of violence support the hypothesis of honest but mistaken belief in consent. If the accused wrongly inferred clear capacity and an active communication of consent from lack of struggle or passivity, he must have been either wilfully blind or dishonest. On the evidence, there were thus only two possible scenarios: either the complainant did not consent to the sexual activity or she had capacity and consented. Neither scenario is consistent with the defence of honest but mistaken belief in consent and there is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of McLachlin J. were agreed with. The traditional common law understanding of "lack of consent" as it relates to the *mens rea* in the offence of sexual assault should be changed. The customary focus on the complainant's communication of refusal or rejection of the sexual touching in question should be rejected in favour of an assessment of whether and how the accused ascertained that the complainant was consenting to such activity. The *mens rea* of the offence should be established where the accused is shown to have been aware of or reckless or wilfully blind as to the fact that the complainant has not communicated consent to the activity in question. In determining whether an accused had the requisite culpable state of mind, it is necessary for the trier of fact objectively to examine not only the verbal and behavioural indicators in the evidence of the complainant's subjective state, but also the accused's subjective perception thereof, in light of any relevant circumstances known to him at the time. Where an accused has demonstrated that he honestly, with some basis in the circumstances, misperceived these indicators, and therefore lacked the necessary "culpable mind", the defence of honest but mistaken belief may arise. Here, there was no evidentiary basis for ambiguous communication on the part of the complainant or external circumstances which could have influenced the perceptions of the

des suppositions. Cependant, le droit ne permet pas de faire des suppositions fondées sur des stéréotypes, mais exige plutôt une preuve établissant précisément une situation susceptible d'amener quelqu'un à se méprendre de bonne foi sur le consentement en l'absence d'un consentement. Aucune preuve semblable n'a été présentée en l'espèce. Le fait que la plaignante ne se souvienne de rien n'est pas en soi une preuve de mauvaise communication. L'absence de preuve de violence n'appuie pas non plus l'hypothèse d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Si l'accusé a inféré à tort de l'absence de lutte ou de la passivité de la plaignante une capacité manifeste et la communication active d'un consentement, il doit s'être retranché soit dans l'ignorance volontaire, soit dans la mauvaise foi. Compte tenu de la preuve, il n'y avait ainsi que deux scénarios possibles: soit que la plaignante n'a pas consenti à l'activité sexuelle, soit qu'elle avait la capacité requise et a consenti. Aucun de ces scénarios n'est conciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et il n'existe aucune preuve au soutien d'un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équivoque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissident): Il y a accord avec les motifs du juge McLachlin. La conception traditionnelle de common law relativement à «l'absence de consentement» comme élément de la *mens rea* requise pour l'infraction d'agression sexuelle devrait être modifiée. Il y a lieu de rejeter l'accent que l'on a habituellement mis sur la communication par la plaignante d'un refus de subir les atouchements sexuels en question et de s'attacher plutôt à la question de savoir si et comment l'accusé s'est assuré du consentement de la plaignante. La *mens rea* requise pour cette infraction devrait également être établie lorsqu'il est démontré que l'accusé savait qu'aucun consentement aux actes en question n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Pour déterminer si l'accusé avait l'état d'esprit coupable nécessaire, le juge des faits doit examiner objectivement non seulement les indices relatifs aux échanges verbaux et au comportement subjectif de la plaignante, que comporte la preuve, mais aussi la perception subjective de l'accusé de cet état, à la lumière des circonstances pertinentes qu'il connaissait à ce moment-là. L'accusé qui démontre, sur la base d'éléments de preuve, qu'il s'est mépris de bonne foi sur ces indices et, partant, qu'il n'avait pas l'«intention coupable» nécessaire, peut invoquer la défense de croyance sincère mais erronée. En l'espèce, il n'y a rien dans la preuve qui permette de dire que la communication par la plaignante était ambiguë ou que des circonstances extérieures pourraient avoir

accused. The trial judge was thus correct in not putting the defence to the jury.

### Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782.

By McLachlin J. (dissenting)

*Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *People v. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909 (1987); *People v. Williams*, 841 P.2d 961 (1992); *R. v. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *People v. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975); *People v. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (1985); *People v. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (1991); *Tyson v. Trigg*, 50 F.3d 436 (1995); *Tyson v. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (1993); *Commonwealth v. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (1992).

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *State of A.P. v. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272; *State of Punjab v. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 15, 28. *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 265(3), (4), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1].

### Authors Cited

Malm, H. M. "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape" (1996), 2 *Legal Theory* 147.  
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233.

influencé les perceptions de l'accusé. Le juge du procès a donc eu raison de ne pas soumettre ce moyen de défense au jury.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *People c. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909 (1987); *People c. Williams*, 841 P.2d 961 (1992); *R. c. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *People c. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975); *People c. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (1985); *People c. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (1991); *Tyson c. Trigg*, 50 F.3d 436 (1995); *Tyson c. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (1993); *Commonwealth c. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (1992).

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

*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *State of A.P. c. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272; *State of Punjab c. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15, 28. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150.1 [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1], 265(3), (4), 273.2 [aj. 1992, ch. 38, art. 1].

### Doctrine citée

Malm, H. M. «The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape» (1996), 2 *Legal Theory* 147.  
Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233.

*Webster's Third New International Dictionary*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "consent".  
 Wertheimer, Alan. "Consent and Sexual Relations" (1996), 2 *Legal Theory* 89.  
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & Sons, 1978.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, [1996] N.W.T.R. 242, [1996] N.W.T.J. No. 51 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*M. David Gates and Bernadette Schmaltz*, for the appellant.

*Adrian C. Wright and Catherine Stark*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major was delivered by

MAJOR J. — This appeal returns the Court to a consideration of the defence of honest but mistaken belief in consent in relation to a charge of sexual assault. This defence has been frequently reviewed in recent cases and these reasons strive only to restate what has previously been said.

### I. Facts

The respondent, a second cousin of the complainant, was one of five people present at a party at the complainant's home. At the party a considerable amount of alcohol was consumed. The complainant testified that she was drunk. The respondent testified that, in his view, the complainant was in a condition to be "able to control what she was doing". Other witnesses testified that the complainant looked "pretty drunk".

As the party progressed into the early morning, only the complainant, the respondent and a third

*Webster's Third New International Dictionary*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, «consent».  
 Wertheimer, Alan. «Consent and Sexual Relations» (1996), 2 *Legal Theory* 89.  
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & Sons, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, [1996] N.W.T.R. 242, [1996] N.W.T.J. No. 51 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*M. David Gates et Bernadette Schmaltz*, pour l'appelante.

*Adrian C. Wright et Catherine Stark*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi ramène devant la Cour la question de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement relativement à une accusation d'agression sexuelle. Ce moyen de défense a été fréquemment examiné dans des décisions récentes et les présents motifs ne font qu'exposer de nouveau ce qui a déjà été dit.

### I. Les faits

L'intimé, cousin issu de germain de la plaignante, était l'une des cinq personnes présentes à une soirée donnée chez la plaignante. Une grande quantité d'alcool y a été consommée. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre. L'intimé a témoigné que, à son avis, la plaignante était [TRADUCTION] «capable de se maîtriser». D'autres témoins ont dit que la plaignante avait l'air [TRADUCTION] «passablement ivre».

Aux petites heures du matin, seuls la plaignante, l'intimé et une troisième personne, James Harry,

person, James Harry, remained in the house. Mr. Harry testified that he did not see any unusual behaviour or physical contact between the respondent and the complainant in his presence. He left the house, leaving the complainant and respondent alone. He testified that at that point the complainant was "pretty high".

4 The respondent testified that he and the complainant kissed each other and then the complainant invited him to come to her bedroom where they had consensual sexual intercourse. The complainant denied the kissing and said that she had not invited the respondent to her bedroom. She testified that she had no memory of anything from the time she went to her bedroom until the next morning when she awoke and realized that she had engaged in sexual intercourse. Although she could not remember what occurred, the complainant testified that she would not have consented to intercourse with the accused because they were related.

## II. Jury Charge

5 The respondent was charged with sexual assault. He was tried before a jury. Prior to closing submissions of counsel, the trial judge discussed with counsel the issues in the case and his proposed jury charge. Crown counsel raised the issue of whether or not the accused would be relying on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel's position was that the only issue in the case was actual consent.

6 The trial judge charged the jury on the issue of consent, but not on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel did not object. During deliberations, the jury asked a question about consent while impaired and the trial judge recharged the jury on that point.

7 The respondent was convicted of sexual assault. On appeal, the Court of Appeal, by majority,

étaient encore dans la maison. Monsieur Harry a témoigné n'avoir vu aucun comportement inhabituel ni contact physique entre l'intimé et la plaignante. Il a quitté la maison, laissant la plaignante et l'intimé seuls. Il a témoigné que, à ce moment là, la plaignante était [TRADUCTION] «passablement partie».

L'intimé a témoigné que lui et la plaignante se sont embrassés puis que la plaignante l'a invité à aller dans sa chambre à coucher où ils ont eu des rapports sexuels consensuels. La plaignante a nié avoir embrassé l'intimé et l'avoir invité dans sa chambre. Elle a témoigné ne se souvenir de rien entre le moment où elle est allée dans sa chambre et le lendemain matin, lorsqu'elle s'est rendu compte en se réveillant qu'elle avait eu des rapports sexuels. Bien qu'elle n'ait pu se rappeler ce qui s'était passé, la plaignante a témoigné qu'elle n'aurait pas consenti à des rapports sexuels avec l'intimé parce qu'ils étaient parents.

## II. L'exposé au jury

L'intimé a été accusé d'agression sexuelle. Il a subi son procès devant un jury. Avant les plaidoiries finales, le juge du procès a discuté avec les avocats des questions en litige et de l'exposé qu'il projetait de faire au jury. Le substitut du procureur général a soulevé la question de savoir si l'accusé entendait invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Selon l'avocat de la défense, la seule question litigieuse était le consentement lui-même.

Le juge du procès a donné au jury des directives sur la question du consentement, mais non sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. L'avocat de la défense n'a pas fait d'objection. Au cours des délibérations, le jury a posé une question sur le consentement d'une personne alors que ses facultés sont affaiblies, et le juge du procès lui a fait un exposé supplémentaire sur ce point.

L'intimé a été reconnu coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel à la majorité a accueilli

allowed the appeal, quashed the conviction, and ordered a new trial: [1996] N.W.T.R. 242.

### III. Court of Appeal Judgment

#### (1) *The Majority*

Lieberman J.A. (Irving J.A. concurring) noted that neither counsel expressed any objection to the charge, nor made any mention of the absence of instructions on the defence of honest but mistaken belief.

Lieberman J.A. concluded (at p. 245):

The accused was consistent in stating that the act of sexual intercourse took place with the consent and active participation of the complainant. His evidence in this regard may well be interpreted as his belief based on his allegations of the complainant's conduct thus raising the defence of honest but mistaken belief. In this case there was evidence in addition to the bare assertion by the [respondent] that if believed could lead a jury to give effect to that defence. There was, therefore, an 'air of reality' to that defence. In our respectful view, notwithstanding the failure of counsel to raise the issue, the learned trial judge was obliged to put that defence to the jury.

#### (2) *The Minority*

Richard J.A., dissenting, found no merit in the appeal from conviction. He stated the trial judge had been alive to the issues raised by the evidence and was correct in concluding that there was no evidence to warrant putting the defence of honest but mistaken belief to the jury. In his opinion the defence lacked the requisite "air of reality".

Richard J.A. pointed out that experienced counsel did not request the trial judge to instruct the jury on this defence. Although this failure was not fatal on appeal, he said it was a factor to be considered in deciding whether there was an air of reality to the mistaken belief defence.

l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1996] N.W.T.R. 242.

### III. L'arrêt de la Cour d'appel

#### (1) *La majorité*

Le juge Lieberman (avec l'appui du juge Irving) a fait remarquer que ni l'un ni l'autre des avocats n'ont formulé d'objection à l'égard de l'exposé ni mentionné l'absence de directives sur la défense de croyance sincère mais erronée.

Le juge Lieberman a conclu (à la p. 245):

[TRADUCTION] L'accusé a constamment dit que les rapports sexuels ont eu lieu avec le consentement et la participation active de la plaignante. Son témoignage à cet égard peut à juste titre être interprété comme une croyance fondée sur ses allégations quant à la conduite de la plaignante, ce qui soulève la défense de croyance sincère mais erronée. Il y avait dans cette affaire, en plus de la simple affirmation de [l'intimé], des éléments de preuve qui, si on y ajoutait foi, pouvaient amener le jury à retenir ce moyen de défense. Cette défense était donc «vraisemblable». Avec toute la déférence qui s'impose, nous sommes d'avis que, même si l'avocat n'a pas soulevé ce point, le juge du procès était tenu de soumettre ce moyen de défense au jury.

#### (2) *La minorité*

Le juge Richard, dissident, a conclu que l'appel formé contre la déclaration de culpabilité était mal fondé. Il a dit que le juge du procès avait compris les questions soulevées par la preuve et avait eu raison de conclure que la preuve ne justifiait pas qu'il soumette à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée. À son avis, la défense n'avait pas la «vraisemblance» requise.

Le juge Richard a fait remarquer que des avocats expérimentés n'ont pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Bien qu'elle n'ait pas été fatale en appel, a-t-il dit, cette omission était un facteur dont il fallait tenir compte pour décider si la défense de croyance erronée était vraisemblable.

8

9

10

11

- 12 Richard J.A. held that the defence of honest but mistaken belief should be rarely invoked in sexual assault cases. In his opinion, the issue was consent or no consent and the jury, by its verdict, did not believe the respondent's testimony.

#### IV. Analysis

- 13 In my opinion, the majority of the Court of Appeal was correct to find an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief. As well, it has long been established that a trial judge must charge the jury on every defence which has an "air of reality", whether or not that defence is raised by the accused.

##### (1) *Air of Reality*

- 14 The principal question that arises where the defence of honest but mistaken belief is alleged is whether in all the circumstances of the case there is any reality to it. In *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, L'Heureux-Dubé J. wrote, at para. 20:

Although there is not, strictly speaking, a requirement that the evidence be corroborated, that evidence must amount to something more than a bare assertion. There must be some support for it in the circumstances. The search for support in the whole body of evidence or circumstances can complement any insufficiency in legal terms of the accused's testimony. The presence of "independent" evidence supporting the accused's testimony will only have the effect of improving the chances of the defence.

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, McLachlin J. stated at pp. 648-49:

... before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. This requirement is sometimes described by saying that there must be an "air of reality" to the defence. To put a defence to the jury where this "air of reality" is lacking on the evidence would be to risk confusing the jury and to invite verdicts not supported by the evidence.

In order to give an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence

Le juge Richard a conclu que la défense de croyance sincère mais erronée ne devait être invoquée que rarement dans des affaires d'agression sexuelle. À son avis, la question en litige était de savoir s'il y avait eu consentement ou absence de consentement, et le jury, par son verdict, a montré qu'il n'a pas cru le témoignage de l'intimé.

#### IV. Analyse

À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de conclure que la défense de croyance sincère mais erronée était «vraisemblable». Au surplus, il est établi depuis longtemps que le juge du procès doit donner au jury des directives sur chaque moyen de défense «vraisemblable», qu'il ait été plaidé par l'accusé ou non.

##### (1) *La vraisemblance*

La question principale qui se pose lorsque la défense de croyance sincère mais erronée est invoquée est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a quelque vraisemblance. Dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, le juge L'Heureux-Dubé a écrit au par. 20:

Bien qu'il n'y ait, à vrai dire, aucune exigence de corroboration de la preuve, celle-ci doit être plus qu'une simple assertion. Les circonstances doivent l'appuyer de quelque manière. La recherche d'un appui dans l'ensemble de la preuve ou des circonstances peut, sur le plan juridique, suppléer à toute carence du témoignage de l'accusé. L'existence d'une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l'accusé n'aura pour effet que d'améliorer les chances de la défense.

Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge McLachlin a dit aux pp. 648 et 649:

... pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, il faut que ce moyen soit étayé par la preuve ou, comme on le dit parfois, qu'il soit «vraisemblable». Présenter un moyen de défense au jury lorsque cette «vraisemblance» ne ressort pas de la preuve serait risquer de semer la confusion chez les jurés et de donner ouverture à des verdicts non fondés sur la preuve.

Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les élé-

of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting.

The evidence of lack of consent in most cases is supplied by the complainant's testimony. To prove honest but mistaken belief, on the other hand, the accused typically testifies that he honestly believed that the complainant consented. Theoretically, such a belief could be asserted in every case, even where it is totally at odds with the evidence as to what happened. So it has been held that the bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence of honest but mistaken belief; the assertion must be "supported to some degree by other evidence or circumstances": *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790. The support may come from the accused or from other sources. . . .

[T]he accused's mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances. The level of support need not be so great as would permit the belief to be characterized as a reasonable belief. But some support there must be.

I conclude from the foregoing that before a court should consider honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence. Here, the plausible evidence comes from the testimony of the complainant and the respondent and the surrounding circumstances of the alleged sexual assault. The respondent's evidence amounted to more than a bare assertion of belief in consent. He described specific words and actions on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. This alone may be enough to raise the defence. However, there

ments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante.

Dans la plupart des cas, la preuve de l'absence de consentement est fournie par le témoignage de la plaignante. Par contre, l'accusé qui veut établir sa croyance sincère mais erronée déclare habituellement en témoignage qu'il croyait sincèrement que la plaignante était consentante. En théorie, cette croyance pourrait être invoquée dans tous les cas, même lorsqu'elle ne correspond aucunement à la preuve sur les événements. On a donc statué que la simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée; cette affirmation doit en effet être «appuyé[e] dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances»: *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources. . . .

[L]e simple fait d'affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L'exigence d'une croyance sincère n'équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n'est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. Son fondement n'a pas à atteindre le degré nécessaire pour qu'une croyance soit qualifiée de raisonnable. Mais il doit y avoir un fondement.

Je conclus de ce qui précède que, pour qu'une cour soit tenue d'examiner la croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, cette croyance doit d'abord être appuyée par une preuve plausible de façon que la défense acquière une vraisemblance. En l'espèce, la preuve plausible vient des témoignages de la plaignante et de l'intimé et des circonstances entourant l'agression sexuelle reprochée. Le témoignage de l'intimé constitue davantage qu'une simple affirmation de croyance au consentement. Il a rapporté des paroles et des actes précis de la plaignante, qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. À lui

was more. The complainant's evidence did not contradict that of the respondent, as she cannot remember what occurred after she went to her bedroom. In addition there was no evidence of violence, no evidence of a struggle and no evidence of force.

16 The parties' testimony is usually the most important evidence in sexual assault cases. In *Osolin, supra*, there was debate whether, if the parties' testimony were "diametrically opposed", the defence of mistake should be put to the jury. In the present case, not only was the testimony not "diametrically opposed", but even on a slightly stricter test, the parties' stories may be "cobbled together" in an entirely coherent manner. In *Park, supra*, L'Heureux-Dubé J. stated at para. 25:

... the question is whether, in the absence of other evidence lending an air of reality to the defence of honest mistake, a reasonable jury could cobble together some of the complainant's evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence. ... Put another way, is it realistically possible for a properly instructed jury, acting judiciously, to splice some of each person's evidence with respect to the encounter, and settle upon a reasonably coherent set of facts, supported by the evidence, that is capable of sustaining the defence of mistaken belief in consent?

17 The procedure outlined by L'Heureux-Dubé J. applies here in the following way. The accused testified that they had been drinking and engaged in intercourse, with the complainant's consent. The complainant testified that she was drunk and has no memory of anything that happened after she went to her bedroom. She did not testify that she did not in fact consent, but was only able to say that because she and the accused were related, she would not have consented. The appellant Crown argued for a conviction based on, *inter alia*, the theory that as the complainant was intoxicated she was incapable of consenting.

seul, ce témoignage peut donner ouverture au moyen de défense. Cependant, il y a plus. Le témoignage de la plaignante n'a pas contredit celui de l'intimé, car elle ne peut pas se rappeler ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. De plus, il n'y a aucune preuve de violence, de lutte ou d'emploi de force.

Les témoignages des parties sont ordinairement les éléments de preuve les plus importants dans les affaires d'agression sexuelle. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, on a débattu la question de savoir s'il convient de soumettre la défense d'erreur au jury lorsque les témoignages des parties sont «diamétralement opposés». En l'espèce, non seulement les témoignages ne sont pas «diamétralement opposés», mais même si l'on applique un critère un peu plus rigoureux, les versions des parties peuvent être «combinées» de manière tout à fait cohérente. Dans l'arrêt *Park*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a dit au par. 25:

La question qui se pose est [...] de savoir si, en l'absence d'autres éléments de preuve conférant une vraisemblance à la défense d'erreur honnête, un jury raisonnable pourrait combiner une partie de la preuve de la plaignante et une partie de la preuve de l'accusé, pour servir de justification suffisante à ce moyen de défense. [...] En d'autres termes, un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut-il, de façon réaliste, retenir une partie du témoignage de chacun des intéressés relativement à l'incident pour en arriver à un ensemble de faits, raisonnablement cohérent et appuyé par la preuve, qui soit susceptible de justifier la défense de croyance erronée au consentement?

La méthode décrite par le juge L'Heureux-Dubé s'applique ici de la façon suivante. L'accusé a témoigné qu'ils avaient bu et qu'ils ont eu des rapports sexuels, avec le consentement de la plaignante. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre et n'a aucun souvenir de ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. Elle n'a pas affirmé que, dans les faits, elle n'avait pas consenti; elle a seulement pu dire que, parce qu'elle-même et l'accusé étaient parents, elle n'aurait pas consenti. Le ministère public appelant a demandé une déclaration de culpabilité en s'appuyant, entre autres, sur la théorie voulant que, puisqu'elle était ivre, la plaignante était incapable de consentir.

The accused's evidence of the complainant's participatory actions, if believed, might lead a jury to conclude that he honestly believed she was consenting despite his being mistaken about her ability to legally consent because of intoxication. This meets the threshold of a plausible explanation of the facts and should have been put to the jury.

The absence of memory by the complainant as to what happened in the bedroom makes it easier to "cobble together" parts of both the accused and complainant's evidence to reach a reasonable conclusion of honest but mistaken belief. Any number of things may have happened during the period in which she had no memory. The evidence of the accused combined with the lack of memory of the complainant and, as previously noted, the absence of violence, struggle or force, when taken together makes plausible and gives an air of reality to the defence of mistaken belief.

Passivity by the complainant may not be consent: see *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3. However, the absence of memory by the complainant has to be considered with the evidence of the accused that the complainant seemed to willingly participate. The jury would not need to believe much of the respondent's testimony about what occurred in order to reasonably conclude that he had an honest but mistaken belief in consent. This is sufficient to justify charging the jury on that defence.

The defence of honest but mistaken belief is mandated by both common law and statute. My colleague, Justice McLachlin, in her reasons in this case, narrows the defence to where it practically ceases to exist. The trial judge's role in evaluating the legal standard of "air of reality" as a question of law is a limited one. The strictures placed on the defence by my colleague would expand the role of the trial judge and deny the jury the ability to apply

S'il est jugé digne de foi, le témoignage de l'accusé sur la participation de la plaignante pourrait amener un jury à conclure qu'il croyait sincèrement qu'elle consentait même s'il se trompait quant à sa capacité de donner un consentement valable en droit à cause de son ivresse. Cela satisfait au critère préliminaire de l'existence d'une explication plausible des faits et il aurait fallu le signaler au jury.

Vu que la plaignante ne se souvient pas de ce qui s'est passé dans la chambre, il est plus facile de combiner des parties du témoignage de l'accusé et de la plaignante pour arriver à une conclusion raisonnable de croyance sincère mais erronée. Beaucoup de choses ont pu se produire pendant la période dont elle ne se souvient pas. La combinaison du témoignage de l'accusé et de l'absence de souvenirs de la plaignante avec, rappelons-le, l'absence de violence, de lutte ou d'emploi de force, rend plausible et vraisemblable la défense de croyance erronée.

La passivité de la plaignante peut ne pas valoir consentement: voir *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3. Cependant, l'absence de souvenirs de la plaignante doit être examinée en regard du témoignage de l'accusé suivant lequel la plaignante semblait participer volontairement. Il ne serait pas nécessaire que le jury ajoute foi à une grande partie du témoignage de l'intimé sur ce qui s'est passé pour qu'il tire la conclusion raisonnable que l'intimé croyait sincèrement mais erronément au consentement. Cela est suffisant pour justifier qu'on donne des directives au jury sur ce moyen de défense.

La défense de croyance sincère mais erronée est prescrite par la common law et la loi. Dans les motifs qu'elle prononce en l'espèce, ma collègue le juge McLachlin restreint ce moyen de défense à tel point qu'il cesse pratiquement d'exister. Le rôle du juge du procès dans l'évaluation de la norme juridique de la «vraisemblance» comme question de droit est limité. Les restrictions auxquelles ma collègue assujettit ce moyen de défense élargiraient le rôle du juge du procès et empêcheraient le jury d'apprécier en toute conscience les questions

18

19

20

21

its wisdom to issues that arise in these cases by removing nearly all questions of fact from them.

22 In this appeal, it is the totality of the evidence that gives the defence an air of reality. The absence of resistance or violence is only one factor that must be considered alongside the accused's evidence that the complainant did and said things that led him to believe she was consenting. I intended my reasons to conclude that the absence of resistance or violence alone could not raise the defence.

23 My colleague's reasons state that I have asserted "that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief" (para. 95). These factors were cited merely because they leave the accused's evidence that the complainant did and said things that led him to believe she was consenting uncontradicted. My colleague concludes that the complainant would not for personal reasons have consented. This, in view of the complainant's failure to remember, is no evidence of her denying consent.

24 My colleague further posits that an accused could never have an honest but mistaken belief in consent where the complainant is incapable of consent because she is intoxicated. She states that "[s]uch lack of capacity would be obvious to all who see her, except the wilfully blind. This makes any suggestion of honest mistake as to consent implausible" (para. 73). With respect, this conclusion is incorrect, unless it means that the only time a person is legally incapable of giving consent is when they are intoxicated to the point of unconsciousness. The question of whether a particular complainant could inadvertently disguise her intoxication, say things or perform acts that raise an honest but mistaken belief in consent, is for the jury to determine taking into account all the factors in the case. The Court cannot make an *a priori* determination that honest but mistaken belief is impossible when the complainant is intoxicated.

qui sont soulevées dans ces affaires en lui enlevant presque toutes les questions de fait.

Dans le présent pourvoi, c'est la totalité de la preuve qui rend la défense vraisemblable. L'absence de résistance ou de violence est simplement l'un des facteurs qui doivent être pris en considération avec le témoignage de l'accusé selon lequel la plaignante a dit et fait des choses qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Mon intention dans mes motifs était de conclure que l'absence de résistance ou de violence à elle seule ne donnait pas ouverture à ce moyen de défense.

Dans ses motifs, ma collègue dit que, selon moi, «l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée» (par. 95). J'ai mentionné ces facteurs simplement parce qu'ils ne contredisent pas le témoignage de l'accusé selon lequel la plaignante a dit et fait des choses qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Ma collègue conclut que la plaignante n'aurait pas donné son consentement pour des raisons personnelles. Compte tenu de l'absence de souvenirs de la plaignante, ce n'est pas une preuve de son refus de consentir.

Ma collègue pose en outre le principe qu'un accusé ne peut jamais croire sincèrement mais erronément au consentement lorsque le plaignant est incapable de consentir parce qu'il est ivre. Elle dit que «[c]ette incapacité sautera aux yeux de tous ceux qui voient le plaignant, sauf celui qui se retranche dans l'ignorance volontaire. C'est ce qui rend invraisemblable toute affirmation d'erreur de bonne foi quant au consentement» (par. 73). À mon sens, cette conclusion est erronée, à moins qu'elle ne signifie que le seul moment où une personne est légalement incapable de donner son consentement, c'est lorsqu'elle est ivre au point de perdre conscience. Il appartient au jury de déterminer, en fonction de tous les facteurs de l'espèce, si le plaignant a pu dissimuler son ivresse sans le vouloir et dire des choses ou accomplir des actes de nature à susciter une croyance sincère mais erronée au consentement. La Cour ne peut pas statuer *a priori* qu'une croyance sincère mais erronée est impossible lorsque le plaignant est ivre.

My colleague suggests that there are only two possibilities in this case: “either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it” (para. 91). With respect, this is a question for the jury to consider. There is a logical third alternative. The jury could have believed the accused’s testimony that the complainant appeared to consent, but also believed that the complainant was intoxicated to the point of legal incapability. If honest but mistaken belief as a defence is removed in those circumstances, the jury would have no option but to convict. The effect of McLachlin J.’s reasons would usurp the role of the jury when she states that “[t]here is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated. There is no evidence to indicate that while the complainant appeared to be consenting, she was not” (para. 94). It appears plain on the facts of this case that it was possible for the jury to do just that.

(2) *Defence First Raised on Appeal*

That the defence of honest but mistaken belief was not raised at the trial is not a bar to its being raised on appeal. The trial judge must charge the jury with respect to every defence which has an “air of reality”. See *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757, *per* McLachlin J. at para. 12:

It is common ground that the trial judge must instruct the jury on any defence that on the evidence has “an air of reality”: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. The threshold test is met when there is an evidentiary basis for the defence which, if believed, would allow a reasonable jury properly instructed to acquit. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Defence counsel’s decision not to raise the defence may have obscured the issue; however, the obligation remained with the trial judge.

Ma collègue dit qu’il existe seulement deux possibilités en l’espèce: «soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d’avoir des rapports sexuels, soit qu’elle avait perdu conscience et était incapable d’opposer un refus» (par. 91). À mon sens, il appartient au jury d’examiner cette question. Il existe une troisième possibilité logique. Le jury aurait pu ajouter foi au témoignage de l’accusé selon lequel la plaignante paraissait consentante, mais croire aussi que la plaignante était ivre au point d’être légalement incapable. Si la défense de croyance sincère mais erronée est écartée dans ces circonstances, le jury n’aurait d’autre choix que de déclarer l’accusé coupable. Le passage suivant des motifs du juge McLachlin aurait pour effet d’usurper le rôle du jury: «Il n’existe aucune preuve au soutien d’un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équivoque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué. Rien ne permet d’affirmer que la plaignante paraissait consentante alors qu’elle ne l’était pas» (par. 94). À l’évidence, compte tenu des faits de l’espèce, c’est exactement ce que le jury avait la possibilité de faire.

(2) *Moyen de défense soulevé pour la première fois en appel*

Le fait que la défense de croyance sincère mais erronée n’ait pas été soulevée au procès n’interdit pas qu’elle le soit en appel. Le juge du procès doit donner des directives au jury sur chaque moyen de défense «vraisemblable». Voir les motifs du juge McLachlin dans l’arrêt *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757, le juge McLachlin, au par. 12:

Il est admis que le juge du procès doit donner au jury des directives sur tout moyen de défense “vraisemblable” d’après la preuve: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. On satisfait au critère préliminaire lorsque la preuve justifie un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi, permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de prononcer l’acquittement. Voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

La décision de l’avocat de la défense de ne pas invoquer le moyen de défense a pu masquer la question, mais le juge du procès conservait l’obligation de le soumettre au jury.

27 This point is further strengthened by the wording of s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

265. . . .

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. [Emphasis added.]

This section essentially codifies the "air of reality" test in relation to the defence of honest but mistaken belief: *Osolin, supra, per Cory J.* The use of the mandatory "shall instruct the jury" makes it clear that the defence must go forward whether raised by the accused or not.

28 An accused person is entitled at his or her trial to have all defences which arise on the facts considered by the court. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, *per McIntyre J.*, at p. 789: "[i]t is well settled law that in his charge the trial judge must put to the jury all defences that may arise upon the evidence, whether they have been raised by counsel for the defence or not."

## V. Conclusion

29 The ability to reconcile the evidence of both the accused and the complainant with an honest but mistaken belief in consent and the circumstances of the alleged offence mandates that the jury should have considered the defence. Section 273.2 of the *Criminal Code* was not raised at the trial or on the appeal. Those circumstances restrict this Court's ability to consider the effect of that section. This is not a case where the only issue is consent or no consent. A new trial is required.

Cette opinion est encore renforcée par le texte du par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

265. . . .

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. [Je souligne.]

Essentiellement, ce paragraphe codifie le critère de la «vraisemblance» relativement à la défense de croyance sincère mais erronée: *Osolin*, précité, le juge Cory. L'emploi de l'expression «demande à ce dernier [le jury]» montre clairement que le moyen de défense doit être pris en considération, qu'il ait été invoqué par l'accusé ou non.

Un accusé a droit à ce que, à son procès, la cour examine tous les moyens de défense auxquels les faits donnent ouverture. Voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, le juge McIntyre, à la p. 789: «[i]l est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaqués par l'avocat de la défense ou non».

## V. Conclusion

La possibilité de concilier tant le témoignage de l'accusé que celui de la plaignante avec une croyance sincère mais erronée au consentement dans les circonstances de l'infraction reprochée font que le jury aurait dû examiner ce moyen de défense. L'article 273.2 du *Code criminel* n'a pas été invoqué au procès ni dans le cadre de l'appel. Ces circonstances restreignent la capacité de notre Cour d'examiner l'effet de cette disposition. Il ne s'agit pas d'une affaire où la seule question litigieuse est le consentement ou l'absence de consentement. La tenue d'un nouveau procès s'impose.

In the result, I would uphold the decision of Lieberman J.A. in the Court of Appeal, and dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I agree entirely with McLachlin J.'s reasons and the result she reaches. In *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, I similarly advocated altering the traditional common law understanding of "lack of consent" as it relates to the *mens rea* in the offence of sexual assault. This required rejecting the customary focus on the complainant's communication of refusal or rejection of the sexual touching in question in favour of an assessment of whether and how the accused ascertained that the complainant was consenting to such activity. The *mens rea* for sexual assault should, therefore, also be established where the accused is aware of, or reckless or wilfully blind to, an absence of communicated consent on the part of the complainant.

In that case, at para. 2, while concurring in the reasons for judgment and the result I reached, Lamer C.J., writing for a majority of the Court, expressed the following reservation about the section of my analysis where I had elaborated this new approach to consent:

I prefer to make no comment on this subject since it is not necessary to deal with these matters in deciding this appeal. As this Court did not have the benefit of any argument on the aspects discussed by my colleague in this section, I would prefer to reserve these matters for another time.

As McLachlin J. has now adopted this understanding of consent in her reasons in the present appeal, some elaboration of the general principles and rationale as articulated in *Park, supra*, is in order.

In *Park, supra*, after clarifying a number of difficulties which relate to the nature and application of the "air of reality" test to honest belief defences, I observed that these appear to flow from our

En définitive, je suis d'avis de confirmer la décision du juge Lieberman de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je souscris entièrement aux motifs de Madame le juge McLachlin et au résultat auquel elle parvient. Dans l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, j'ai, de même, recommandé que soit modifiée la conception traditionnelle de common law relativement à «l'absence de consentement» comme élément de la *mens rea* requise pour l'infraction d'agression sexuelle. Ceci m'a amenée à rejeter l'accent que l'on a habituellement mis sur la communication par la plaignante d'un refus de subir les attouchements sexuels en question et à proposer de s'attacher plutôt à la question de savoir si et comment l'accusé s'est assuré du consentement de la plaignante. L'élément de *mens rea* requis pour l'infraction d'agression sexuelle sera donc établi lorsque l'accusé savait qu'aucun consentement n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié.

Dans cette affaire, au par. 2, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, a souscrit aux motifs et au dispositif du jugement, tout en faisant la réserve suivante sur la partie de mon analyse dans laquelle j'exposais cette nouvelle façon d'aborder le consentement:

Je préfère ne faire aucun commentaire sur ce sujet puisqu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions pour trancher le présent pourvoi. Comme nous n'avons pu bénéficier d'aucune argumentation sur les aspects abordés par ma collègue dans cette partie, je préférerais réserver ces questions pour une autre occasion.

Comme Madame le juge McLachlin a maintenant adopté cette conception du consentement dans ses motifs, des précisions sur les principes généraux et le raisonnement exposés dans l'arrêt *Park*, précité, s'imposent.

Dans l'arrêt *Park*, précité, après avoir clarifié nombre de difficultés liées à la nature du critère de la «vraisemblance» et à son application aux défenses de croyance sincère, j'ai fait remarquer que ces

30

31

32

33

approach to the *mens rea* of the offence of sexual assault in the common law. It is well understood that the *mens rea* of the offence of sexual assault requires that the accused intended to touch the complainant in a sexual manner and knew that the complainant was not consenting, or was reckless or wilfully blind to the fact. In application, these requirements have translated into an onus on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was aware of or reckless or wilfully blind to the complainant's communication of non-consent.

34 In my view, the *mens rea* should also be established where the accused is shown to have been aware of or reckless or wilfully blind as to the fact that the complainant has not communicated consent to the activity in question. As I stated at para. 39 of the judgment:

In other words, the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

35 This change to our traditional approach to consent is necessary if we are effectively to address the underlying concerns of the present offence of sexual assault. As society's mores and attitudes as regards gender roles and relations have changed, the aim of this criminal offence has evolved from its original focus on the proprietary rights men once had over their wives and children and even the more recent emphasis on the physical harm caused by forced sexual activity to a complainant. As I indicated in *Park, supra*, at para. 42, today's offence of sexual assault is founded on respect for women's "inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in".

36 On the basis of these considerations, I advocated a shift in our perspective on this legal concept,

difficultés paraissent découler de notre façon d'aborder la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle en common law. Il est acquis que pour avoir la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle, l'accusé doit avoir eu l'intention de se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et doit avoir su que celle-ci n'était pas consentante, ou doit avoir ignoré volontairement ce fait ou ne pas s'en être soucié. Concrètement, ces exigences ont eu pour effet d'imposer au ministère public le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait qu'un non-consentement a été exprimé par la plaignante, ou avait ignoré volontairement ce fait ou ne s'en était pas soucié.

À mon sens, la *mens rea* devrait également être établie lorsqu'il est démontré que l'accusé savait qu'aucun consentement aux actes en question n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Comme je l'ai dit au par. 39 du jugement:

En d'autres termes, la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

Cette modification de la façon traditionnelle d'aborder le consentement est nécessaire si nous voulons aborder de manière efficace les questions fondamentales que soulève l'actuelle infraction d'agression sexuelle. De même que les mœurs et les attitudes de la société quant aux rôles sexuels et aux rapports entre les sexes ont changé, de même s'est modifié l'objectif de cette infraction criminelle, à l'origine axé sur les droits de propriété que les hommes avaient jadis sur leur femme et leurs enfants et, plus récemment, sur les lésions corporelles causées par des actes sexuels de nature coercitive. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Park*, précité, au par. 42, à l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle est fondée sur le respect du «droit inhérent [des femmes] d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent».

Sur la base de ces considérations, j'ai recommandé de modifier notre façon d'aborder ce con-

from consent as “the private mental state” of the complainant to consent as the communication of permission to engage in behaviour from which the accused otherwise has a legal obligation to refrain. This new approach was developed and elaborated by L. Vandervort, in “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea” (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233, as I observed in *Park, supra*, and has been reviewed by my colleague McLachlin J. in her reasons in the present appeal. I note that this approach to consent in the offence of sexual assault continues to find favour in academic commentary on this issue. See H. M. Malm, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape” (1996), 2 *Legal Theory* 147; A. Wertheimer, “Consent and Sexual Relations” (1996), 2 *Legal Theory* 89.

As I further explained in *Park, supra*, consideration of communication of consent has always implicitly informed our determination of whether an accused in a sexual assault case had the *mens rea* as regards the complainant’s lack of consent. In determining whether an accused had the requisite culpable state of mind, it is necessary for the trier of fact objectively to examine not only the verbal and behavioural indicators in the evidence of the complainant’s subjective state, but also the accused’s subjective perception thereof, in light of any relevant circumstances known to him at the time. Where an accused has demonstrated that he honestly, with some basis in the circumstances, misperceived these indicators, and therefore lacked the necessary “culpable mind”, the defence of honest but mistaken belief may arise.

The following passage from my reasons in *Park, supra*, at para. 44, represents the recommended manner in which to address the issues of consent and mistake of fact:

An accused cannot say that he believed the complainant to be consenting without pointing to the basis for that belief. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1)

cept juridique, c’est-à-dire d’envisager le consentement sous l’angle non pas de l’«état d’esprit personnel» de la plaignante, mais de la communication de la permission donnée à l’accusé de se livrer à des actes qu’il n’aurait autrement pas le droit d’accomplir. Cette nouvelle approche a été définie et précisée par L. Vandervort dans «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233, comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Park*, précité, et ma collègue Madame le juge McLachlin l’a analysée dans ses présents motifs. Je remarque que la doctrine continue d’approuver cette approche au consentement dans le contexte de l’infraction d’agression sexuelle. Voir H. M. Malm, «The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law of Rape» (1996), 2 *Legal Theory* 147; A. Wertheimer, «Consent and Sexual Relations» (1996), 2 *Legal Theory* 89.

Comme je l’ai précisé dans l’arrêt *Park*, précité, l’examen de la question de la communication du consentement a toujours implicitement fait partie de notre analyse de la question de savoir si l’auteur présumé d’une agression sexuelle avait la *mens rea* en ce qui concerne l’absence de consentement de la plaignante. Pour déterminer si l’accusé avait l’état d’esprit coupable nécessaire, le juge des faits doit examiner objectivement non seulement les indices relatifs aux échanges verbaux et au comportement subjectif de la plaignante, que comporte la preuve, mais aussi, la perception subjective de l’accusé de cet état, à la lumière des circonstances pertinentes qu’il connaissait à ce moment-là. L’accusé qui démontre, sur la base d’éléments de preuve, qu’il s’est mépris de bonne foi sur ces indices et, partant, qu’il n’avait pas l’«intention coupable» nécessaire, peut invoquer la défense de croyance sincère mais erronée.

L’extrait suivant de mes motifs dans l’arrêt *Park*, précité, au par. 44, expose la façon recommandée de traiter les questions du consentement et de l’erreur de fait:

L’accusé ne saurait prétendre qu’il croyait que la plaignante était consentante sans expliquer le motif de cette croyance. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comporte-

37

38

the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary. [Emphasis in original.]

39

Evaluating consent and mistaken belief in consent in terms of the complainant's communication is essential if we are to bridge the damaging communication gap between men and women, to encourage men to ascertain whether their sexual partners are consenting, and, most importantly, to prevent sexual behaviour on the part of men which is driven by the biased views and stereotypes that women are consenting when passive or incapable of communicating and do not have a full right of control over what is done to and with their bodies. Sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have established that the law must neither give rise to nor perpetuate inequality between men and women. Contemporary social norms and beliefs as regards sexual behaviour and sexual assault are fortunately evolving to reflect this ideal. These provide ample grounds and a strong impetus for this Court to develop the common law approach to consent along the lines suggested above and as applied by my colleague to the case at bar.

40

When this approach to consent is applied in the present appeal, as my colleague McLachlin J. has demonstrated, the complainant either consented, or, as she testified, refused or was incapable of communicating permission or agreement to the activity in question. There is no evidentiary basis at all for ambiguous communication on the part of the complainant or external circumstances which could have influenced the perceptions of the accused. To put this defence to the jury would require assumptions about the behaviour of severely intoxicated women which have no demonstrated basis in reality and could potentially be seen as biased or stereotypical.

ment communicatif proprement dit de la plaignante et (2) l'ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l'accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire. [Souligné dans l'original.]

Il est essentiel d'évaluer le consentement et la croyance erronée au consentement du point de vue de la communication par la plaignante si l'on veut combler l'écart néfaste sur le plan de la communication entre les hommes et les femmes, encourager les hommes à s'assurer du consentement de leurs partenaires sexuelles et, plus important encore, empêcher les hommes d'avoir des comportements sexuels motivés par des opinions préconçues et des stéréotypes selon lesquels les femmes sont consentantes lorsqu'elles sont passives ou incapables de communiquer, et n'ont pas un droit absolu d'exercer leur autorité sur leur propre corps. Les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* disposent que la loi ne doit pas engendrer d'inégalité entre les hommes et les femmes ni la perpétuer. Les normes et les croyances sociales contemporaines en ce qui concerne les comportements sexuels et l'agression sexuelle évoluent heureusement vers cet idéal. Elles constituent une forte incitation au changement et donnent à notre Cour de solides raisons d'imprimer à la conception du consentement en common law la direction proposée plus haut, comme le fait ma collègue en l'espèce.

Appliquant cette conception du consentement au présent pourvoi, comme ma collègue Madame le juge McLachlin l'a démontré, ou bien la plaignante était consentante, ou bien, comme elle l'a dit dans son témoignage, elle a opposé un refus ou été incapable de communiquer une permission ou un acquiescement en ce qui a trait aux actes en question. Il n'y a absolument rien dans la preuve qui permette de dire que la communication par la plaignante était ambiguë ou que des circonstances extérieures pourraient avoir influencé les perceptions de l'accusé. Pour soumettre ce moyen de défense au jury, il faudrait faire, sur le comportement des femmes complètement ivres, des suppositions qui n'ont aucun fondement dans la réalité et qui pourraient bien être considérées comme tendancieuses ou stéréotypées.

In a recent case before the Supreme Court of India, in recognition of the trier of fact's propensity to base conclusions not on the evidence but on biased or stereotypical assumptions about the complainant, Thomas J. provided the following very valuable advice:

It is an irony that while we are celebrating women's rights in all spheres, we show little or no concern for her honour. It is a sad reflection and we must emphasise that the courts must deal with rape cases in particular with utmost sensitivity and appreciate the evidence in the totality of the background of the entire case and not in isolation.

*State of A.P. v. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272, at pp. 279-80. See also *State of Punjab v. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384. These comments are most apposite in the present appeal. We must remain sensitive to the very serious danger involved in putting this defence to the jury. In so doing, in this case, the Court is effectively permitting the trier of fact to proceed on the basis of potentially biased assumptions as opposed to the totality of the evidence. Such an approach would likely serve to perpetuate inequality between the genders, a result which should be avoided by this Court.

In view of the foregoing elaboration of the concept of consent in the offence of sexual assault, I concur entirely with the reasons of McLachlin J., both in her approach to consent and the mistake of fact defence and in the result she reaches.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice Major. I do not share his conclusion that the evidence gave an air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. In my view, the only issue raised by the evidence was whether the complainant consented to sexual intercourse with the respondent. That issue was put to the jury and the jury convicted the respondent. There being no other issue, I am of the view that

Dans une récente affaire dont était saisie la Cour suprême de l'Inde, le juge Thomas, conscient de la propension du juge des faits à fonder des conclusions non pas sur la preuve mais sur des suppositions tendancieuses ou stéréotypées au sujet de la plaignante, a donné le précieux conseil suivant:

[TRADUCTION] Ironiquement, alors que nous célébrons les droits des femmes dans tous les domaines, nous ne nous préoccupons pratiquement pas de l'honneur de la femme. C'est une triste réflexion et nous devons insister sur le fait que les cours de justice doivent statuer sur les affaires de viol en particulier avec la plus grande délicatesse et examiner la preuve à la lumière de l'ensemble des faits de l'espèce, et non isolément.

*State of A.P. c. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272, aux pp. 279 et 280. Voir aussi *State of Punjab c. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384. Ces remarques sont ici très pertinentes. Nous devons demeurer sensibles au danger très sérieux que comporte le fait de soumettre ce moyen de défense au jury. En ce faisant, dans le cas qui nous occupe, la Cour permet, en réalité, au juge des faits de procéder non pas en fonction de la totalité de la preuve, mais plutôt à partir de suppositions qui pourraient bien être tendancieuses. Pareille démarche risque de contribuer à perpétuer l'inégalité entre les sexes, résultat que notre Cour devrait éviter.

Compte tenu des précisions qui précèdent sur la notion de consentement dans le contexte d'une infraction d'agression sexuelle, je souscris entièrement aux motifs de Madame le juge McLachlin, tant dans son approche au consentement et à la défense d'erreur de fait que dans le résultat auquel elle parvient.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J'ai lu les motifs du juge Major. Je ne suis pas d'accord avec lui pour conclure que la preuve rend vraisemblable une défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Selon moi, la seule question soulevée par la preuve était de savoir si la plaignante avait consenti à avoir des rapports sexuels avec l'intimé. Cette question a été soumise à l'appréciation du jury et celui-ci a déclaré l'intimé coupable.

the trial was properly conducted and the verdict should stand.

### I. The Facts

44

The respondent and the complainant had sexual intercourse after a party. Both had been drinking. The complainant was quite drunk. She testified later that she could not remember much of what had gone on at the party, and that her last recollection before going to sleep was climbing the stairs to her bedroom. The next morning she woke to find that she had been violated. Charges were laid against the respondent. At trial he admitted intercourse but asserted that the complainant was not that drunk, had participated actively in the sexual activity and had consented.

45

The only issue at the trial was whether the complainant had consented. The theory of the Crown was that she was too drunk to consent. The complainant testified that she would never knowingly have consented to intercourse with the defendant, because they were second cousins. The theory of the defence was that she had in fact consented, as attested to by her alleged active participation. A third possibility — that the complainant had not consented but that the accused had honestly and mistakenly believed she had consented — was not raised at trial. Defence counsel never put this possibility to the complainant. The respondent never raised it in his testimony. The judge did not put it to the jury. No one suggested that he should have. The case was a simple case — consent or no consent. The jury convicted, evidently concluding beyond a reasonable doubt that the complainant had not consented.

46

Matters changed, however, on appeal. The respondent for the first time suggested that if the complainant did not consent, he honestly but mistakenly believed that she did. Notwithstanding that this was never an issue at trial, he asserted that the

Comme il n'y a pas d'autre question, je suis d'avis que le procès s'est déroulé régulièrement et que le verdict devrait être maintenu.

### I. Les faits

L'intimé et la plaignante ont eu des rapports sexuels après une soirée. Ils avaient bu tous les deux. La plaignante était complètement ivre. Elle a par la suite témoigné qu'elle ne se rappelait pratiquement pas ce qui s'était passé à cette soirée, et que son dernier souvenir avant de s'endormir était d'avoir monté l'escalier menant à sa chambre. Lorsqu'elle s'est réveillée le lendemain matin, elle s'est rendu compte qu'elle avait été violée. Des accusations ont été portées contre l'intimé. Au procès, celui-ci a reconnu avoir eu des rapports sexuels, mais il a dit que la plaignante n'était pas ivre à ce point, avait participé activement aux actes sexuels et était consentante.

La seule question qui a été débattue au procès était de savoir si la plaignante était consentante. Selon la thèse du ministère public, la plaignante était trop ivre pour avoir consenti. La plaignante a déclaré dans son témoignage qu'elle n'aurait jamais sciemment consenti à avoir des rapports sexuels avec l'intimé parce qu'ils sont cousins issus de germains. Selon la thèse de la défense, la plaignante était bel et bien consentante, comme l'attestait sa participation active alléguée. Une troisième possibilité, à savoir que la plaignante n'était pas consentante mais que l'accusé a sincèrement et erronément cru qu'elle l'était, n'a pas été soulevée au procès. L'avocat de la défense n'a jamais soumis cette possibilité à la plaignante. L'intimé ne l'a jamais soulevée dans son témoignage. Le juge ne l'a pas soumise à l'appréciation du jury. Personne n'a dit qu'il aurait dû le faire. L'affaire était simple: consentement ou absence de consentement. Le jury a reconnu l'intimé coupable, de toute évidence après avoir conclu hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'était pas consentante.

Les choses ont toutefois changé en appel. L'intimé a, pour la première fois, dit que si la plaignante n'avait pas consenti, il avait sincèrement et erronément cru à son consentement. En dépit du fait que cette possibilité n'a jamais été soulevée au

trial judge had a legal obligation to put this possibility to the jury. The trial judge's failure to do so, it was argued, entitled the respondent to a new trial. The Court of Appeal agreed and directed a new trial: [1996] N.W.T.R. 242. With respect, I cannot accept that conclusion. In my view, the evidence does not support the scenario of honest but mistaken belief. The required air of reality that is a condition of putting the defence is absent.

## II. The Issue

This appeal requires this Court to decide what evidence suffices to give an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent to sexual activity. Does the accused's evidence of willing participation suffice, absent contrary evidence as to the sexual acts and absent evidence of violence, as Major J. suggests, or is more required?

## III. Analysis

### (1) *The Criminal Code Provisions*

The events in this case took place on March 13, 1994. They are thus governed by s. 265(4) and s. 273.2 (proclaimed effective on August 15, 1992) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, relating to the defence of honest but mistaken belief in consent:

**265. . . .**

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

**273.2** It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the com-

procès, l'intimé a affirmé que le juge du procès était légalement tenu de la soumettre au jury. Comme le juge du procès ne l'a pas fait, l'intimé a soutenu qu'il avait droit à un nouveau procès. La Cour d'appel a donné raison à l'intimé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1996] N.W.T.R. 242. Il ne me paraît pas possible d'accepter cette conclusion. Selon moi, la preuve n'appuie pas le scénario de la croyance sincère mais erronée. La vraisemblance requise pour plaider ce moyen de défense fait défaut.

## II. La question en litige

Le présent pourvoi exige de notre Cour qu'elle détermine en quoi consiste une preuve suffisante pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à des actes sexuels acquière une vraisemblance. Le témoignage de l'accusé quant à une participation volontaire est-il suffisant, en l'absence d'une preuve contraire relativement aux actes sexuels et en l'absence d'une preuve de violence, comme le juge Major le propose, ou faut-il quelque chose de plus?

## III. Analyse

### (1) *Les dispositions du Code criminel*

Les événements visés par l'espèce se sont produits le 13 mars 1994. Ils sont donc régis par le par. 265(4) et l'art. 273.2 (entré en vigueur le 15 août 1992) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatifs à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement:

**265. . . .**

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

**273.2** Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le

plainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

- (a) the accused's belief arose from the accused's
  - (i) self-induced intoxication, or
  - (ii) recklessness or wilful blindness; or
- (b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

49

Section 273.2 precludes an accused from raising the defence of mistaken belief in consent if he did not take "reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". In this case, where the complainant was on any view of the evidence quite drunk it would seem reasonable to expect the accused to take steps to ascertain whether her apparent participation represented actual consent, thus obviating the possibility of mistake. No such steps were taken. This suggests that under the law in force at the time of the alleged offence, the defence could not arise.

50

Major J. does not consider s. 273.2. This may be because it was not argued on the appeal or in the proceedings below. With respect, I do not believe that the force of s. 273.2 may be avoided on that ground. Parliament has spoken. It has set out minimum conditions for the defence of mistaken belief in consent. If those conditions are not met, the defence does not lie. This Court cannot resurrect the defence on the ground that the parties failed to allude to the governing provisions. The proof is in the absurdity of the outcome. The Court of Appeal has directed a new trial solely because the defence of mistaken belief was not put to the jury. If Parliament has precluded that defence, there is no need for a new trial. The appeal should accordingly be allowed.

fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas:

- a) cette croyance provient:
  - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
  - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;
- b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

L'article 273.2 empêche l'accusé d'invoquer la défense de croyance erronée au consentement s'il n'a pas pris «les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». En l'espèce, puisque la plaignante était, selon la preuve des parties, complètement ivre, il semblerait raisonnable de s'attendre à ce que l'accusé prenne des mesures pour vérifier si la participation apparente de la plaignante représentait un consentement véritable pour se prémunir contre la possibilité d'une erreur. L'accusé n'a pris aucune mesure semblable. Cela veut dire qu'en vertu du droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction reprochée, ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué.

Le juge Major ne tient pas compte de l'art. 273.2. C'est peut-être parce que cette disposition n'a pas été invoquée dans le cadre de l'appel ni en première instance. Il ne me paraît pas possible de se soustraire à la force de l'art. 273.2 pour ce motif. Le législateur s'est exprimé. Il a prévu des conditions minimales pour invoquer la défense de croyance erronée au consentement. Si ces conditions ne sont pas remplies, ce moyen de défense est irrecevable. Notre Cour ne peut pas ressusciter ce moyen de défense pour le motif que les parties ne se sont pas référées aux dispositions applicables. À preuve, l'absurdité du résultat. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour la seule raison que la défense de croyance erronée n'a pas été soumise à l'appréciation du jury. Si le législateur a exclu ce moyen de défense, il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès. Le pourvoi devrait donc être accueilli.

In the event that an argument could successfully be made that s. 273.2 does not apply, I would reach the same result on an application of the common law principles governing the defence of honest but mistaken belief in consent, for the reasons that follow.

(2) *The Common Law Principles*

The crime of sexual assault, like most other crimes, consists of two elements. The first element is a criminal act, or *actus reus*. The criminal act is the act of sexual contact without the consent of the other person. The second element is a guilty mind, or *mens rea*. The *mens rea* of sexual assault consists of knowledge that the complainant did not consent or that she lacked the capacity to consent, or alternatively, wilful blindness or recklessness as to whether or not she consented or whether or not she had the capacity to consent. These elements lead to several possible defences. One is that the complainant in fact consented to the act, negating the *actus reus*. Another is that, although the complainant did not consent, the accused honestly and mistakenly thought she did, depriving him of the necessary guilty mind.

The first question which arises with respect to the *mens rea* of sexual assault is whether the test is objective or subjective. In *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182, the House of Lords rejected the objective test, holding that even an unreasonable belief in consent was capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent. Unreasonableness, however, could be considered by the jury in deciding whether the accused actually honestly held the alleged belief in consent.

Not long after, the Supreme Court of Canada pronounced on the same issue in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. Like the House of Lords, the Supreme Court rejected the suggestion that the accused's belief in consent must be reason-

Au cas où l'on pourrait faire droit au moyen selon lequel l'art. 273.2 ne s'applique pas, j'arriverais au même résultat en appliquant les principes de common law régissant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, pour les motifs qui suivent.

(2) *Les principes de common law*

Le crime d'agression sexuelle, comme la plupart des autres crimes, est constitué de deux éléments. Le premier élément est un acte criminel ou *actus reus*. L'acte criminel réside dans des contacts sexuels sans le consentement de l'autre personne. Le second élément est l'intention coupable ou *mens rea*. La *mens rea* de l'agression sexuelle réside dans la connaissance du fait que le plaignant n'était pas consentant ou était incapable de consentir, ou, subsidiairement, dans l'aveuglement ou l'ignorance volontaire ou l'insouciance dont fait preuve l'accusé quant à la question de savoir si le plaignant était consentant ou capable de consentir. Ces éléments donnent ouverture à plusieurs moyens de défense. L'un d'eux est le consentement véritable du plaignant qui supprime l'*actus reus*. Un autre moyen de défense est que, malgré l'absence de consentement du plaignant, l'accusé a sincèrement et erronément cru au consentement, ce qui fait disparaître l'intention coupable nécessaire.

La première question qui se pose relativement à la *mens rea* de l'agression sexuelle est de savoir si le critère est objectif ou subjectif. Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182, la Chambre des lords a rejeté le critère objectif, statuant que même une croyance déraisonnable au consentement était susceptible d'appuyer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Le caractère déraisonnable de cette croyance pouvait toutefois être pris en compte par le jury pour décider si l'accusé avait vraiment sincèrement cru au consentement comme il le prétendait.

Peu après, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la même question dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Comme la Chambre des lords, la Cour suprême a rejeté l'idée que la croyance au consentement doit être raison-

51

52

53

54

able to afford a defence. However, the majority held that it must be honest, and that the accused cannot have been wilfully blind. The majority also held that, as with other defences, the judge need put the defence of honest but mistaken belief to the jury only where the evidence provided an adequate basis for the defence. There must be sufficient evidence to give the defence an "air of reality".

55 Since *Pappajohn*, this Court has repeatedly confirmed these rules: *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. The result is, as Major J. puts it, that there must be "plausible evidence" in support of the defence before a judge must put it to the jury.

56 There is no disagreement on the foregoing propositions. The area of uncertainty concerns not the general principles, but their application. In particular, what suffices to give an "air of reality" to a defence of honest but mistaken belief?

### (3) *The Requirement of the Air of Reality*

57 The air of reality required for the defence of honest but mistaken belief in consent is not a special rule applied only to this defence. It is merely an application of the general rule that judges are not obliged to put defences to the jury unless there is a foundation for them in the evidence: *Osolin*, *supra*. The threshold for putting the defence to the jury is not any evidence, but sufficient evidence: *Robertson*, *supra*. There must be sufficient evidence to make the defence plausible, or a realistic possibility.

58 The next task is to identify in a more precise way the situations which will require the defence of honest but mistaken belief. This may be done negatively, by isolating circumstances which do not suffice to raise the defence, as well as posi-

nable pour que l'accusé puisse invoquer ce moyen de défense. Toutefois, la majorité a statué que la croyance doit être sincère et que l'accusé ne doit pas se maintenir dans l'ignorance volontaire. La majorité a également statué que, comme pour les autres moyens de défense, le juge n'est tenu de soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury que si la preuve est suffisante pour appuyer ce moyen de défense. Il doit y avoir une preuve suffisante pour conférer à la défense une «vraisemblance».

Depuis l'arrêt *Pappajohn*, notre Cour a confirmé ces règles à plusieurs reprises: *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Il s'ensuit que, comme le dit le juge Major, la défense doit être étayée par une «preuve plausible» pour que le juge soit tenu de la soumettre au jury.

Les affirmations qui précèdent ne sont pas contestées. Le débat ne porte pas sur les principes généraux, mais sur leur application. En particulier, qu'est-ce qui suffit à rendre «vraisemblable» une défense de croyance sincère mais erronée?

### (3) *L'exigence de la vraisemblance*

La vraisemblance que doit avoir la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'est pas une règle spéciale qui s'applique uniquement à ce moyen de défense. Il s'agit simplement de la règle générale voulant que le juge ne soit pas obligé de soumettre un moyen de défense au jury à moins que ce moyen ne soit étayé par la preuve: *Osolin*, précité. L'exigence minimale en ce qui a trait à la présentation de la défense au jury n'est pas n'importe quelle preuve, mais une preuve suffisante: *Robertson*, précité. Il doit y avoir une preuve suffisante pour que la défense devienne une possibilité vraisemblable ou réaliste.

L'étape suivante consiste à définir d'une manière plus précise les cas dans lesquels il faut soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au jury. Cela peut se faire de façon négative, en isolant les circonstances qui ne permettent

tively, by indicating circumstances which do raise the defence.

This Court has identified certain evidentiary situations which do not suffice to give the defence an air of reality. It is clear that the mere assertion of belief in consent by the accused will not suffice. The majority of this Court in *Pappajohn* held that the defence of honest but mistaken belief must be supported by sources other than the accused's bare statement that the complainant consented, in order to give it "any air of reality". The additional evidence may come from the accused or from others. As confirmed in *Robertson* (citing *Pappajohn* at p. 150), the defence is available when "there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred" (p. 935). See also *Osolin, supra*.

This Court has also suggested that the defence will rarely arise where the case is a simple one of evidence of clear non-consent by the complainant and evidence of clear consent by the accused: *Pappajohn, supra*; *Osolin, supra, per Cory J.* at pp. 683-85. This is because this combination of evidence typically excludes the possibility of an ambiguous situation where an honest mistake as to consent could be made. There is evidence of consent and of non-consent, between which the jury must choose. But there is no evidence capable of realistically supporting a third version, that of non-consent but honest mistake. It follows that the only issue in such cases is typically consent or non-consent and the defence of honest but mistaken belief need not be put to the jury. Canada is not alone in taking this position: see *Morgan, supra*, at p. 204, *per Lord Cross of Chelsea*; *People v.*

pas d'invoquer ce moyen de défense, de même que de façon positive, en indiquant les circonstances qui donnent ouverture à ce moyen de défense.

Notre Cour a établi que dans certains cas la preuve ne suffit pas pour rendre la défense vraisemblable. Il est certain que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement ne sera pas suffisante. Notre Cour a statué à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn* que la défense de croyance sincère mais erronée doit être étayée par d'autres éléments que la simple affirmation par l'accusé du consentement du plaignant pour acquérir une «vraisemblance». Les éléments de preuve supplémentaires peuvent émaner de l'accusé ou d'autres sources. Comme il a été confirmé dans l'arrêt *Robertson* (citant l'arrêt *Pappajohn*, à la p. 150), le recours à ce moyen de défense n'est possible que «lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte» (p. 935). Voir aussi *Osolin, précité*.

Notre Cour a également dit que ce moyen de défense ne sera que rarement soulevé lorsque l'affaire se borne au témoignage du plaignant quant à l'absence manifeste de consentement et au témoignage de l'accusé quant à un consentement manifeste: *Pappajohn, précité*; *Osolin, précité*, le juge Cory, aux pp. 683 à 685. C'est que la combinaison de ces témoignages exclut habituellement la possibilité de l'équivoque comme source d'erreur de bonne foi quant au consentement. Il existe deux témoignages contradictoires quant au consentement et le jury doit faire un choix entre les deux. Par contre, il n'existe aucune preuve susceptible d'étayer de façon réaliste une troisième version, à savoir l'absence de consentement mais l'erreur commise de bonne foi. Il s'ensuit que la seule question litigieuse dans des affaires semblables est habituellement celle de savoir s'il y a eu consentement ou absence de consentement, et le juge n'est pas obligé de soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. Le Canada n'est pas le seul à avoir adopté ce point de vue: voir *Morgan, précité*, à la p. 204, *lord Cross of Chelsea*; *People v. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909

59

60

*Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909 (Ct. App. 1987); *People v. Williams*, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

61

It is thus clear that the mere assertion of belief in consent by the accused is insufficient to lay the necessary evidentiary foundation for the defence of honest but mistaken belief in consent. It is also clear that diametrically opposed assertions of clear consent on the one hand and clear refusal of consent on the other hand, will seldom if ever give rise to the defence. These negative indicators suggest, in my view, that the trial judge was correct not to put the defence of honest but mistaken belief to the jury. However, the arguments relating to the complainant's drunkenness and incapacity require a more profound inquiry into the type of evidence which may give rise to the defence of honest but mistaken belief.

62

To determine when the defence of honest and mistaken belief arises it is useful to consider two questions: first, the purpose of the defence; and second, what we mean by consent. I turn first to the purpose of the defence of honest but mistaken belief. The defence of honest but mistaken belief is designed to meet the situation where there has been an honest miscommunication of non-consent — the situation where the complainant refuses consent but the accused honestly misreads that refusal as consent. Ordinarily, people communicate things like consent or non-consent simply and effectively. For this reason, sexual assault trials typically focus on whether the physical acts alleged occurred and if so, whether the complainant consented to them. Occasionally, however, there is evidence that there may have been a miscommunication of consent, suggesting that the accused may have honestly misunderstood the complainant's refusal and hence may not have possessed the necessary guilty mind or *mens rea*.

63

It follows that the defence of honest but mistaken belief depends on a scenario distinct from the typical consent or no-consent situation. It is

(C.A. 1987); *People c. Williams*, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

Il est donc évident que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement est insuffisante pour fonder sur le plan de la preuve la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Il est en outre évident que des assertions diamétralement opposées de consentement manifeste, d'une part, et de refus manifeste, d'autre part, donneront rarement pour ne pas dire jamais ouverture à la défense. Ces indices négatifs montrent, selon moi, que le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. Toutefois, les arguments relatifs à l'ivresse et à l'incapacité de la plaignante requièrent une analyse plus poussée du type de preuve qui peut donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée.

Pour déterminer si la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée, il est utile d'examiner deux questions: premièrement, quel est l'objectif de la défense et, deuxièmement, qu'entend-on par consentement? Je commence par l'objectif de la défense de croyance sincère mais erronée. Ce moyen de défense vise à remédier à la situation où la communication de l'absence de consentement se fait mal: le plaignant n'est pas consentant, mais l'accusé se méprend de bonne foi sur ce refus qu'il interprète à tort comme un consentement. Ordinairement, les êtres humains expriment des choses comme le consentement ou l'absence de consentement de manière simple et efficace. Pour cette raison, les procès pour agression sexuelle sont habituellement axés sur la question de savoir si les actes physiques reprochés ont été accomplis et, dans l'affirmative, si le plaignant y a consenti. Cependant, il ressort parfois de la preuve qu'il y a peut-être eu une mauvaise communication en ce qui a trait au consentement, ce qui donne à entendre que l'accusé peut de bonne foi avoir mal compris le refus du plaignant et, par conséquent, ne pas avoir eu l'intention coupable ou *mens rea* nécessaire.

Il s'ensuit que la défense de croyance sincère mais erronée repose sur un scénario distinct de la situation habituelle qui est celle du consentement

based on the co-existence at one and the same time of two states of fact: (1) that the complainant did not consent; and (2) that the accused nevertheless believed that she consented. Given the fact that human beings have the capacity to understand each other on matters such as these, the two states do not usually go together. To believably be combined, these two propositions require a third element of proof — evidence explaining how it could be that the complainant's non-consent could honestly be read by the accused as consent. Without this third element, the scenario of honest but mistaken belief, while perhaps a theoretical possibility, is not plausible. When the cases speak of more being required than the defendant's assertion of belief the complainant consented, or of the need for an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief in consent, it is to this third element that they typically refer. There must be evidence not only of non-consent and belief in consent, but in addition evidence capable of explaining how the accused could honestly have mistaken the complainant's lack of consent as consent. Otherwise, the defence cannot reasonably arise. There must, in short, be evidence of a situation of ambiguity in which the accused could honestly have misapprehended that the complainant was consenting to the sexual activity in question.

I turn next to the common law concept of consent. Much of the difficulty occasioned by the defence of honest but mistaken belief is related to lack of clarity about what consent entails. Consent in the context of the crime of sexual assault is a legal concept. At law, it connotes voluntary agreement. It embraces the notions of legal and physical capacity to consent, supplemented by voluntary agreement or concurrence in the act in question. *Webster's Third New International Dictionary* (1986), at p. 482, defines consent as "capable, deliberate, and voluntary agreement to or concur-

ou de l'absence de consentement. Ce moyen de défense est fondé sur la coexistence, à un seul et même moment, de deux états de fait: (1) le plaignant n'était pas consentant; et (2) l'accusé a malgré tout cru au consentement. Compte tenu du fait que les êtres humains sont capables de se comprendre sur des questions comme celles-ci, ces deux états ne vont habituellement pas ensemble. Pour que la coexistence de ces deux propositions soit envisageable, il faut un troisième élément de preuve, c'est-à-dire une preuve expliquant comment il se fait que l'accusé a pu interpréter l'absence de consentement du plaignant comme un consentement. Sans ce troisième élément, le scénario de la croyance sincère mais erronée est peut-être théoriquement possible, mais il n'est pas plausible. Quand la jurisprudence dit qu'il faut quelque chose de plus que l'affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement du plaignant, ou qu'il faut que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», c'est à ce troisième élément qu'elle fait habituellement référence. Non seulement il doit y avoir une preuve d'absence de consentement et de croyance au consentement, mais il doit aussi y avoir une preuve susceptible d'expliquer comment l'accusé a pu se méprendre sur l'absence de consentement du plaignant et croire sincèrement qu'il consentait. Autrement, ce moyen de défense ne peut pas être valablement soulevé. Bref, il doit y avoir une preuve d'une situation d'ambiguïté dans laquelle l'accusé aurait sincèrement pu comprendre à tort que le plaignant consentait à l'activité sexuelle en question.

J'en viens maintenant au concept de consentement en common law. Bon nombre des difficultés que soulève la défense de croyance sincère mais erronée au consentement tiennent à la confusion qui règne sur ce que le consentement implique. Le consentement dans le contexte du crime d'agression sexuelle est un concept juridique. En droit, il comporte l'idée d'un acquiescement volontaire. Il englobe les notions d'aptitude juridique et physique à consentir, de même que l'acquiescement ou l'assentiment volontaire à l'accomplissement de l'acte en question. Le *Webster's Third New Inter-*

rence in some act or purpose implying physical and mental power and free action”.

65 Consent for purposes of sexual assault is found in the communication by a person with the requisite capacity by verbal or non-verbal behaviour to another of permission to perform the sexual act. The actual thought pattern in the mind of the complainant cannot be the focus of an inquiry into consent on a sexual assault trial; direct observation of the complainant’s mind is impossible and in any event, the inquiry is into the accused’s conduct in the circumstances as they presented themselves to him. When we speak of consent in a sexual assault trial we are talking about the complainant’s verbal and non-verbal behaviour and what inferences could be drawn from this behaviour as to her state of mind.

66 The importance of conceiving consent as an act of communication was admirably set out by L’Heureux-Dubé J. in *Park, supra*. As she noted at para. 48:

Such an approach will enable [triers of fact] to separate more effectively the wheat from the chaff — the myth and the stereotype from the reality — in determining whether the accused was aware of the complainant’s absence of consent, or whether he could have entertained an honest but mistaken belief as to her consent. It will help them to identify, and filter out, stereotypical beliefs on the part of the accused that lead him to override non-consent, or that lead him to be reckless towards whether a woman is consenting or not. I believe that it may therefore lead to fairer, more accurate factual determinations. I believe that it will also take women’s and men’s distinct realities more equitably into account.

67 In most cases this social act of communication is clear: “in the ordinary and unproblematic case the person who consents is assumed to ‘say what they mean’” (L. Vandervort, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea” (1987-

*national Dictionary* (1986), à la p. 482, définit le consentement comme [TRADUCTION] «l’acquiescement ou l’assentiment délibérément et volontairement donné par une personne capable à l’accomplissement d’un acte ou à la réalisation d’un but, ce qui suppose un pouvoir physique et mental et une liberté d’action».

Le consentement dans le contexte de l’agression sexuelle consiste, pour une personne ayant la capacité requise, à communiquer à autrui, au moyen d’un comportement verbal ou non verbal, la permission d’accomplir l’acte sexuel. Au cours d’un procès pour agression sexuelle, l’analyse du consentement ne saurait être axée sur ce que le plaignant a véritablement pensé; l’observation directe de l’esprit du plaignant est impossible et, de toute façon, l’analyse porte sur la conduite de l’accusé dans les circonstances qui se sont présentées à lui. Quand on parle de consentement dans un procès pour agression sexuelle, on parle du comportement verbal et non verbal du plaignant et de ce qu’on peut inférer de ce comportement quant à son état d’esprit.

Le juge L’Heureux-Dubé a admirablement exposé l’importance de concevoir le consentement comme un acte de communication dans l’arrêt *Park*, précité. Comme elle l’a fait remarquer au par. 48:

[Les juges des faits] pourront ainsi distinguer plus nettement l’ivraie du froment — les mythes et les stéréotypes de la réalité — en déterminant si l’accusé savait que la plaignante n’était pas consentante, ou s’il aurait pu croire sincèrement mais à tort qu’elle l’était. Cette approche les aidera également à reconnaître et à écarter les croyances stéréotypées qu’entretient l’accusé et qui l’amènent à faire fi du non-consentement ou à ne pas se soucier du fait qu’une femme consente ou non. Les conclusions de fait n’en seront à mon avis que plus justes et plus exactes, et il sera plus justement tenu compte des réalités différentes que vivent les femmes et les hommes.

Dans la plupart des cas, cet acte social qu’est la communication est clair: [TRADUCTION] «dans les cas habituels qui ne présentent pas de difficulté, la personne qui consent est censée «dire ce qu’elle veut dire»» (L. Vandervort, «Mistake of Law and

1988), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 267). In some cases, however, the communication goes awry, giving rise to honest mistake. In these cases, there is some reason why the normal communication process has gone awry. The reason for this miscommunication is the situation of ambiguity of which there must be evidence to give rise to the defence of honest but mistaken belief in consent.

Consent has a legal effect. It changes the rights and duties of the persons involved. As Vandervort, *supra*, at p. 267, puts it:

The social act of consent consists of communication to another person, by means of verbal and non-verbal behaviour, of permission to perform one or more acts which that person would otherwise have a legal or non-legal obligation not to perform. Consenting, like promising, is thus performative, a behaviour that has normative consequences. To consent is to waive a right and relieve another person of a correlative duty. Consent thus alters the rights and duties between the persons who are parties to an agreement created by communication. When the rights and duties in question are not merely conventional or ethical ones, but are legal rights and duties, consent is an act that has specific legal consequences. The only conditions are that it be voluntary and knowing or informed, that is, freely given with reference to some general or specific concrete objective or content.

As Vandervort goes on to point out (at p. 267), it follows that any analysis of consent must consider “what, if anything, was actually communicated, as well as whether the communication was voluntary. We need to know what verbal and non-verbal behaviours constitute communication of consent in the context of a sexual transaction, and how the voluntariness of the communication is to be assessed” where this is in issue.

The concepts of wilful blindness and honesty in relation to consent merit further comment. Canadian law does not, unlike most jurisdictions in the United States, require that the defendant in a sexual assault trial have acted reasonably. The issue of

Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-1988), 2 *R.J.F.D.* 233, à la p. 267). Mais parfois, la communication se fait mal, d'où l'erreur de bonne foi. Et la raison de cette défaillance du processus de communication normal est l'équivoque dont la preuve doit être faite pour donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Le consentement produit un effet juridique. Il modifie les droits et les obligations des personnes en cause. Comme le dit Vandervort, *loc. cit.*, à la p. 267:

[TRADUCTION] L'acte social qu'est le consentement consiste à communiquer à autrui, verbalement ou non verbalement, la permission d'accomplir un seul ou plusieurs actes dont, sans cela, cette personne serait, légalement ou autrement, tenue de s'abstenir. Le consentement, comme la promesse, est donc performatif, c'est un comportement qui a des conséquences normatives. Consentir c'est renoncer à un droit et dégager une autre personne d'une obligation corrélatrice. Le consentement modifie donc les droits et les obligations entre les personnes qui sont parties à une entente créée par la communication. Lorsque les droits et les obligations en question ne sont pas purement conventionnels ou éthiques, mais sont des droits et des obligations légaux, le consentement est un acte qui a des conséquences juridiques précises. Les seules conditions à remplir sont que le consentement soit volontaire et conscient ou éclairé, c'est-à-dire donné librement à l'égard d'un contenu ou d'un objectif concret, général ou spécifique.

Comme Vandervort le mentionne ensuite (à la p. 267), il s'ensuit qu'une analyse du consentement doit tenir compte [TRADUCTION] «de ce qui a en fait été communiqué, si communication il y a eu, et examiner s'il s'agit d'une communication volontaire. Il faut savoir par quels comportements verbaux et non verbaux le consentement est communiqué dans le contexte d'une relation sexuelle, et comment le caractère volontaire de la communication doit être évalué» lorsque ces points sont litigieux.

Il convient de faire d'autres observations sur les concepts de l'ignorance volontaire et de la sincérité dans le contexte du consentement. Contrairement au droit de la plupart des États américains, le droit canadien n'exige pas que l'accusé dans un

68

69

70

mistake as to consent must be assessed on the basis of the particular accused person before the court. If he is more obtuse than the reasonable man, he may raise this in support of his contention that he mistakenly thought the complainant was consenting. However, Canadian common law does impose two requirements. First, the defendant cannot have been wilfully blind or reckless. The term wilful blindness connotes a deliberate avoidance of the facts and circumstances. It is the legal equivalent of turning a blind eye, of not seeing or hearing what is there to hear or see. It is the making of an assumption that the complainant consents without determining whether, as a matter of fact, the complainant consents. Blindness as to the need to obtain consent can never be raised by an accused as a defence, since the need for consent is a legal requirement which the law presumes the defendant to know. On the facts, wilful blindness to conduct or language which might support an inference of non-consent is similarly of no avail. The person who is not wilfully blind is the person who is appropriately aware, not only of the need to obtain consent (which he is presumed to know), but of what the conduct and circumstances reveal to one who looks to see whether that consent was being given or withheld. Second, the requirement that the defendant's belief have been honest has a similar effect. The defendant is not allowed to deceive himself, or to sharply take advantage of a passive or unclear response. He must honestly believe that the complainant consented.

procès pour agression sexuelle ait agi raisonnablement. La question de l'erreur quant au consentement doit être évaluée en fonction de la personne même de l'accusé traduit en justice. Si l'accusé est plus borné que la personne raisonnable, il peut invoquer ce fait au soutien de la prétention qu'il a cru à tort que le plaignant était consentant. Au Canada, la common law impose toutefois deux conditions à cet égard. Premièrement, l'accusé ne doit pas s'être retranché dans l'ignorance volontaire ni avoir fait preuve d'insouciance. L'expression ignorance volontaire évoque le refus délibéré de voir les faits et les circonstances. C'est l'équivalent juridique du fait de fermer les yeux sur quelque chose, de ne pas voir ni entendre ce qu'il y a à voir ou à entendre. C'est présumer que le plaignant est consentant sans vérifier si, dans les faits, il l'est. L'accusé ne peut jamais plaider comme moyen de défense qu'il ignorait qu'il devait obtenir un consentement puisque la nécessité d'un consentement est une exigence juridique qu'il est censé connaître selon le droit. Compte tenu des faits, l'ignorance volontaire à l'égard d'un comportement ou de paroles qui permettraient d'inférer une absence de consentement ne peut être d'aucun secours non plus. La personne qui ne se maintient pas dans l'ignorance volontaire est celle qui est à juste titre consciente non seulement de la nécessité d'obtenir un consentement (ce qu'elle est censée savoir), mais aussi de ce que le comportement et les circonstances révèlent à qui prend la peine de vérifier si ce consentement a été donné ou refusé. Deuxièmement, l'exigence d'une croyance sincère de l'accusé a un effet similaire. L'accusé n'a pas le droit de se faire des illusions ni de profiter clairement d'une réponse passive ou équivoque. Il doit sincèrement croire que le plaignant était consentant.

71 Against this background, I turn to the circumstances in which the issue of consent may arise. While varied, they include the following fact situations:

(a) Explicit consent, where voluntary agreement is expressly communicated by verbal or body language;

Cela étant dit, j'en viens aux circonstances dans lesquelles la question du consentement peut se poser. Quoique variées, ces circonstances comprennent les situations de fait suivantes:

a) Le consentement explicite, l'acquiescement volontaire étant expressément communiqué verbalement ou par le langage du corps;

- |  |  |
|--|--|
| <p>(b) Explicit refusal, where refusal of consent is expressly communicated by verbal or body language;</p> <p>(c) A complainant lacking the capacity to consent or refuse because of unconsciousness or incoherence;</p> <p>(d) A complainant lacking the legal capacity to consent, e.g., a child;</p> <p>(e) Consent vitiated by force or duress;</p> <p>(f) Passivity where neither assistance nor resistance is offered;</p> <p>(g) Ambiguous conduct, which can be read in different ways;</p> <p>(h) Ambiguity arising from external circumstances.</p> | <p>b) Le refus explicite, le consentement étant expressément refusé verbalement ou par le langage du corps;</p> <p>c) L'inaptitude physique du plaignant à consentir ou à refuser en raison de son inconscience ou de son incohérence;</p> <p>d) L'inaptitude juridique du plaignant à consentir, p. ex. un enfant;</p> <p>e) Le consentement vicié par le recours à la force ou à la contrainte;</p> <p>f) La passivité, lorsqu'aucune aide ni aucune résistance ne sont offertes;</p> <p>g) Le comportement équivoque, qui peut être interprété de différentes façons;</p> <p>h) L'équivoque résultant de circonstances extérieures.</p> |
|--|--|

The first two situations, explicit consent and explicit denial of consent, do not raise the possibility of honest mistake as to consent. They deal with explicit communication between the complainant with capacity and acting voluntarily, and the defendant, through words or actions which both parties are capable of understanding. Explicit consent precludes a finding of sexual assault. Explicit refusal, on the other hand, makes any suggestion of honest mistake implausible. If the jury finds that the complainant explicitly communicated her refusal to the defendant, then the defendant who receives the communication cannot realistically claim to have made an honest mistake on consent. Only if the defendant can show some additional circumstance taking the situation into the situation of ambiguous conduct (categories (g) and (h)) can he make such a claim.

Similarly, the defence of honest but mistaken belief in consent cannot be raised in the third situation, the case of an unconscious or incoherent complainant: see Vandervort, *supra*, at p. 269. This category posits a complainant who is unable to communicate consent because she is unconscious or incapacitated. Consent, as noted above, involves

L'erreur de bonne foi quant au consentement n'est pas un moyen de défense possible dans les deux premières situations, à savoir le consentement explicite et le refus explicite. Ces situations se rapportent à une communication explicite entre un plaignant, ayant la capacité requise et agissant de plein gré, et un accusé, au moyen de paroles ou de gestes que les deux parties sont capables de comprendre. Le consentement explicite interdit de conclure à une agression sexuelle. Par contre, le refus explicite rend invraisemblable toute affirmation d'erreur de bonne foi. Si le jury conclut que le plaignant a explicitement communiqué son refus à l'accusé, alors l'accusé qui reçoit la communication ne peut pas prétendre de façon réaliste qu'il a commis une erreur de bonne foi quant au consentement. C'est uniquement si l'accusé peut prouver l'existence d'un autre élément qui transforme la situation en une situation qui prête à l'équivoque (catégories g) et h)) qu'il peut faire une telle affirmation.

De même, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut pas être soulevée dans la troisième situation, à savoir celle où le plaignant a perdu conscience ou est incohérent: voir Vandervort, *loc. cit.*, à la p. 269. Cette catégorie vise le plaignant qui n'est pas en mesure d'exprimer un consentement parce qu'il est inconscient ou

“capable, deliberate, and voluntary agreement to or concurrence” (*Webster’s Third New International Dictionary, supra*). A person who is unconscious or unable to communicate is incapable of indicating deliberate voluntary agreement. At issue, as elsewhere in dealing with consent, is the social act of communicating consent, not the internal state of mind of the complainant. The accused is not expected to look into the complainant’s mind and make judgments about her uncommunicated thoughts. But neither is he entitled to presume consent in the absence of communicative ability. The complainant in this category lacks the capacity to communicate a voluntary decision to consent. Such lack of capacity would be obvious to all who see her, except the wilfully blind. This makes any suggestion of honest mistake as to consent implausible. To put it another way, the necessary (but not sufficient) condition of consent — the capacity to communicate agreement — is absent. The hypothetical case of a complainant giving advance consent to sexual contact before becoming unconscious does not constitute an exception. Consent can be revoked at any time. The person who assaults an unconscious woman cannot know whether, were she conscious, she would revoke the earlier consent. He therefore takes the risk that she may later claim she was assaulted without consent.

74 That being said, situations may exist which could give rise to an honest mistake as to the complainant’s capacity or ability to communicate consent. These circumstances constitute a situation of ambiguity as described in categories (g) or (h).

75 The fourth and fifth situations do not raise the common law defence of honest but mistaken belief because they are covered by special provisions of

a perdu la capacité de consentir. Comme je l’ai déjà fait remarquer, le consentement implique [TRADUCTION] «l’acquiescement ou l’assentiment délibéré et volontairement donné par une personne capable» (*Webster’s Third New International Dictionary, op. cit.*). La personne qui a perdu conscience ou est incapable de communiquer n’est pas en mesure de donner un acquiescement délibéré et volontaire. Dans un tel cas, comme chaque fois qu’il est question de consentement, c’est l’acte social qu’est la communication d’un consentement, et non l’état d’esprit du plaignant, qui est en cause. On ne s’attend pas à ce que l’accusé sonde l’esprit du plaignant et porte un jugement sur ses pensées secrètes. Mais il n’a pas le droit non plus de présumer un consentement en l’absence d’une capacité de communiquer. Le plaignant qui entre dans cette catégorie n’a pas la capacité de communiquer une décision volontaire de consentir. Cette incapacité sautera aux yeux de tous ceux qui voient le plaignant, sauf celui qui se retranche dans l’ignorance volontaire. C’est ce qui rend invraisemblable toute affirmation d’erreur de bonne foi quant au consentement. En d’autres termes, la condition nécessaire (mais non suffisante) pour qu’il y ait consentement, à savoir la capacité d’exprimer un acquiescement, n’est pas remplie. Le cas hypothétique du plaignant qui a consenti à l’avance à des contacts sexuels avant de perdre conscience ne constitue pas une exception. Le consentement peut être retiré en tout temps. La personne qui agresse une femme qui a perdu conscience ne peut pas savoir si celle-ci retirerait le consentement donné antérieurement si elle était consciente. Cette personne s’expose donc à ce que la plaignante affirme par la suite qu’elle n’avait pas donné son consentement.

Cela étant dit, il peut y avoir des situations susceptibles de donner lieu à une erreur de bonne foi quant à la capacité du plaignant de communiquer un consentement. Ces circonstances constituent les situations prêtant à l’équivoque visées aux catégories g) et h).

Les quatrième et cinquième situations ne donnent pas ouverture à la défense de common law fondée sur la croyance sincère mais erronée au

the *Criminal Code*. The situation of an underage person whom the law deems to lack capacity to consent, is dealt with by s. 150.1. Special rules govern mistake as to age, and the defence of honest but mistaken belief does not arise. Consent vitiated by force or duress is also the subject of a special provision of the *Criminal Code* (s. 265(3)), and stands to be considered on its own terms.

The sixth category is that of the conscious but passive complainant. A strong case can be made that passivity without more does not constitute consent, and hence cannot support the existence of an honest but mistaken belief in consent. Again, if consent involves the communication of "capable, deliberate, and voluntary agreement to or concurrence" (*Webster's Third New International Dictionary, supra*) then something more would seem to be required than simply passivity. Failure to indicate yes or no is no communication at all and hence cannot amount to communication of consent. Much less does it offer any indication of capacity, deliberateness or voluntariness. Absent exceptional circumstances, it is unrealistic to suppose that a person acting honestly and without wilful blindness could draw an inference of consent from mere passivity. Putting it another way, to say that passivity amounts to consent is to presume consent. To equate submission with consent is to overlook the essential character of consent as a social act whereby one person confers on another person the right to do something. Women may submit for many reasons inconsistent with consent. For this reason, something more is required to permit the inference that the passive person is consenting. It follows that passivity alone is insufficient to provide a basis for a defence of honest but mistaken belief. Additional evidence of circumstances or conduct is required to establish the situation of ambiguity that underlies the defence. It is

consentement parce qu'elles sont régies par des dispositions spéciales du *Code criminel*. La situation de la personne mineure, que la loi juge inapte à donner un consentement, est prévue à l'art. 150.1. Des règles particulières régissent l'erreur quant à l'âge, et la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut pas être invoquée. Le consentement vicié par le recours à la force ou à la contrainte est également visé par une disposition spéciale du *Code criminel* (par. 265(3)), et doit être examiné dans son contexte.

La sixième catégorie concerne le plaignant conscient mais passif. On peut faire valoir des arguments convaincants au soutien de l'affirmation que la simple passivité ne constitue pas un consentement et, partant, ne peut pas justifier l'existence d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Une fois de plus, si le consentement implique la communication d'un [TRADUCTION] «acquiescement ou [d'un] assentiment délibéré et volontairement donné par une personne capable» (*Webster's Third New International Dictionary, op. cit.*), alors il semblerait qu'il faille quelque chose de plus que la simple passivité. Le fait de ne dire ni oui ni non n'est pas une communication et, partant, ne peut pas être assimilé à la communication d'un consentement. Le fait de ne rien dire permet encore moins de conclure à la capacité ou au caractère délibéré ou volontaire d'un acquiescement. En l'absence de circonstances exceptionnelles, il est irréaliste de supposer qu'une personne agissant sincèrement et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire peut inférer un consentement de la simple passivité. En d'autres termes, affirmer que la passivité vaut consentement, c'est présumer le consentement. Assimiler la soumission au consentement, c'est faire abstraction du caractère essentiel du consentement en tant qu'acte social par lequel une personne confère à autrui le droit de faire quelque chose. Les femmes peuvent se soumettre pour bien des raisons qui n'ont rien à voir avec le consentement. C'est pourquoi il faut quelque chose de plus pour qu'il soit permis d'inférer que la personne passive est consentante. Il s'ensuit que la seule passivité est insuffisante pour servir de fondement à une défense de croyance sin-

only with such evidence that passivity falls into one of the final two categories: (g) or (h).

77

Failure to recognize that passivity without more does not permit an inference of consent is reflected in certain common misconceptions and mistaken generalizations that bedevil the law of sexual assault. One is the notion that absence of evidence of struggle or violence permits an inference of consent. The corollary of this proposition is the false notion that unless a woman struggles or has been physically forced, she must have consented. This now discredited notion may skew an analysis of whether the basis for a defence of honest and mistaken belief in consent has been made out. It may be argued that the absence of evidence of resistance or violence constitutes evidence supporting a finding that the accused honestly but mistakenly believed that the complainant consented (an argument accepted by Major J. in this appeal). In fact, the absence of violence or struggle is neutral. An accused who infers consent from passivity without more makes a dishonest, irresponsible inference. Since it is as reasonable to infer non-consent as consent from passivity, an honest assessment of passive conduct does not, without more, permit the conclusion that the complainant is consenting. Only where other circumstances elevate passivity to a situation of ambiguity (categories (g) and (h)) does the possibility of honestly inferring consent arise. Rather, the effect of passivity on the honest defendant is to create a situation where, before proceeding, he must obtain a positive indication of consent.

78

The two remaining circumstances where consent is at issue are situations of ambiguity: ambiguity arising from the complainant's conduct and ambiguity arising from external circumstances. These, in my view, are the only circumstances

cère mais erronée. Il faut d'autres éléments de preuve relativement à des circonstances ou un comportement pour démontrer l'existence de l'équivoque qui sous-tend ce moyen de défense. C'est seulement avec des éléments de preuve semblables que la passivité entre dans l'une des deux dernières catégories, soit g) ou h).

Certaines idées fausses et généralisations erronées courantes qui embrouillent le droit en matière d'agression sexuelle sont le signe du défaut de reconnaître que la passivité seule ne permet pas d'inférer le consentement. L'une d'elles veut qu'en l'absence d'une preuve de lutte ou de violence, on puisse inférer un consentement. Le corollaire de cette proposition est l'idée fausse que la femme qui ne résiste pas ou qui n'est pas contrainte physiquement est forcément consentante. Cette idée maintenant discréditée peut dévier l'analyse de la question de savoir si le fondement d'une défense de croyance sincère mais erronée au consentement a été établi. Il peut être allégué que l'absence d'une preuve de résistance ou de violence constitue une preuve qui peut étayer une conclusion de croyance sincère mais erronée par l'accusé au consentement du plaignant (c'est un argument auquel le juge Major a souscrit dans le présent pourvoi). En réalité, l'absence de violence ou de lutte est neutre. L'accusé qui infère un consentement de la seule passivité tire une conclusion malhonnête et irresponsable. Puisqu'il est aussi raisonnable d'inférer l'absence de consentement que le consentement de la passivité, l'évaluation sincère d'une attitude passive ne permet pas, en l'absence d'autres éléments, de conclure au consentement du plaignant. C'est uniquement lorsque d'autres circonstances confèrent à la passivité un caractère équivoque (catégories g) et h)) que la possibilité d'un consentement sincèrement inféré se concrétise. Plus exactement, la passivité a pour effet de créer une situation où l'accusé sincère doit obtenir un signe affirmatif de consentement avant d'agir.

Les deux autres circonstances dans lesquelles le consentement est litigieux sont des situations qui prêtent à l'équivoque, soit en raison du comportement du plaignant, soit en raison de circonstances extérieures. Ce sont, à mon sens, les seules

where the defence of honest but mistaken belief in consent may arise.

The first situation targets ambiguous conduct by the complainant. While in the vast majority of sexual encounters the parties successfully communicate consent or refusal of consent without any difficulty or misunderstanding, the law recognizes that occasionally conduct may be so ambiguous that an appropriately concerned defendant will honestly misread the complainant's actual refusal or incapacity as consent with capacity. The judge must put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury where there is evidence of ambiguous conduct capable of supporting this honest misunderstanding by a defendant who is not wilfully blind. An accused who, due to wilful blindness or recklessness, believes that a complainant had the capacity and in fact consented to the sexual activity at issue is precluded from relying on a defence of honest but mistaken belief in consent, a fact that Parliament has codified: *Criminal Code*, s. 273.2(a)(ii). The focus in this category, as elsewhere, must be on what the complainant said or did and how that would have impacted on the defendant, acting honestly and without wilful blindness. The defence should be put where there is sufficient evidence to lead the trial judge to conclude that a jury might realistically (i.e., not speculatively) accept that the complainant was refusing consent or incapable of consenting, but that what she said and did were capable of leading the defendant to honestly conclude the opposite.

It follows that there must be not only conduct or words which are contradictory or ambiguous, but that the result of the contradiction or ambiguity must be such that the defendant, acting honestly and without wilful blindness or recklessness, could have concluded that the complainant was capable and consenting. A person is not entitled to take ambiguity as the equivalent of consent. If a person, acting honestly and without wilful blindness,

circonstances donnant ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

La première situation vise le comportement équivoque du plaignant. Bien que, dans la très grande majorité des rencontres sexuelles, les parties parviennent à communiquer un consentement ou un refus sans difficulté ni malentendu, le droit reconnaît qu'un comportement peut parfois être si équivoque que l'accusé légitimement intéressé se méprendra de bonne foi sur le refus ou l'incapacité véritable du plaignant et l'interprétera comme un consentement donné par une personne capable. Le juge doit soumettre au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement s'il existe une preuve de comportement équivoque susceptible d'étayer cette méprise sincère de l'accusé qui ne se retranche pas dans l'ignorance volontaire. L'accusé qui, en raison d'ignorance volontaire ou d'insouciance, croit que le plaignant a la capacité requise et a réellement consenti à l'activité sexuelle en question est dans l'impossibilité d'invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. C'est un fait que le législateur a codifié au sous-al. 273.2a(ii) du *Code criminel*. L'accent, dans cette catégorie comme dans les autres, doit être mis sur ce que le plaignant a dit ou fait et sur la façon dont ses paroles ou ses gestes ont pu influencer l'accusé qui a agi de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire. Le juge du procès devrait soumettre ce moyen de défense lorsqu'il existe une preuve suffisante pour l'amener à conclure qu'un jury pourrait d'une façon réaliste (c'est-à-dire sans faire de suppositions) accepter que le plaignant a opposé un refus ou était incapable de consentir, mais que ses paroles et ses gestes ont pu amener l'accusé à conclure sincèrement le contraire.

Il s'ensuit non seulement qu'il doit y avoir un comportement ou des paroles qui sont contradictoires ou équivoques, mais aussi que le résultat de cette contradiction ou de cette équivoque doit être tel que l'accusé agissant de bonne foi et sans se retrancher dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance aurait pu conclure que le plaignant avait la capacité requise et était consentant. Nul n'a le droit d'assimiler l'équivoque au

perceives his companion's conduct as ambiguous or unclear, his duty is to abstain or obtain clarification on the issue of consent. This appears to be the rule at common law. In this situation, to use the words of Lord Cross of Chelsea in *Morgan, supra*, at p. 203, "it is only fair to the woman and not in the least unfair to the man that he should be under a duty to take reasonable care to ascertain that she is consenting to the intercourse and be at the risk of a prosecution if he fails to take such care". As Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 101, put it: "the defendant is guilty if he realised that the woman might not be consenting and took no steps to find out".

81 I note that Parliament has affirmed this common sense proposition in enacting s. 273.2 of the *Criminal Code* of Canada which states that "[i]t is not a defence to a charge [of sexual assault] that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where . . . the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". See also *R. v. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481 (Prov. Div.). The question is whether the defendant at bar, properly attentive to the issue of consent (i.e., not wilfully blind), could have, in light of the ambiguity, honestly concluded that the complainant had the capacity and was consenting to the sexual activity.

82 Care must be taken to avoid the false assumptions or "myths" that may mislead us in determining whether the conduct of the complainant affords a sufficient basis for putting the defence of honest mistake on consent to the jury. One of these is the stereotypical notion that women who resist or say no may in fact be consenting. Given that the focus is not the reasonable man but the defendant him-

consentement. Si une personne qui agit de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire se rend compte que la conduite de son ou de sa partenaire est équivoque ou incertaine, il est de son devoir de ne rien faire ou d'obtenir des éclaircissements sur la question du consentement. Telle semble être la règle en common law. Dans un cas semblable, pour employer les mots de lord Cross of Chelsea dans l'arrêt *Morgan*, précité, à la p. 203, [TRADUCTION] «ce n'est que juste envers la femme et pas le moins du monde injuste envers l'homme d'obliger celui-ci à faire preuve de diligence pour vérifier si la femme consent aux rapports sexuels, et de l'exposer à une poursuite s'il omet de faire preuve d'une telle diligence». Comme Glanville Williams l'affirme dans son *Textbook of Criminal Law* (1978), à la p. 101: [TRADUCTION] «l'accusé est coupable s'il s'est rendu compte que la femme n'était peut-être pas consentante et n'a rien fait pour s'en assurer».

Je remarque que le législateur a confirmé cet énoncé plein de bon sens en édictant l'art. 273.2 du *Code criminel* du Canada qui dispose que «[n]e constitue pas un moyen de défense contre une accusation [d'agression sexuelle] le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque [. . .] il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». Voir aussi *R. c. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481 (Div. prov.). La question consiste à savoir si l'accusé en l'espèce, s'il s'était suffisamment préoccupé de la question du consentement (c'est-à-dire s'il ne s'était pas maintenu dans l'ignorance volontaire) aurait pu, étant donné l'équivoque, conclure sincèrement que la plaignante avait la capacité requise et consentait à l'activité sexuelle.

Il faut prendre soin d'éviter les fausses suppositions ou les «mythes» qui peuvent nous induire en erreur pour déterminer si la conduite de la plaignante constitue un fondement suffisant pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à l'appréciation du jury. L'un de ces mythes est l'idée stéréotypée que la femme qui résiste ou qui dit non peut, en fait, être consen-

self, a defendant may argue, for example, that he interpreted as consent conduct which a reasonable person would read as refusal because he had been conditioned to accept that no means yes. Yet more would need to be shown to establish a basis for putting the defence of honest but mistaken belief. Further questions would arise. Was the man wilfully blind in believing that no means yes? Can his belief that the complainant who says no was consenting, be seen as honest? Only if these questions can plausibly be answered in favour of the accused does the defence of honest but mistaken belief arise. It may be ventured that in the social context of Canadian society in the late twentieth century, these questions will seldom be capable of being answered in favour of such an accused. The result will be that the defence will lack the realistic sufficiency required for it to be put to the jury.

The final situation in which consent issues may arise is where there is ambiguity arising not from the conduct of the complainant, but from external circumstances. This category targets the rare situation where the complainant's refusal or passivity/lack of consent is rendered ambiguous by some external circumstance. McIntyre J. in *Pappajohn* gives two examples of this situation (at p. 133):

In *R. v. Plummer and Brown*, *supra*, Evans J.A. (as he then was), speaking for the Ontario Court of Appeal, considered that there was such evidence as far as Brown was concerned and directed a new trial because the defence had not been put. In that case, the complainant had gone to Plummer's "pad" where she had been raped by Plummer. Brown entered the room where the rape occurred after Plummer had gone. Apparently he had arrived at the house separately from Plummer. It was open on the evidence to find that he was unaware then that Plummer had threatened the complainant and terrorized her into submission. He had intercourse with her and she said that because of continuing fear from Plummer's threats, she submitted without protest. In these special circumstances, the defence was required. The

tante. Puisque l'analyse est axée non pas sur la personne raisonnable mais sur l'accusé lui-même, celui-ci peut prétendre, par exemple, qu'il a interprété comme un consentement un comportement qu'une personne raisonnable considérerait comme un refus parce qu'il a été conditionné à accepter l'idée que non veut dire oui. Cependant, il faudra prouver quelque chose de plus pour établir un fondement justifiant la présentation de la défense de croyance sincère mais erronée. D'autres questions se poseront. L'accusé s'est-il maintenu dans l'ignorance volontaire en croyant que non veut dire oui? Peut-on considérer comme sincère sa croyance que le plaignant qui dit non est consentant? C'est uniquement si l'on peut plausiblement répondre à ces questions d'une manière favorable à l'accusé que la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée. On peut avancer que dans le contexte social de la société canadienne de la fin du vingtième siècle, on pourra rarement répondre à ces questions d'une manière favorable à un tel accusé. Il s'ensuivra que la défense ne sera pas suffisamment vraisemblable pour être soumise à l'appréciation du jury.

La dernière situation dans laquelle des questions touchant le consentement peuvent se poser est la situation où l'équivoque résulte non pas de la conduite du plaignant mais de circonstances extérieures. Cette catégorie vise les rares cas où une circonstance extérieure rend le refus, la passivité ou l'absence de consentement du plaignant ambigu. Le juge McIntyre en donne deux exemples dans l'arrêt *Pappajohn* (à la p. 133):

Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*, précité, le juge Evans (tel était alors son titre), parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est dit d'avis qu'il existait pareille preuve en ce qui concernait Brown et a ordonné un nouveau procès parce que le moyen de défense n'avait pas été soumis au jury. Dans cette affaire-là, la plaignante était allée à la «piaule» de Plummer où celui-ci l'a violée. Brown est entré dans la pièce où le viol avait eu lieu après le départ de Plummer. Apparemment il était arrivé à la maison sans Plummer. Il était possible de conclure d'après la preuve qu'il ignorait que Plummer avait menacé la plaignante et avait obtenu sa soumission par la terreur. Il a eu des rapports sexuels avec elle et elle a dit qu'elle s'est soumise sans protester parce qu'elle était encore effrayée des menaces de

facts clearly established at least an air of reality to Brown's defence. In *Morgan*, there was evidence of an invitation by the complainant's husband to have intercourse with his wife and his assurance that her show of resistance would be a sham. In other words, there was evidence explaining, however preposterous the explanation might be, a basis for the mistaken belief. In the case at bar, there is no such evidence.

84 In this category as in others, care must be taken to avoid substituting unfounded assumptions for evidence of consent. For example, in earlier times it was sometimes suggested that the fact that a woman was a prostitute or perceived as promiscuous might amount to a circumstance entitling a man to read her refusal as consent. It is difficult in this age to conceive of a man so concluding in the absence of wilful blindness or dishonesty. It is now recognized that the fact that a woman is a prostitute or perceived as promiscuous does not render her refusal any less valid than another woman's refusal: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, *per* McLachlin J., at p. 604, and *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 690.

85 These considerations lead me to conclude that the defence of honest but mistaken belief may arise where the evidence indicates a situation of ambiguity which the accused, not being wilfully blind or reckless and acting honestly, misinterpreted as consent. The requirements of the defence are thus: (1) evidence that the accused believed the complainant was consenting; (2) evidence that the complainant in fact refused consent did not consent, or was incapable of consenting; and (3) evidence of a state of ambiguity which explains how lack of consent could have been honestly understood by the defendant as consent, assuming he was not wilfully blind or reckless to whether the complainant was consenting, that is, assuming that

Plummer. Dans ces circonstances particulières, il fallait soumettre ce moyen de défense. Les faits donnaient clairement au moins une apparence de vraisemblance au moyen de défense de Brown. Dans l'affaire *Morgan*, la preuve indiquait que le mari de la plaignante avait invité les accusés à avoir des relations sexuelles avec son épouse et qu'il les avait assurés que ses protestations ne seraient qu'une comédie. En d'autres termes, il y avait une preuve qui donnait, si absurde que puisse être cette explication, un fondement à la croyance erronée. En l'espèce pareille preuve n'existe pas.

Dans cette catégorie comme dans les autres, il faut prendre soin de ne pas substituer des suppositions non fondées à une preuve de consentement. À titre d'exemple, on a parfois donné à entendre dans le passé que le fait qu'une femme était une prostituée ou perçue comme étant de mœurs faciles pouvait constituer une circonstance autorisant un homme à interpréter son refus comme un consentement. Il est difficile de nos jours de concevoir qu'un homme tire pareille conclusion sans se retrancher dans l'ignorance volontaire ou la mauvaise foi. Il est maintenant reconnu que le fait qu'une femme est une prostituée ou considérée comme étant de mœurs faciles ne rend point son refus moins valable que celui d'une autre femme: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, le juge McLachlin, à la p. 604, et le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 690.

Ces considérations m'amènent à conclure que la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée si la preuve révèle une situation prêtant à l'équivoque que l'accusé agissant de bonne foi, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, a interprétée à tort comme un consentement. Les conditions donnant ouverture à ce moyen de défense sont donc les suivantes: (1) la preuve que l'accusé a cru au consentement du plaignant; (2) la preuve que, dans les faits, le plaignant a opposé un refus, n'était pas consentant ou était incapable de consentir; et (3) la preuve d'une situation prêtant à l'équivoque et expliquant que l'accusé a pu sincèrement interpréter l'absence de consentement comme un consentement, en supposant qu'il ne s'est pas retranché dans l'ignorance volontaire et n'a pas fait preuve d'insouciance quant à savoir si le plaignant était

he paid appropriate attention to the need for consent and to whether she was consenting or not.

The view that before the defence of mistake can be put to the jury there must be evidence of a state of ambiguity explaining how a refusal of consent, lack of consent, or incapacity to consent could honestly have been misinterpreted by the defendant as actual consent, has gained increasing acceptance in the United States in recent years with the adoption in many states of the “equivocality” rule. In *People v. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975), the Supreme Court of California ruled that the evidentiary predicate of an instruction to the jury on mistake as to consent was evidence not only that the accused in good faith believed the complainant was consenting, but of “equivocal” behaviour which “might have misled [Mayberry] as to whether she was consenting” (p. 1346). In *People v. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (Ct. App. 1985), it was said that there must be evidence that the “manner in which the victim expressed her lack of consent was so equivocal as to cause the accused to assume that she consented where in fact she did not” (p. 638). In *People v. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (Ct. App. 1991) (citing *Rhoades*, *supra*, at p. 914), it was said that where there was a conflict between the evidence of the accused asserting consent and the evidence of the complainant asserting non-consent, the defence of mistake need not be put “(u)nless the evidence reveals *some way* to harmonize the conflicting accounts of defendant and prosecutrix through a mistake of fact, so that the jury can evaluate proof relating to defendant’s *belief* in consent (as distinguished from his mere *assertion* of consent)” (pp. 670-71 (emphasis added by Deegan J. in *Rhoades*)).

consentant, c’est-à-dire en supposant qu’il a accordé l’attention voulue à la nécessité d’obtenir un consentement et à la question de savoir si le plaignant était ou non consentant.

Le point de vue selon lequel il doit y avoir une preuve de l’existence d’une équivoque pour expliquer comment l’accusé a pu sincèrement interpréter à tort un refus, une absence de consentement ou une incapacité de consentir comme un consentement avant que la défense d’erreur ne puisse être soumise au jury recueille de plus en plus l’adhésion depuis quelques années aux États-Unis par suite de l’adoption par de nombreux États de la règle de [TRADUCTION] «l’équivoque». Dans l’arrêt *People c. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975), la Cour suprême de la Californie a statué qu’une directive au jury sur l’erreur quant au consentement était subordonnée, sur le plan de la preuve, à l’existence d’une preuve indiquant non seulement que l’accusé croyait sincèrement que la plaignante était consentante, mais aussi qu’un comportement «équivoque» [TRADUCTION] «pourrait avoir induit [Mayberry] en erreur quant au consentement [de la plaignante]» (p. 1346). Il ressort de l’arrêt *People c. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (C.A. 1985), qu’il doit y avoir une preuve du fait que la [TRADUCTION] «manière dont la victime a exprimé son absence de consentement était équivoque au point d’amener l’accusé à présumer que celle-ci était consentante alors qu’elle ne l’était pas» (p. 638). Selon l’arrêt *People c. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (C.A. 1991) (citant l’arrêt *Rhoades*, précité, à la p. 914), en cas d’incompatibilité entre le témoignage de l’accusé soutenant qu’il y avait eu consentement et le témoignage de la plaignante affirmant qu’il n’y avait pas eu consentement, il n’est pas nécessaire de soumettre la défense d’erreur, [TRADUCTION] «(à) moins que la preuve ne révèle *une façon* de concilier les versions contradictoires de la défense et de la poursuite au moyen d’une erreur de fait, de sorte que le jury puisse évaluer la preuve relative à la *croyance* au consentement de l’accusé (par opposition à la simple *affirmation* de l’existence d’un consentement)» (pp. 670 et 671 (les italiques sont du juge Deegan dans l’arrêt *Rhoades*)).

87

In what is viewed as the leading case on the matter, *People v. Williams, supra*, the California Supreme Court revisited and reaffirmed its decision in *Mayberry*. As in the case at bar, the stories of the complainant and the defendant diverged widely in *Williams*. The defendant testified that the complainant was a willing and active participant in the sexual intercourse. The complainant, on the other hand, testified that she refused consent and was forced to have intercourse. The trial judge refused to instruct the jury on mistaken belief. The Court of Appeal reversed. The Supreme Court of California restored the trial judge's decision. After reviewing the sharply conflicting accounts, the court held that the defence, as a matter of law, could not be put. In the court's view, Williams' testimony established only actual consent, while the complainant's evidence, if believed, would preclude a reasonable belief in consent. It held that "[t]hese wholly divergent accounts create no middle ground from which Williams could argue he reasonably misinterpreted [the complainant's] conduct" (p. 966). Evidence of actual consent was evidence of "unequivocal conduct". Such evidence could not support the defence of mistake. To establish the defence, there must be evidence of equivocal conduct. The rule established in *Williams* has since been applied by other states: *Tyson v. Trigg*, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995 (Posner C.J.)); *Tyson v. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (Ind. Ct. App. 1993); *Commonwealth v. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (Mass. App. Ct. 1992).

88

I conclude that before the defence of honest but mistaken belief must be put to the jury, there must be evidence not only of denial of consent, lack of consent, or incapacity to consent which the defendant interprets as consent, but evidence of ambiguity or equivocality showing how the accused could honestly and without wilful blindness or recklessness, have mistaken the complainant's refusal of consent, lack of consent, or incapacity to consent. Otherwise, the defence is implausible. To use the

Dans ce qui est considéré comme l'arrêt de principe sur cette question, *People c. Williams*, précité, la Cour suprême de la Californie a de nouveau examiné et confirmé sa décision dans l'affaire *Mayberry*. Comme en l'espèce, les versions de la plaignante et de l'accusé dans *Williams* étaient très différentes. Selon le témoignage de l'accusé, la plaignante avait participé activement et volontairement aux rapports sexuels. Quant à la plaignante, elle a témoigné qu'elle avait opposé un refus et avait été forcée d'avoir des rapports sexuels. Le juge du procès a refusé de donner au jury une directive sur la croyance sincère. La Cour d'appel a infirmé sa décision. La Cour suprême de la Californie a rétabli la décision du juge du procès. Après avoir examiné les versions nettement contradictoires, la cour a statué qu'on ne pouvait pas, en droit, soumettre ce moyen de défense. Selon la cour, le témoignage de Williams tendait seulement à démontrer l'existence d'un consentement véritable, tandis que le témoignage de la plaignante, si on y ajoutait foi, excluait toute croyance raisonnable au consentement. La cour a dit que [TRADUCTION] «[c]es versions diamétralement opposées ne pouvaient être conciliées de manière que Williams puisse soutenir qu'il s'était raisonnablement mépris sur la conduite [de la plaignante]» (p. 966). La preuve d'un consentement véritable était la preuve d'une «conduite sans équivoque». Pareille preuve ne pouvait pas appuyer la défense d'erreur. Pour invoquer ce moyen de défense, il doit y avoir une preuve de conduite équivoque. D'autres États ont appliqué depuis la règle énoncée dans l'arrêt *Williams: Tyson c. Trigg*, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995 (le juge Posner)); *Tyson c. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (C.A. Ind. 1993); *Commonwealth c. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (C.A. Mass. 1992).

Je conclus que la soumission de la défense de croyance sincère mais erronée au jury doit être subordonnée à l'existence non seulement d'une preuve de refus, d'absence de consentement ou d'incapacité de consentir que l'accusé interprète comme un consentement, mais aussi d'une preuve d'ambiguïté ou d'équivoque montrant comment l'accusé a pu, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, se méprendre de bonne foi sur la conduite de la

language of McIntyre J. in *Pappajohn*, *supra*, at pp. 132-33, it lacks the necessary “air of reality” and does not arise as a “realistic issue”.

With these propositions in mind, I turn to the case at bar.

#### IV. Application to this Appeal

I have already indicated that, in my view, the absence of any evidence of steps taken by the respondent to ascertain consent precludes the defence of honest but mistaken belief in consent in view of s. 273.2 which was in force at the time of these events. The common law principles enunciated above lead to the same result.

The complainant and the respondent presented divergent and incompatible versions of the events. The complainant testified (at p. 33 of the Case on Appeal) that at no point did she agree to a sexual relationship with the respondent. While she could not recall the actual assault, she testified that she would not have consented to it because the respondent was her second cousin. This evidence is consistent with denial of consent or with unconscious incapacity to give consent. In essence, either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it. Neither scenario suggests a situation of ambiguity or equivocity which the respondent could honestly have read as capacity and consent. The respondent, on the other hand, testified that the complainant was able to control herself, and participated actively in the intercourse over a period of time. This evidence is directly contrary to the complainant’s evidence and is consistent only with capacity and actual consent.

On the basis that an accused’s evidence of actual consent must be taken to include by implication the proposition that the accused believed the complainant consented, it is argued that there is

plaignante. Sinon, la défense n’est pas vraisemblable. Comme le dit le juge McIntyre dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 132 et 133, ce moyen de défense n’a pas l’«apparence de vraisemblance» requise et ne soulève pas une «question réaliste».

C’est en gardant ces affirmations à l’esprit que j’en viens à l’affaire qui nous occupe.

#### IV. Application au présent pourvoi

J’ai déjà mentionné que, à mon sens, l’absence de preuve quant aux mesures prises par l’intimé pour s’assurer du consentement exclut la défense de croyance sincère mais erronée au consentement vu l’art. 273.2 qui était en vigueur à l’époque pertinente. Les principes de common law énoncés plus haut mènent au même résultat.

La plaignante et l’intimé ont présenté des versions des événements qui étaient contradictoires et inconciliables. La plaignante a témoigné (à la p. 33 du dossier) qu’elle n’a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec l’intimé. Bien qu’elle ne se souvienne pas de l’agression proprement dite, elle a déclaré dans son témoignage qu’elle n’aurait pas donné son consentement parce que l’intimé était son cousin issu de germain. Cette preuve est compatible avec un refus ou avec l’incapacité de donner un consentement à cause d’une perte de conscience. En résumé, soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d’avoir des rapports sexuels, soit qu’elle avait perdu conscience et était incapable d’opposer un refus. Aucun de ces scénarios ne laisse entrevoir une situation ambiguë ou prêtant à l’équivoque que l’intimé aurait pu sincèrement interpréter comme une capacité et un consentement. De son côté, l’intimé a déclaré dans son témoignage que la plaignante était capable de se maîtriser et a participé activement aux rapports sexuels pendant un certain temps. Ce témoignage va directement à l’encontre de celui de la plaignante et n’est conciliable qu’avec la capacité et le consentement véritable.

Puisqu’on doit considérer que le témoignage de l’accusé quant à un consentement véritable suppose implicitement que l’accusé croyait au consentement de la plaignante, il est allégué qu’il existe

89

90

91

92

evidence of honest belief in consent. However, for purposes of the defence the jury would have had to reject the respondent's evidence of capable, active participation inconsistent with non-consent, while accepting only his bare (implicit) assertion of belief in consent. This involves a winnowing of the respondent's evidence which, while not legally impermissible, introduces an element of improbability. The jury, for the purposes of the defence, would then have had to combine this evidence of bare belief with the complainant's evidence that she did not consent, and would not have consented unless incapacitated to the point of unconsciousness. At this point, a further difficulty would have presented itself. The complainant's evidence was that short of unconsciousness she would have unequivocally refused because of her aversion to sexual relations with a relative. This evidence is inconsistent with the ambiguity required to support the theory that the respondent honestly and without wilful blindness or recklessness mistook the complainant's incapacity and/or refusal for consent. To make the theory work it would be necessary to reject the complainant's evidence that short of unconsciousness she would have rejected the accused vehemently, while somehow salvaging the proposition that she refused consent. In summary, to give any credit to the defence, the jury would have had to reject a large portion of the respondent's evidence and virtually all of the complainant's evidence. It would then, in the absence of any other evidence, have had to come up with the conclusion that there was a situation of ambiguity which led to an honest misunderstanding on the vital issue of capacity and consent. At this point the defence becomes so implausible that it is impossible to see how any jury acting reasonably and in accordance with the evidence could have given it any credence.

une preuve de croyance sincère au consentement. Toutefois, pour les fins de la défense, il aurait fallu que le jury rejette la preuve de l'intimé quant à une participation active et consciente, laquelle est inconciliable avec l'absence de consentement, et accepte uniquement la simple affirmation (implicite) d'une croyance au consentement. Cela suppose un tri de la preuve de l'intimé qui, bien qu'acceptable en droit, introduit un élément d'in vraisemblance. Il aurait ensuite fallu que le jury, pour les fins de la défense, combine ce témoignage de simple croyance avec le témoignage de la plaignante voulant qu'elle n'avait pas consenti et n'aurait pas consenti à moins d'une perte de conscience. À ce moment-là, une autre difficulté aurait surgi. La plaignante a dit dans son témoignage qu'à moins d'avoir été inconsciente, elle aurait opposé un refus catégorique à l'intimé parce qu'il lui répugnait d'avoir des rapports sexuels avec un parent. Ce témoignage est inconciliable avec l'équivoque requise pour étayer la thèse selon laquelle l'intimé a, de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, confondu l'incapacité ou le refus de la plaignante avec un consentement. Pour accepter cette thèse, il faudrait rejeter le témoignage de la plaignante selon lequel elle aurait repoussé l'accusé avec véhémence, à moins d'avoir perdu conscience, tout en conservant d'une façon ou d'une autre l'affirmation selon laquelle elle a opposé un refus. En résumé, il aurait fallu que le jury rejette une grande partie du témoignage de l'intimé et pratiquement tout le témoignage de la plaignante pour ajouter foi à la défense. Il aurait ensuite fallu, en l'absence d'une autre preuve, que le jury arrive à la conclusion qu'une situation prêtant à l'équivoque avait amené l'intimé à se méprendre de bonne foi sur la question fondamentale de la capacité et du consentement. À ce moment-là, la défense devient si peu vraisemblable qu'il est impossible de voir comment un jury agissant raisonnablement et selon la preuve aurait pu y ajouter foi.

Putting the case for the defence of mistake at its highest, it may be seen to be based on the supposition that some ambiguous event occurred, notwithstanding that neither the respondent nor the complainant testified to that effect. One is left to

Quand on pousse la thèse de la défense d'erreur à son point extrême, on peut voir qu'elle repose sur la supposition qu'un événement équivoque s'est produit, en dépit du fait que ni l'intimé ni la plaignante n'ont témoigné en ce sens. On en est donc

speculate as to what that event was. Moreover, to even suppose such an event is to contradict the only evidence of what in fact occurred, the respondent's evidence of participatory, consensual intercourse. In short, one is invited to speculatively infer a situation of ambiguity in the absence of any supporting evidence and contrary to the only existing evidence. All this is to be inferred from the fact that the complainant was drunk and does not remember what happened in the bedroom. This cannot constitute the realistic defence based on a sufficiency of evidence required by the majority of this Court in *Pappajohn*.

Drunkenness cannot constitute evidence of a situation in which the complainant might appear to be consenting when in fact she was not. If this were so, the defence would be available in every case where the complainant was drunk at the time of intercourse. If the complainant is so drunk that she is unable to communicate (the Crown's position at trial), she is incapable of giving consent, and no question of honest mistake can arise. If she is less drunk, and able to communicate (the defence's position at trial), the question is what she communicated. Again, there is no possibility of honest mistake as to capacity. The only evidence of what she communicated was the evidence of the respondent that she clearly and actively communicated consent, and of the complainant that she would never have consented. The third possibility is that the circumstances gave rise to ambiguity as to whether the complainant possessed the requisite capacity to consent. There is no evidence of this third situation. The result is this. On the first scenario of extreme drunkenness, the complainant did not consent because she could not. On the second scenario of lesser drunkenness the complainant had the capacity to consent and the question for the jury is whether she actually consented or not, depending on whose evidence they accept. There is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated. There is no evidence to indicate that while the

réduit à conjecturer sur la nature de cet événement. Par ailleurs, aller jusqu'à supposer un tel événement revient à contredire la seule preuve relative à ce qui s'est réellement produit, à savoir la preuve de l'intimé quant à la participation de la plaignante à des rapports sexuels consensuels. Bref, on est invité à inférer hypothétiquement une situation prêtant à l'équivoque en l'absence d'une preuve à l'appui et au mépris de la seule preuve existante. Il faut inférer tout cela de l'ivresse de la plaignante et de son absence de souvenirs sur ce qui s'est passé dans la chambre. Il ne saurait s'agir de la défense réaliste fondée sur une preuve suffisante exigée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*.

L'ivresse ne saurait constituer la preuve d'une situation dans laquelle la plaignante pourrait paraître consentante alors qu'en réalité elle ne l'était pas. S'il en était ainsi, la défense pourrait être invoquée chaque fois que la plaignante est ivre pendant les rapports sexuels. Si la plaignante est ivre au point de ne pas être en mesure de communiquer (la thèse du ministère public au procès), elle est incapable de donner un consentement, et il ne saurait être question d'invoquer l'erreur de bonne foi. Si elle est moins ivre et en mesure de communiquer (la thèse de la défense au procès), la question qui se pose est de savoir ce qu'elle a communiqué. Encore une fois, il n'y a aucune possibilité d'erreur de bonne foi quant à la capacité. La seule preuve de ce que la plaignante a communiqué est le témoignage de l'intimé selon lequel elle a clairement et activement exprimé un consentement, et le témoignage de la plaignante selon lequel elle n'aurait jamais été consentante. La troisième possibilité est que les circonstances prêtaient à l'équivoque à savoir si la plaignante avait la capacité requise de donner un consentement. Il n'y a aucune preuve de cette troisième situation. Le résultat est le suivant. Selon le premier scénario de l'ivresse extrême, la plaignante n'a pas consenti parce qu'elle était incapable de le faire. Selon le deuxième scénario de l'ivresse moins prononcée, la plaignante avait la capacité de consentir et la question à soumettre au jury est de savoir si oui ou non la plaignante a véritablement consenti, selon le témoignage qu'il accepte. Il n'existe aucune preuve au soutien d'un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équi-

complainant appeared to be consenting, she was not.

95 Nor does lack of memory of what happened in the bedroom coupled with drunkenness constitute such evidence. To say the complainant may have appeared to consent because she has no memory of the events is simply to speculate. It is, moreover, to speculate contrary to the evidence of both complainant and respondent. The respondent describes a situation of capacity and active participation, inconsistent with the ambiguous state where the complainant does not have capacity or does not consent but nonetheless appears to. The complainant says that she would have rejected the respondent because they were related, again evidence inconsistent with an apparent but unreal consent. Thus the assertion that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief depends not on the evidence but on speculation. It depends, moreover, on dangerous speculation, based on stereotypical notions of how drunken, forgetful women are likely to behave. The law as established by this Court in *Pappajohn* does not permit such speculation. It demands specific evidence of a state of affairs which could give rise to an honest misapprehension of consent when no consent existed. No such evidence was presented in the case at bar.

96 My colleague Major J. concedes that the defence of honest but mistaken belief might not arise on the respondent's testimony alone (para. 14). More, he agrees, must be found. He finds the necessary additional evidence in two items: (1) the fact that the complainant did not contradict the respondent's evidence as to what happened in the bedroom due to her lack of recollection; and (2) the absence of evidence of violence. With respect, I do not see how either of these items, taken singly or together, provide the missing evidence. They are not evi-

voque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué. Rien ne permet d'affirmer que la plaignante paraissait consentante alors qu'elle ne l'était pas.

Le fait que la plaignante n'a gardé aucun souvenir de ce qui s'est passé dans la chambre à coucher vu son ivresse ne prouve pas le consentement non plus. L'affirmation selon laquelle la plaignante peut avoir paru consentante parce qu'elle ne se souvient pas des événements n'est qu'une simple supposition. Au surplus, c'est une supposition qui va à l'encontre des témoignages de la plaignante et de l'intimé. Ce dernier décrit une situation de capacité et de participation active qui est inconciliable avec l'état équivoque où la plaignante n'est ni capable ni consentante, mais paraît malgré tout l'être. La plaignante affirme qu'elle aurait repoussé l'intimé parce qu'ils étaient parents, et il s'agit encore une fois d'un témoignage qui est inconciliable avec un consentement apparent mais non réel. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée repose non pas sur la preuve mais sur des suppositions. Elle repose en outre sur des suppositions dangereuses fondées sur des idées stéréotypées quant à la façon dont les femmes ivres, à la mémoire défaillante, sont susceptibles de se comporter. Le droit tel qu'il a été établi par notre Cour dans l'arrêt *Pappajohn* ne permet pas de faire de telles suppositions. Il faut une preuve établissant précisément une situation susceptible d'amener quelqu'un à se méprendre de bonne foi sur le consentement en l'absence d'un consentement. Aucune preuve semblable n'a été présentée en l'espèce.

Mon collègue le juge Major concède qu'à lui seul, le témoignage de l'intimé ne pourrait pas soulever la défense de croyance sincère mais erronée (par. 14). Il reconnaît qu'il doit y avoir plus. Selon lui, les éléments de preuve supplémentaires nécessaires résident dans deux facteurs: (1) le fait que la plaignante n'a pas contredit le témoignage de l'intimé sur ce qui s'est passé dans la chambre parce qu'elle ne se souvenait de rien; et (2) l'absence de preuve de violence. En toute confraternité, je ne vois pas comment ces facteurs, pris isolément ou

dence, but merely the absence of evidence. They do not contradict the respondent's version, but neither do they add to it. We are left with the respondent's assertion that over a considerable period of time, the complainant indicated in various ways that she had capacity and was consenting to the sexual activity. This evidence, far from supporting an honest mistake, is contrary to that theory. The respondent's assertion that the complainant clearly consented and cooperated in the sexual activity undermines the propositions essential to the defence — namely that she did not consent but that he made a mistake on the matter. The complainant's inability to recollect is not in itself evidence of miscommunication. Nor, as indicated earlier, does the absence of evidence of violence support the hypothesis of honest but mistaken belief in consent. If the respondent wrongly inferred clear capacity and an active communication of consent from lack of struggle or passivity, it is hard to avoid the conclusion that he must have been either wilfully blind or dishonest.

On the evidence, there were only two possible scenarios. The first, presented by the Crown, is that the complainant did not consent to the sexual activity. This scenario was supported by evidence that the complainant was very drunk and that she would not have consented had she had the capacity to do so because she was related to the respondent. The second, presented by the respondent, was that the complainant had capacity and did consent. This scenario was supported by his evidence of her control over her actions, and her active and willing participation in the acts. Neither scenario is consistent with the defence of honest but mistaken belief in consent. For that defence to arise, there would need to be evidence of a third scenario — a situation of ambiguity or misunderstanding where denial of consent or absence of capacity could

collectivement, fournissent la preuve manquante. Il ne s'agit pas d'éléments de preuve, mais simplement d'une absence de preuve. Ils ne contredisent pas la version de l'intimé, mais ils ne la complètent pas non plus. Il ne reste que l'affirmation de l'intimé selon laquelle la plaignante a, pendant un bon moment, montré par différents moyens qu'elle avait la capacité requise et consentait à l'activité sexuelle. Loin d'appuyer une erreur de bonne foi, cette preuve va à l'encontre de cette thèse. L'affirmation de l'intimé selon laquelle la plaignante a clairement consenti et participé à l'activité sexuelle sape les propositions essentielles à la défense, savoir que la plaignante n'était pas consentante mais que l'intimé s'est mépris sur ce point. Le fait que la plaignante ne se souvienne de rien n'est pas en soi une preuve de mauvaise communication. L'absence de preuve de violence n'appuie pas non plus, comme je l'ai déjà mentionné, l'hypothèse d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Si l'intimé a inféré à tort de l'absence de lutte ou de la passivité de la plaignante une capacité manifeste et la communication active d'un consentement, il est difficile de ne pas conclure qu'il s'est retranché soit dans l'ignorance volontaire, soit dans la mauvaise foi.

Compte tenu de la preuve, il n'y avait que deux scénarios possibles. Le premier, qui a été présenté par le ministère public, c'est que la plaignante n'a pas consenti à l'activité sexuelle. Ce scénario est étayé par la preuve selon laquelle la plaignante était très ivre et n'aurait pas consenti si elle avait eu la capacité de le faire parce qu'elle est parente avec l'intimé. Le second, qui a été présenté par l'intimé, c'est que la plaignante avait la capacité requise et a consenti. Ce scénario est étayé par le témoignage de l'intimé selon lequel la plaignante était maîtresse d'elle-même et a participé activement et volontairement aux actes. Aucun de ces scénarios n'est conciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Pour que ce moyen de défense puisse être soulevé, il faudrait avoir une preuve établissant un troisième scénario, à savoir une situation prêtant à l'équivoque ou une méprise permettant la coexistence du refus ou de l'absence de capacité avec la

co-exist with an honest belief in consent or capacity. Such evidence was totally lacking.

98

I conclude that the trial judge did not err in failing to put the defence of honest but mistaken belief to the jury, since it did not realistically arise on the evidence. I would allow the appeal and affirm the conviction.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: George Thomson, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Phillips & Wright, Yellowknife.*

croyance sincère au consentement ou à la capacité. Pareille preuve est totalement inexistante.

Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, puisque la preuve ne donnait pas ouverture d'une façon réaliste à ce moyen de défense. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelante: George Thomson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Phillips & Wright, Yellowknife.*

**Ernest Richard Greyeyes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GREYEVES

File No.: 25501.

1997: April 29; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Aiding or abetting — Trafficking and possession of illegal drugs — Accused assisting undercover officer to purchase drugs — Whether or not person assisting purchase of illegal drugs aiding or abetting trafficker — Whether or not entitled to benefit from exception to trafficking accorded purchasers — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(1).*

The accused assisted an undercover police officer both to find a source of cocaine and to buy a quantity of it. The officer paid him for his help. The accused was acquitted of trafficking in cocaine but the Court of Appeal overturned the acquittal and entered a conviction. At issue is whether someone either acting as an agent for a purchaser of narcotics or assisting a purchaser to buy narcotics can be found to be a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Criminal Code* by aiding or abetting in the sale of narcotics.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.: Parliament specifically excluded purchasers from the offence of trafficking and intended to extend that immunity to persons solely assisting the purchase. To find otherwise would lead to a broad scope of liability which is unwarranted. Convictions for trafficking would occur in situations that were never intended to come within that definition. Given the seriousness of the offence of trafficking, the resulting social stigma and the tendency toward high sentences for these offences, an approach which encourages convictions in cases where the assistance rendered is solely to the

**Ernest Richard Greyeyes** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GREYEVES

N° du greffe: 25501.

1997: 29 avril; 1997: 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Aider ou encourager — Trafic et possession de drogue illégale — Accusé aidant un agent d'infiltration à acheter de la drogue — La personne qui aide à l'achat de drogue illégale aide-t-elle ou encourage-t-elle le trafiquant? — A-t-elle le droit de bénéficier de l'exception relative au trafic qui s'applique aux acheteurs? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1).*

L'accusé a aidé un agent d'infiltration à trouver une source d'approvisionnement en cocaïne et à acheter une certaine quantité de cette drogue. L'agent l'a payé pour son aide. L'accusé a été acquitté de l'accusation de trafic de cocaïne, mais la Cour d'appel a annulé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. Il s'agit de savoir s'il est possible de conclure que la personne qui agit à titre de mandataire d'un acheteur de stupéfiants, ou qui aide un acheteur à acquérir des stupéfiants, participe à l'infraction de trafic au sens du par. 21(1) du *Code criminel*, en aidant ou en encourageant à vendre des stupéfiants.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier: Le Parlement a exclu expressément les acheteurs de l'infraction de trafic et a voulu accorder cette immunité aux personnes qui aident seulement à acheter. Conclure autrement mènerait à une responsabilité dont l'ampleur est injustifiée. Des déclarations de culpabilité de trafic seraient prononcées dans des situations qui n'ont jamais été destinées à relever de cette définition. Étant donné la gravité de l'infraction de trafic, les stigmates sociaux qui s'ensuivent et la tendance à imposer des peines très sévères pour ces infractions, il n'y a pas lieu d'approuver une approche qui encourage à pronon-

purchaser should not be sanctioned. These persons should be treated as purchasers, and not as traffickers. The proper charge in these circumstances would be aiding or abetting the possession of a narcotic, and not trafficking.

This approach accords with the general notion that the "punishment" should be in accord with the crime. It also benefits from a certain symmetry for someone who has assisted much more in the purchase of the narcotic than the sale. The concern that agents could escape culpability entirely if the purchasers' exception were to apply to them is not ignored by this approach for those assisting a purchaser could well face a conviction for aiding or abetting possession of a narcotic where the facts warrant. Here, the accused did far more than act as a purchaser. The facts demonstrate a concerted effort on the accused's part to effect the transfer of narcotics. As a result the accused clearly aided the traffic of narcotics.

Complete agreement was expressed with the approach taken by Cory J. as regards the required intention to commit such an offence under s. 21(1)(b), and whether it was established here.

*Per Cory, McLachlin and Major JJ.:* To aid under s. 21(1)(b) of the *Code* means to assist or help the actor while to abet under s. 21(1)(c) includes encouraging, instigating, promoting or procuring the crime to be committed.

The definition of trafficking in s. 2 of the *Narcotic Control Act* includes the manufacture, sale, transportation, delivery and distribution, but not the purchase, of a narcotic: a purchaser does not come within the definition of trafficking and cannot be found guilty of aiding or abetting the offence of trafficking on the basis of the purchase alone. Parliament has created other offences, simple possession (s. 3(1)) and possession for the purpose of trafficking (s. 4(2)), under which a purchaser may be charged as a result of the purchase.

Someone who acts on behalf of a purchaser of narcotics can be found to be a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Code*. Such a person assists in the commission of the offence by bringing the purchaser to the seller. Without that assistance, the sale would never occur. Nothing in the provisions of the *Narcotic Control Act*, in any applicable principles of criminal

cer des déclarations de culpabilité dans des cas où l'aide a été accordée seulement à l'acheteur. Ces personnes devraient être traitées comme des acheteurs et non pas comme des trafiquants. L'accusation qui devrait être portée dans ces circonstances serait d'avoir aidé ou encouragé à posséder un stupéfiant, et non de s'être livré au trafic.

Ce point de vue s'accorde avec l'idée générale que la «peine» doit être en accord avec le crime commis. Il présente aussi une certaine symétrie pour la personne qui aide bien davantage à l'achat qu'à la vente du stupéfiant. Il ne fait pas abstraction de la préoccupation suivant laquelle les mandataires pourraient échapper à toute responsabilité si l'exception qui s'applique aux acheteurs devait s'appliquer à eux, car, lorsque les faits le justifient, les gens qui aident un acheteur pourraient bien être déclarés coupables d'aide ou d'encouragement à posséder un stupéfiant. En l'espèce, l'accusé a fait bien plus qu'agir comme acheteur. Les faits montrent qu'il y a eu, de sa part, un effort concerté de réaliser le transfert de stupéfiants. Par conséquent, l'accusé a clairement aidé au trafic de stupéfiants.

Il y a accord complet avec l'approche adoptée par le juge Cory en ce qui concerne l'intention requise pour commettre l'infraction définie à l'al. 21(1)(b), et la question de savoir si on en a établi l'existence en l'espèce.

*Les juges Cory, McLachlin et Major:* Aider, au sens de l'al. 21(1)(b) du *Code*, signifie assister la personne qui agit ou lui donner un coup de main, alors qu'encourager, au sens de l'al. 21(1)(c), signifie notamment inciter et instiguer à commettre un crime, ou en favoriser ou promouvoir la perpétration.

Le mot «trafic» défini à l'art. 2 de la *Loi sur les stupéfiants* s'entend notamment de la fabrication, de la vente, du transport, de la livraison et de la distribution, mais non de l'achat, d'un stupéfiant: la définition de «trafic» ne s'applique pas à l'acheteur, qui ne peut pas non plus, du seul fait de l'achat, être déclaré coupable d'avoir aidé ou encouragé à commettre l'infraction de trafic. Le Parlement a défini d'autres infractions, soit la possession simple (par. 3(1)) et la possession en vue du trafic (par. 4(2)), dont l'acheteur peut être accusé en raison de l'achat qu'il effectue.

Quelqu'un qui agit pour le compte d'un acheteur de stupéfiants peut être jugé comme ayant participé à l'infraction de trafic, au sens du par. 21(1) du *Code*. Cette personne aide à la perpétration de l'infraction en amenant l'acheteur au vendeur. Sans cette aide, la vente n'aurait jamais lieu. Il n'y a rien dans la *Loi sur les stupéfiants*, dans les principes de droit criminel applicables

law, or in reasons of policy indicates that any special status should be granted to those assisting purchasers of drugs so as to exempt them from the clear provisions of s. 21 of the *Code*.

The facts are sufficient to establish that the accused aided in the sale of narcotics within the meaning of s. 21(1)(b) of the *Code* and encouraged the sale within the meaning of s. 21(1)(c) of the *Code*. To satisfy the purpose requirement under s. 21(1)(b), the Crown is required to prove only that the accused intended the consequences that flowed from his or her aid to the principal offender, and need not show that he or she desired or approved of the consequences. To obtain a conviction under s. 21(1)(c), the Crown must prove not only that the accused encouraged the principal with his or her words or acts, but also intended to do so.

Here, the accused knew he was assisting in the illegal sale of narcotics and intended to do so. He may have been motivated solely by a desire to help the buyer, but what he intended to do was to facilitate the sale of narcotics, and this is a culpable intention. Since the accused actually encouraged and assisted in the illegal sale of narcotics, and since he had the intention of doing so, he was guilty of trafficking as a party pursuant to s. 21(1)(b) and (c) of the *Code*.

The Court of Appeal was within its jurisdiction to interfere with the trial judge's findings since only the legal conclusion to be drawn from the undisputed facts was in dispute. It correctly entered conviction rather than ordering a new trial. Only the trial judge's error of law prevented him from entering a conviction.

It was not necessary to consider whether the accused was also guilty of trafficking as a principal.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Eccleston* (1975), 24 C.C.C. (2d) 564; *R. v. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90; *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54; *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715.

By Cory J.

**Considered:** *R. v. Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497; *Postras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649; *R. v.*

ou dans des motifs de politique générale qui indique qu'un statut spécial devrait être accordé aux personnes qui aident des acheteurs de drogue, de manière à les soustraire à l'application des dispositions claires de l'art. 21 du *Code*.

Les faits suffisent à établir que l'accusé a aidé à la vente de stupéfiants, au sens de l'al. 21(1)b) du *Code*, et qu'il a encouragé cette vente, au sens de l'al. 21(1)c) du *Code*. Pour satisfaire à l'exigence de dessein de l'al. 21(1)b), le ministère public doit seulement prouver que l'accusé a voulu les conséquences qui ont découlé de son aide à l'auteur principal de l'infraction, et non pas qu'il les a désirées ou approuvées. Pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 21(1)c), le ministère public doit prouver non seulement que l'accusé a encouragé l'auteur de l'infraction par ses paroles ou ses actes, mais aussi qu'il avait l'intention de le faire.

En l'espèce, l'accusé savait qu'il aidait à vendre illégalement des stupéfiants, et il avait l'intention de le faire. Il peut avoir été motivé seulement par le désir d'aider l'acheteur, mais ce qu'il a eu l'intention de faire c'est de faciliter la vente de stupéfiants, et cela constitue une intention coupable. Étant donné que l'accusé a véritablement encouragé la vente illégale de stupéfiants et a aidé à la réaliser et étant donné qu'il avait l'intention de le faire, il était coupable de trafic en tant que participant au sens des al. 21(1)b) et c) du *Code*.

La Cour d'appel avait compétence pour modifier les conclusions du juge du procès, étant donné que ce n'est que la conclusion juridique qui devait être tirée des faits incontestés qui était en cause. Elle a eu raison d'inscrire une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Seule l'erreur de droit commise par le juge du procès l'a empêché d'inscrire une déclaration de culpabilité.

Il n'était pas nécessaire d'examiner si l'accusé était également coupable de trafic à titre d'auteur principal.

#### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Eccleston* (1975), 24 C.C.C. (2d) 564; *R. c. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90; *R. c. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54; *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *Zanini c. The Queen*, [1967] R.C.S. 715.

Citée par le juge Cory

**Arrêts examinés:** *R. c. Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497; *Postras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649; *R. c.*

*Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; referred to: *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Curran* (1977), 38 C.C.C. (2d) 151; *R. v. Jones* (1977), 65 Cr. App. R. 250; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2  
 "traffic" (a), (b), 3(1), 4(1), (2), 8(1), (2).

#### Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1997, release 32).  
 MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf).  
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1996), 144 Sask. R. 241, 124 W.A.C. 241, 109 C.C.C. (3d) 437, 49 C.R. (4th) 333, [1996] 9 W.W.R. 337, [1996] S.J. No. 479 (QL), allowing an appeal from acquittal by Laing J. Appeal dismissed.

*Roger J. Kergoat*, for the appellant.

*Douglas G. Curliss* and *Robert J. Frater*, for the respondent.

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

<sup>1</sup> L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory. While I agree with much of his analysis as well as the conclusion he reaches, I have difficulty with one aspect of his reasons. Specifically, I believe that his interpretation of s. 21 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the manner in which it applies to the offence of drug trafficking

*Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; arrêts mentionnés: *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Curran* (1977), 38 C.C.C. (2d) 151; *R. c. Jones* (1977), 65 Cr. App. R. 250; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2  
 «faire le trafic», 3(1), 4(1), (2), 8(1), (2).

#### Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.  
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 1, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1997, release 32).  
 MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf).  
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1996), 144 Sask. R. 241, 124 W.A.C. 241, 109 C.C.C. (3d) 437, 49 C.R. (4th) 333, [1996] 9 W.W.R. 337, [1996] S.J. No. 479 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Laing. Pourvoi rejeté.

*Roger J. Kergoat*, pour l'appelant.

*Douglas G. Curliss* et *Robert J. Frater*, pour l'intimée.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory. Bien que je sois d'accord avec une grande partie de son analyse et avec la conclusion à laquelle il en arrive, j'éprouve des difficultés sur un aspect de ses motifs. Plus précisément, je crois que son interprétation de l'art. 21 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et la façon dont cet article s'ap-

under s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, leads to a broad scope of liability which is unwarranted.

The thrust of my colleague's reasons (at para. 32) is that "one who assists a purchaser to buy narcotics . . . come[s] within the definition of "aiding" or "abetting" under s. 21(1) of the *Code*". By assisting the purchaser, this person makes the sale of narcotics possible, and thus is a party to the offence of trafficking. My colleague recognizes, however, that a purchaser, through the act of buying alone, cannot be convicted of trafficking, but feels that any act of the person offering assistance to the purchaser, no matter how trivial, can lead (assuming the requisite knowledge and intent are also present) to a finding of guilt for this offence.

This reasoning is based, in part, upon the idea that Parliament has specifically excluded purchasers from the offence of trafficking yet never intended to extend that immunity to persons assisting the purchase. I do not share my colleague's view of Parliament's intent in this regard. Moreover, I am deeply concerned that the adoption of his approach would lead to convictions for trafficking in situations that were never intended to come within that definition.

Merely as an example of the breadth of my colleague's approach, I offer the following scenario. Ms. A wishes to buy drugs and warns her boyfriend, Mr. B, that she will walk over, through a dangerous neighbourhood, unless he drives her there. He agrees, and upon arrival, she enters and makes the purchase alone. Despite his minimal participation, Mr. B. has assisted the sale because he has conveyed the purchaser to the designated sale location. As a result, while Ms. A, as a purchaser, will receive the lesser possession conviction, Mr. B. will be guilty of trafficking.

In my view, such a result is unacceptable. In this regard, while I express no opinion about the partic-

plique à l'infraction de trafic de stupéfiant, définie au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, mènent à une responsabilité dont l'ampleur est injustifiée.

Dans ses motifs (au par. 32), mon collègue affirme essentiellement qu'«une personne qui aide un acheteur à acquérir des stupéfiants relèv[e] [. . .] de la définition des mots «aider» ou «encourager» que l'on trouve au par. 21(1) du *Code*». En aidant l'acheteur, cette personne rend la vente de stupéfiants possible et participe donc à l'infraction de trafic. Mon collègue reconnaît, toutefois, qu'un acheteur ne peut pas être déclaré coupable de trafic du seul fait de l'achat qu'il a effectué, mais il estime que tout acte de la personne qui offre son assistance à l'acheteur, si banal soit-il, peut mener (en supposant que la connaissance et l'intention requises sont également présentes) à une déclaration de culpabilité de cette infraction.

Ce raisonnement repose en partie sur l'idée que le Parlement a exclu expressément les acheteurs de l'infraction de trafic, quoiqu'il n'ait jamais voulu accorder cette immunité aux personnes qui aident à acheter. Je ne partage pas le point de vue de mon collègue quant à l'intention du Parlement à cet égard. De plus, je crains véritablement que l'adoption de son point de vue ne mène à des déclarations de culpabilité de trafic dans des situations qui n'ont jamais été destinées à relever de cette définition.

Simplement pour illustrer la portée de l'approche de mon collègue, je propose le scénario suivant. Madame A veut acheter de la drogue et prévient son ami, monsieur B, qu'elle va se rendre à pied dans un quartier dangereux, à moins qu'il ne l'y conduise. Il accepte de l'y conduire et, à leur arrivée, elle entre et effectue l'achat seule. En dépit de sa participation minimale, monsieur B a aidé à la vente, parce qu'il a amené l'acheteuse au lieu prévu pour la vente. En conséquence, alors que madame A, à titre d'acheteuse, sera déclarée coupable de l'infraction moindre de possession, monsieur B sera coupable de trafic.

Selon moi, un tel résultat est inacceptable. À cet égard, bien que je n'exprime aucune opinion au

ular situation to which he was referring, I agree with the general sentiment expressed by Seaton J.A. in *R. v. Eccleston* (1975), 24 C.C.C. (2d) 564 (B.C.C.A.), at p. 568, who observed that extending “the definition of trafficking so as to encompass conduct that right-minded people would say is not trafficking is damaging and to be avoided”; see also Bruce A. MacFarlane, Robert J. Frater and Chantal Proulx, *Drug Offences in Canada* (3rd ed. 1996 (loose-leaf)), at p. 5-22; *R. v. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90 (Que. C.A.), *per* Monet J.A.

6 It should not be forgotten that the offence of trafficking is taken extremely seriously by both the courts and the public and a conviction brings along with it a great deal of social stigma. It goes without saying that someone branded as a “trafficker” is held in extremely low regard by the public. Additionally, sentencing for these offences tends to be quite high. I am reluctant to sanction an approach which encourages convictions in cases where the assistance rendered is solely to the purchaser.

7 Moreover, I am of the view that in such a case, a charge of trafficking would actually be the incorrect legal result. As my colleague points out at para. 29:

... Martin J.A. [in *R. v. Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.)] then went on to consider this Court's decision in *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649. The reasons in that case persuaded him that a purchaser should not, by reason of the purchase alone, be found to be a party to the offence of trafficking. ... I agree with that conclusion.

Certainly there can be no doubt that someone who purchases a narcotic must assist the vendor in completing the sale. Without a purchaser, there could be no sale of the narcotic. However, Parliament has chosen to address the culpability of purchasers in a different fashion. As soon as someone obtains possession of a narcotic, he or she may be charged with possession or possession for the purpose of trafficking. Yet it is clear that that person does not come within the definition of trafficking. Nor can he or she be found guilty of aiding or

sujet de la situation particulière à laquelle il se référerait, je partage généralement le sentiment exprimé par le juge Seaton dans l'arrêt *R. c. Eccleston* (1975), 24 C.C.C. (2d) 564 (C.A.C.-B.), à la p. 568, où il a fait observer qu'élargir [TRANSDUCTION] «la définition de trafic de manière à ce qu'elle comprenne une conduite que des gens sensés ne qualifieraient pas de trafic est préjudiciable et devrait être évité»; voir aussi Bruce A. MacFarlane, Robert J. Frater et Chantal Proulx, *Drug Offences in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1996 (feuilles mobiles)), à la p. 5-22; *R. c. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90 (C.A. Qué.), le juge Monet.

Il ne faudrait pas oublier que l'infraction de trafic est prise très au sérieux tant par les tribunaux que par le public, et qu'une telle déclaration de culpabilité entraîne un grave stigmata social. Il va sans dire que le mépris public pour un individu étiqueté comme «trafiquant» est très grand. De plus, les peines imposées pour ces infractions tendent à être très sévères. J'hésite à approuver une approche qui encourage à prononcer des déclarations de culpabilité dans des cas où l'aide a été accordée seulement à l'acheteur.

En outre, je suis d'avis qu'en pareil cas une accusation de trafic serait, en fait, incorrecte sur le plan juridique. Comme mon collègue le souligne au par. 29:

... le juge Martin [dans *R. c. Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.)] a ensuite examiné l'arrêt de notre Cour *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649. Les motifs de cet arrêt l'ont convaincu qu'un acheteur ne devrait pas, du seul fait de l'achat qu'il a effectué, être considéré comme ayant participé à l'infraction de trafic. [...] Je suis d'accord avec cette conclusion.

Il ne fait sûrement aucun doute que la personne qui achète un stupéfiant doit aider le vendeur à réaliser la vente. Sans l'acheteur, il ne saurait y avoir de vente du stupéfiant. Cependant, le Parlement a choisi d'aborder la question de la culpabilité des acheteurs d'une façon différente. Dès qu'une personne entre en possession d'un stupéfiant, elle peut être accusée de possession ou de possession en vue du trafic. Pourtant, il est clair que la définition de «trafic» ne s'applique pas à elle. Elle ne peut pas non plus, du seul fait de l'achat, être déclarée

abetting the offence of trafficking on the basis of the purchase alone. Parliament has created other offences under which a purchaser may be charged as a result of the purchase. [Emphasis added.]

In my view, this excerpt clearly demonstrates the important distinction between vendor and purchaser. I agree that despite his or her crucial assistance in helping to complete the sale of narcotics, the purchaser cannot by this action alone be found guilty of the offence of aiding or abetting the offence of trafficking. Frankly, I see no reason why this reasoning should not be extended to third parties as well. In situations where the facts reveal no more than incidental assistance of the sale through rendering aid to the purchaser, it stands to reason that these persons should be treated as purchasers, and not as traffickers. The proper charge in these circumstances would be aiding or abetting the possession of a narcotic, and not trafficking.

The offence of aiding or abetting possession of a narcotic is a permissible legal result and has occurred on many occasions: see for example, *R. v. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54 (B.C.C.A.), at p. 87; *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (Ont. C.A.); *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715.

In my view, this approach also offers a number of advantages. First, I believe it accords with the general notion that the "punishment" should be in accord with the crime: Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 28. A trafficking conviction, in the circumstances indicated above, is quite harsh, carries with it considerable stigma and has negative consequences for the repute of justice. In this regard, it is also worth noting that the sentencing structure for these offences is rather disparate. A trafficking conviction is punishable by up to life imprisonment, while a possession conviction carries a maximum seven-year sentence.

coupable d'avoir aidé ou encouragé à commettre l'infraction de trafic. Le Parlement a défini d'autres infractions dont l'acheteur peut être accusé en raison de l'achat qu'il effectue. [Je souligne.]

Selon moi, cet extrait montre clairement l'importante distinction entre vendeur et acheteur. Je suis d'accord que, malgré l'assistance cruciale qu'il apporte pour aider à conclure la vente de stupéfiants, l'acheteur ne peut pas, de ce seul fait, être déclaré coupable de l'infraction d'aide ou d'encouragement à commettre l'infraction de trafic. Franchement, je ne vois pas pourquoi ce raisonnement ne pourrait pas être également appliqué aux tiers. Dans les situations où il ressort des faits que l'aide fournie à l'acheteur n'a été rien de plus qu'une aide accessoire à la vente, le bon sens exige que ces personnes soient traitées comme des acheteurs et non comme des trafiquants. L'accusation qui devrait être portée dans ces circonstances serait d'avoir aidé ou encouragé la possession d'un stupéfiant, et non de s'être livré au trafic.

L'infraction d'aide ou d'encouragement à la possession de stupéfiant est un résultat juridique acceptable, auquel on en est arrivé à maintes reprises: voir, par exemple, *R. c. Miller* (1984), 12 C.C.C. (3d) 54 (C.A.C.-B.), à la p. 87; *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (C.A. Ont.); *Zanini c. The Queen*, [1967] R.C.S. 715.

Selon moi, ce point de vue présente aussi de nombreux avantages. Premièrement, je crois qu'il s'accorde avec l'idée générale que la «peine» doit être en accord avec le crime commis: Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 28. Une déclaration de culpabilité de trafic, dans les circonstances décrites ci-dessus, est extrêmement dure, comporte énormément de stigmates et a des conséquences négatives sur la considération dont jouit la justice. À cet égard, il mérite également d'être noté que la structure de détermination de la peine relativement à ces infractions est plutôt disparate. Une déclaration de culpabilité de trafic est punissable d'une peine pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité, alors qu'une déclaration de culpabilité de possession est assortie d'une peine maximale de sept ans.

8

9

10

- 11 Perhaps more importantly, I believe this approach benefits from a certain symmetry. It is clear that someone whose acts are designed to aid a purchaser, yet incidentally benefit the seller, has assisted much more in the purchase of the narcotic than in the sale. As such, it is only fitting that this person share the culpability and stigma of the purchaser rather than that of the vendor.
- 12 Moreover, it addresses the concern set out at para. 32 by Cory J. that “[i]f the same exception which applies to purchasers were extended to agents for the purchaser, then the agents could escape culpability entirely”. In my view, this is a valid concern which is certainly not ignored by this approach; where the facts warrant it, agents or people assisting a purchaser could well face a conviction for aiding or abetting possession of a narcotic.
- 13 In the case at bar, however, I have no difficulty concluding that the appellant did far more than act as a purchaser. My colleague has described the nature of the appellant’s participation in the sale in detail, and these facts demonstrate a concerted effort on his part to effect the transfer of narcotics. The appellant located the seller, brought the buyer to the site and introduced the parties. It is clear that without this assistance, the purchase would never have taken place. Moreover, he acted as a spokesperson, negotiated the price of the drugs, and passed the money over to the seller. He also accepted money for having facilitated the deal. As my colleague points out, without the appellant’s assistance, the buyer would never have been able to enter the apartment building and contact the seller. These are not the acts of a mere purchaser, and as a result it is clear that the appellant aided the traffic of narcotics.
- 14 With respect to the required intention to commit such an offence under s. 21(1)(b) of the *Code*, and whether it was established in this case, I am in complete agreement with the approach taken by my colleague.
- Ce qui est peut-être encore plus important, je crois que cette approche présente une certaine symétrie. Il est clair qu’une personne dont les actes visent à aider un acheteur, bien qu’ils bénéficient accessoirement au vendeur, aide bien davantage à l’achat qu’à la vente du stupéfiant. Par conséquent, il n’est que juste que cette personne partage la culpabilité et l’opprobre de l’acheteur plutôt que ceux du vendeur.
- De plus, elle permet d’écartier la préoccupation exprimée par le juge Cory suivant laquelle «[s]i l’exception qui s’applique aux acheteurs était également appliquée aux mandataires de l’acheteur, ceux-ci pourraient alors échapper à toute responsabilité» au par. 32. Selon moi, il s’agit d’une préoccupation valable dont ne fait sûrement pas abstraction cette approche; lorsque les faits le justifient, les mandataires ou personnes qui aident un acheteur pourraient bien être déclarés coupables d’aide ou d’encouragement à la possession de stupéfiant.
- En l’espèce, toutefois, je n’ai aucune difficulté à conclure que l’appellant a fait bien plus qu’agir comme acheteur. Mon collègue décrit en détail la nature de la participation de l’appellant à la vente et ces faits montrent qu’il y a eu, de la part de l’appellant, un effort concerté de réaliser le transfert de stupéfiants. L’appellant a trouvé le vendeur, amené l’acheteur sur les lieux et présenté les parties l’une à l’autre. Il est clair que, sans son aide, l’achat n’aurait jamais eu lieu. En outre, il a agi comme porte-parole, négocié le prix de la drogue et transmis l’argent au vendeur. Il a aussi accepté de l’argent pour avoir facilité la conclusion du marché. Comme mon collègue le fait remarquer, sans l’aide de l’appellant, l’acheteur n’aurait jamais été capable d’entrer dans l’immeuble d’appartements et de communiquer avec le vendeur. Ces actes ne sont pas ceux d’un simple acheteur et, par conséquent, il est clair que l’appellant a aidé au trafic de stupéfiants.
- En ce qui concerne l’intention requise pour commettre l’infraction définie à l’al. 21(1)b) du *Code*, et la question de savoir si on en a établi l’existence en l’espèce, je suis entièrement d’accord avec l’approche adoptée par mon collègue.

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

The reasons of Cory, McLachlin and Major JJ. were delivered by

CORY J. — A purchaser of narcotics can be found guilty of possession of drugs or possession of drugs for the purposes of trafficking. As a result of this exposure to criminal prosecution for these offences it has been determined that a purchaser of drugs cannot be convicted of aiding or abetting a vendor of drugs. Courts have differed as to the culpability of one who assists the purchaser. In some cases it has been held that, since the purchaser could not be found guilty of aiding and abetting, someone assisting the purchaser must also be found not guilty. Other decisions appear to come to a different conclusion. The question which must be addressed on this appeal is whether a person who aids or abets a purchaser of drugs should be found guilty as a party to the illegal drug transaction.

#### Factual Background

In August of 1994, Constable Morgan, an undercover RCMP officer, bought five “joints” of marijuana from the appellant, Ernest Richard Greyeyes. The following day, Morgan asked the appellant if he knew where he could get some cocaine. The appellant stated that he knew a source, and if Morgan would drive him, he would attempt to get some. The appellant directed Morgan to an apartment building. Greyeyes went inside alone and returned to say that the people he was hoping to talk to were out but would be back later that evening.

Morgan and the appellant returned to the apartment building that evening and entered together. Greyeyes identified himself over the intercom and they both went up to the apartment door. Greyeyes again identified himself. A voice from inside asked what they wanted. The appellant said “cocaine”. The voice asked how much, and the appellant

Je suis d’avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs des juges Cory, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE CORY — L’acheteur de stupéfiants peut être déclaré coupable de possession de drogue ou de possession de drogue en vue d’en faire le trafic. Du fait que ces contrevenants sont exposés à des poursuites criminelles, il a été décidé que l’acheteur de drogue ne peut pas être déclaré coupable d’avoir aidé ou encouragé un vendeur de drogue. Les tribunaux ont divergé d’avis quant à la culpabilité de la personne qui assiste l’acheteur. Dans certains cas, il a été statué que, puisque l’acheteur ne pouvait pas être déclaré coupable d’aide et d’encouragement, la personne qui avait assisté l’acheteur devait, elle aussi, être déclarée non coupable. Dans d’autres cas, on semble en être arrivé à une conclusion différente. La question qu’il faut trancher dans le présent pourvoi est de savoir si une personne qui aide ou encourage un acheteur de drogue devrait être déclarée coupable à titre de participante à une opération illégale en matière de drogue.

#### Les faits

En août 1994, l’agent d’infiltration Morgan, de la GRC, a acheté cinq «joints» de marijuana à l’appelant, Ernest Richard Greyeyes. Le lendemain, Morgan a demandé à l’appelant s’il savait où il pourrait se procurer de la cocaïne. L’appelant a répondu par l’affirmative et que, si Morgan le conduisait en voiture, il tenterait de lui en obtenir. L’appelant a dirigé Morgan vers un immeuble d’appartements. Greyeyes y est entré seul et est revenu pour dire que les gens à qui il espérait parler étaient sortis, mais qu’ils seraient de retour plus tard ce soir-là.

Morgan et l’appelant sont retournés à l’immeuble d’appartements le même soir et sont entrés ensemble. Greyeyes s’est identifié par l’interphone et les deux sont montés jusqu’à la porte de l’appartement. Greyeyes s’est à nouveau identifié. Une voix à l’intérieur leur a demandé ce qu’ils voulaient. L’appelant a dit «de la cocaïne». La voix a

15

16

17

18

looked at Morgan, who indicated “one”. The appellant replied “one”. Morgan asked the appellant how much it would cost, and the appellant told him it would be \$40. At this point the people in the apartment encountered difficulty opening the door and after a few minutes the person inside said to slide the money under the door, which the appellant did. Immediately a small pink flap containing two-tenths of a gram of cocaine was passed back under the door. The appellant picked it up, handed it to Morgan and then started walking towards the exit. When they left the building, Morgan drove the appellant home and gave him \$10 for helping him obtain the cocaine.

### Relevant Statutory Provisions

<sup>19</sup> *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1:

2. In this Act,

“traffic” means

(a) to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute, or

(b) to offer to do anything referred to in paragraph (a)

otherwise than under the authority of this Act or the regulations.

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

8. (1) In any prosecution for a contravention of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the

demandé combien, et l’appelant a regardé Morgan, qui a indiqué «un». L’appelant a répondu «un». Morgan a demandé à l’appelant combien cela coûterait, et l’appelant l’a informé que ce serait 40 \$. À ce moment, les gens dans l’appartement ont eu de la difficulté à ouvrir la porte et, après quelques minutes, la personne à l’intérieur leur a demandé de glisser l’argent sous la porte, ce que l’appelant a fait. Immédiatement, un petit pli rose contenant deux dixièmes de gramme de cocaïne a été glissé à l’extérieur sous la porte. L’appelant l’a ramassé, l’a remis à Morgan et s’est mis à marcher vers la sortie. Après avoir quitté l’immeuble, Morgan a conduit l’appelant chez lui et lui a donné 10 \$ pour l’avoir aidé à obtenir la cocaïne.

### Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1:

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

«faire le trafic» Le fait de fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer un stupéfiant — ou encore de proposer l’une de ces opérations — en dehors du cadre prévu par la présente loi et ses règlements.

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession.

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

(2) La possession de stupéfiant en vue d’en faire le trafic est interdite.

8. (1) Dans les poursuites pour infraction au paragraphe 4(2) où l’accusé plaide non coupable, le procès

trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3.

(2) After the close of the case for the prosecution pursuant to subsection (1) and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused contravened subsection 3(1) and, if the court finds that the accused did not contravene subsection 3(1), the accused shall be acquitted but, if the court finds that the accused contravened subsection 3(1), the accused shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking and, thereafter, the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish the contrary.

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

21. (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it;
  - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
  - (c) abets any person in committing it.

#### Decisions Below

The appellant was charged with trafficking in marijuana and in cocaine and, as a result of these charges, with two counts of violating his probation.

#### *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

At trial, the appellant was convicted of the charge of trafficking in marijuana and for breaching his probation with respect to that offence, but acquitted of trafficking in cocaine and the breach of probation associated with that charge.

Laing J. first considered whether the appellant was guilty as a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Code*. He concluded that he was not, based on his finding that the appellant was solely an agent for the purchaser. It was his opinion that in order to aid or abet the sale of drugs, a person must be found to have assisted the person selling the drugs. He stated that "[i]t is not obvious on this evidence that the accused did anything to assist the seller in making a sale, beyond

se déroule comme s'il s'agissait d'une poursuite pour infraction à l'article 3.

(2) Après que le poursuivant a terminé son exposé et que l'accusé a eu l'occasion de présenter une réplique et une défense complètes, le tribunal détermine si l'accusé était ou non en possession de stupéfiant. Dans la négative, il acquitte l'accusé; dans l'affirmative, il donne l'occasion, d'abord à l'accusé de démontrer que son intention n'était pas de faire le trafic de stupéfiant, ensuite au poursuivant de faire la preuve contraire.

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

21. (1) Participant à une infraction:
- a) quiconque la commet réellement;
  - b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
  - c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

#### Juridictions inférieures

L'appellant a été accusé de trafic de marijuana et de cocaïne et, en raison de ces deux accusations, il a fait l'objet de deux chefs de violation des conditions de sa probation.

#### *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

À son procès, l'appellant a été déclaré coupable de trafic de marijuana et de violation des conditions de sa probation relativement à cette infraction, mais il a été acquitté concernant l'accusation de trafic de cocaïne et la violation des conditions de sa probation liée à cette accusation.

Le juge Laing s'est d'abord demandé si l'appellant était coupable à titre de participant à l'infraction de trafic, au sens du par. 21(1) du *Code*. Il a conclu qu'il ne l'était pas, compte tenu de sa conclusion que l'appellant n'était qu'un mandataire de l'acheteur. Il était d'avis que, pour qu'une personne ait aidé ou encouragé à vendre de la drogue, il faut conclure qu'elle a assisté le vendeur de drogue. Il a affirmé qu'[TRADUCTION] [i]l n'est pas évident, d'après cette preuve, que l'accusé a fait

20

21

22

acting as a spokesperson for the purchaser. . . . What the accused did do in this circumstance was, as I see it, act as a spokesperson for the purchaser.”

23

He then turned to the charge of trafficking in narcotics as a principal, which requires that an accused manufacture, sell, give, administer, transfer, send, deliver or distribute narcotics. Laing J. observed that the only possible way the appellant could be found guilty of trafficking in cocaine was if he were found to have delivered the drug. However, he concluded that the appellant did not have sufficient control over the drug to constitute possession in law, and if he did not have possession of the drug then he could not have delivered the drug.

*Saskatchewan Court of Appeal* (1996), 144 Sask. R. 241

24

The majority of the Court of Appeal convicted the appellant of trafficking in cocaine. Wakeling J.A. found the appellant guilty of trafficking as a principal and as a party, while Bayda C.J. concluded that he was guilty of trafficking only as a party. Vancise J.A. dissented, concluding that the appellant should be acquitted.

### Analysis

25

Can someone either acting as an agent for a purchaser of narcotics or assisting a purchaser to buy narcotics be found to be a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Code*, by aiding or abetting in the sale of narcotics? In my view, the response to the question must be that such a person can indeed be found to be a party to the offence.

### *Aiding and Abetting*

26

The terms “aiding” and “abetting” are often used together in the context of determining whether persons are parties to an offence. Although the meanings of these terms are similar,

quoi que ce soit pour aider le vendeur à réaliser une vente, sauf agir comme porte-parole de l’acheteur. [. . .] Ce que l’accusé a fait dans les circonstances, selon moi, c’est agir comme porte-parole de l’acheteur.»

Le juge a ensuite examiné l’accusation de trafic de stupéfiants portée contre quelqu’un à titre d’auteur principal de cette infraction, qui exige que la personne en cause ait fabriqué, vendu, donné, administré, transporté, expédié, livré ou distribué des stupéfiants. Le juge Laing a fait observer que le seul moyen possible de déclarer l’appelant coupable de trafic de cocaïne serait de conclure qu’il a livré la drogue. Cependant, il a décidé que l’appelant n’avait pas exercé un contrôle suffisant sur la drogue pour qu’il y ait possession en droit et que, s’il n’avait pas eu la drogue en sa possession, il ne pouvait pas l’avoir livrée.

*Cour d’appel de la Saskatchewan* (1996), 144 Sask. R. 241

La Cour d’appel, à la majorité, a déclaré l’appelant coupable de trafic de cocaïne. Le juge Wakeling a déclaré l’appelant coupable de trafic à titre d’auteur principal de l’infraction et à titre de participant, alors que le juge en chef Bayda a conclu qu’il n’était coupable de trafic qu’à titre de participant. Le juge Vancise, dissident, a conclu qu’il y avait lieu d’acquitter l’appelant.

### Analyse

Peut-on conclure que la personne qui agit à titre de mandataire d’un acheteur de stupéfiants, ou qui aide un acheteur à acquérir des stupéfiants, participe à l’infraction de trafic au sens du par. 21(1) du *Code*, en aidant ou en encourageant à vendre des stupéfiants? À mon avis, il faut répondre qu’il est effectivement possible de conclure que cette personne a participé à l’infraction.

### *Aider et encourager*

Les termes «aider» et «encourager» sont souvent utilisés ensemble pour déterminer si des personnes ont participé à une infraction. Bien que leur sens soit semblable, ce sont des concepts distincts: *R. c.*

they are separate concepts: *R. v. Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), at pp. 503-4. To aid under s. 21(1)(b) means to assist or help the actor: *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 272; E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987 (loose-leaf)), at p. 15-7, para. 15:2020 (release May 1997). To abet within the meaning of s. 21(1)(c) includes encouraging, instigating, promoting or procuring the crime to be committed: *Mewett & Manning on Criminal Law, supra*, at p. 272; *Criminal Pleadings & Practice in Canada, supra*, at p. 15-11, para. 15:3010 (release December 1996).

#### *Liability of an Agent for the Purchaser*

The appellant claims that he cannot be a party to the offence of trafficking since he was acting exclusively on behalf of the purchaser of the drugs and not the seller. He contends that since a purchaser of a narcotic cannot be convicted of aiding and abetting the seller's offence of trafficking, then someone who extends assistance only to the purchaser should not be found to be a party either.

In *Meston, supra*, the Ontario Court of Appeal considered whether a purchaser of drugs aids or abets the seller. In that case the charge of trafficking arose from the sale of approximately three-quarters of a pound of marijuana. Martin J.A. for the Court accepted that, on principle, the conduct of a purchaser who encourages the sale of a substance which he knows it is illegal for the vendor to sell falls within the ordinary meaning of the word "abets" used in s. 21(1)(c) of the *Code*. Thus, a purchaser should be a party to the offence of selling.

However, Martin J.A. then went on to consider this Court's decision in *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649. The reasons in that case persuaded him that a purchaser should not, by reason of the purchase alone, be found to be a party to the offence of trafficking. Martin J.A. referred at p. 507 to the following passage from the dissenting

*Meston* (1975), 28 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.), aux pp. 503 et 504. Aider, au sens de l'al. 21(1)(b), signifie assister la personne qui agit ou lui donner un coup de main: *Mewett & Manning on Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 272; E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1987 (feuilles mobiles)), à la p. 15-7, par. 15:2020 (publié en mai 1997). Encourager, au sens de l'al. 21(1)(c), signifie notamment inciter et instiguer à commettre un crime, ou en favoriser ou provoquer la perpétration: *Mewett & Manning on Criminal Law, op. cit.*, à la p. 272; *Criminal Pleadings & Practice in Canada, op. cit.*, à la p. 15-11, par. 15:3010 (publié en décembre 1996).

#### *Responsabilité du mandataire d'un acheteur*

L'appelant allègue qu'il ne peut pas avoir participé à l'infraction de trafic étant donné qu'il agissait exclusivement pour le compte de l'acheteur de la drogue, et non pour le compte du vendeur. Il affirme que, puisque l'on ne peut pas déclarer l'acheteur d'un stupéfiant coupable d'avoir aidé et encouragé le vendeur à perpétrer l'infraction de trafic, on ne devrait pas non plus conclure que la personne qui n'assiste que l'acheteur participe à l'infraction.

Dans l'arrêt *Meston*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario s'est demandé si un acheteur de drogue aide ou encourage le vendeur. Dans cette affaire, l'accusation de trafic résultait de la vente d'environ trois quarts de livre de marijuana. Le juge Martin a convenu, au nom de la cour, qu'en principe la conduite d'un acheteur qui encourage la vente d'une substance qu'il sait qu'il est illégal pour le vendeur de vendre relève du sens ordinaire du mot «encourage» utilisé au par. 21(1)(c) du *Code*. Par conséquent, l'acheteur devrait être participant à l'infraction de vente.

Cependant, le juge Martin a ensuite examiné l'arrêt de notre Cour *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649. Les motifs de cet arrêt l'ont convaincu qu'un acheteur ne devrait pas, du seul fait de l'achat qu'il a effectué, être considéré comme ayant participé à l'infraction de trafic. À la page 507, le juge Martin renvoie au passage suivant des

27

28

29

reasons of Laskin J. (as he then was) at p. 655 of *Poitras*:

... since possession of a narcotic is an offence, and there is an onus on an accused who pleads not guilty to a charge under s. 4(2) to establish that his possession was not for the purpose of trafficking (see s. 8 of the Act), it would, in my opinion, be incongruous to turn a mere purchaser into a trafficker by using s. 21 of the *Criminal Code* to supply the want of definition.

He went on to conclude that it is implicit from the reasons of Dickson J. (as he then was) for the majority in *Poitras* that he too accepted the proposition that the purchaser of a narcotic does not by that act alone engage in trafficking. I agree with that conclusion.

30

The provisions of the *Narcotic Control Act* which deal with the possession of a narcotic support the contention that a purchaser is in a unique situation and should not be found to be a party to the offence of trafficking simply by reason of the purchase. The definition of trafficking in s. 2 of the Act includes the manufacture, sale, transportation, delivery and distribution, but not the purchase, of a narcotic. However, s. 3(1) of the Act makes it an offence to possess a narcotic. Further, although the reverse onus provision has been found to infringe s. 11(d) of the *Charter* (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), it is of historical interest as to the intent of Parliament in that s. 8(2) did go so far as to provide that an accused found to be in possession of a narcotic bears the onus of establishing that he or she did not have the drugs for the purpose of trafficking. Parliament has established a clear legislative scheme which addresses the culpability of those involved in the purchase of narcotics. As Martin J.A. concluded at p. 507 of *Meston*, *supra*:

If the purchaser who has encouraged the sale of a narcotic drug to himself cannot be convicted of trafficking, it must be because the *Narcotic Control Act* manifests a legislative intention that a mere purchaser does not incur

motifs de dissidence du juge Laskin (plus tard Juge en chef), tiré de la p. 655 de l'arrêt *Poitras*:

... vu que la possession d'un stupéfiant est une infraction, et qu'il incombe à l'accusé qui nie sa culpabilité à une accusation portée en vertu de l'art. 4, par. 2, d'établir qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic (voir l'art. 8 de la Loi), il y aurait, à mon avis, incongruité à transformer un simple acheteur en un trafiquant en ayant recours à l'art. 21 du *Code criminel* pour suppléer au manque de définition.

Il a ensuite conclu qu'il ressortait implicitement des motifs que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) avait rédigés au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Poitras*, que lui aussi acceptait que la personne qui achète un stupéfiant n'en fait pas, pour autant, le trafic. Je suis d'accord avec cette conclusion.

Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* qui ont trait à la possession d'un stupéfiant permettant de prétendre que l'acheteur est dans une situation exceptionnelle et ne devrait pas être considéré comme ayant participé à l'infraction de trafic simplement en raison de l'achat qu'il a fait. Le mot «trafic» défini à l'art. 2 de la Loi s'entend notamment de la fabrication, de la vente, du transport, de la livraison et de la distribution, mais non de l'achat, d'un stupéfiant. Cependant, le par. 3(1) de la Loi prévoit que la possession d'un stupéfiant constitue une infraction. En outre, bien qu'il ait été jugé que la disposition portant inversion du fardeau de la preuve contrevient à l'al. 11d) de la *Charte* (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), le fait que le par. 8(2) soit allé jusqu'à prévoir que l'accusé visé par une conclusion de possession d'un stupéfiant a la charge de démontrer qu'il n'avait pas l'intention d'en faire le trafic, présente un intérêt historique quant à l'intention du Parlement. Le Parlement a établi un régime législatif clair concernant la culpabilité des personnes impliquées dans l'achat de stupéfiants. Comme le juge Martin l'a conclu dans l'arrêt *Meston*, précité, à la p. 507:

[TRADUCTION] Si l'acheteur qui a encouragé la vente d'un stupéfiant à lui-même ne peut être déclaré coupable de trafic, ce doit être parce que la *Loi sur les stupéfiants* révèle l'intention du législateur qu'un simple acheteur

liability in respect of the offence of trafficking committed by the seller.

A similar observation is made in the helpful text *Criminal Pleadings & Practice in Canada, supra*, at p. 15-9, para. 15:2090 (release May 1997):

It seems that a purchaser of drugs, although factually aiding or abetting the seller, does *not* legally aid or abet the seller, *i.e.*, the trafficker of drugs, since the purchaser commits the separate offence (when purchasing the drugs) of simple possession of the drugs or possession of the drugs for the purpose of trafficking. [Emphasis in original.]

Certainly there can be no doubt that someone who purchases a narcotic must assist the vendor in completing the sale. Without a purchaser, there could be no sale of the narcotic. However, Parliament has chosen to address the culpability of purchasers in a different fashion. As soon as someone obtains possession of a narcotic, he or she may be charged with possession or possession for the purpose of trafficking. Yet it is clear that that person does not come within the definition of trafficking. Nor can he or she be found guilty of aiding or abetting the offence of trafficking on the basis of the purchase alone. Parliament has created other offences under which a purchaser may be charged as a result of the purchase.

It must be emphasized that there is no legislative intention similar to that which exists for purchasers to be found for those who assist or act as agents for a purchaser. Drug trafficking by its very nature is a business which involves and is dependent upon many "middle men". If the same exception which applies to purchasers were extended to agents for the purchaser, then the agents could escape culpability entirely. They should not. Quite simply there is no reason to extend the exception for purchasers to those who assist or encourage purchasers in an illegal sale. The activities of an agent for a purchaser or one who assists a purchaser to buy narcotics certainly come within the definition of "aiding" or "abetting" under s. 21(1) of the *Code*. By bringing together the source of supply and the prospective purchaser, these per-

n'encoure aucune responsabilité quant à l'infraction de trafic commise par le vendeur.

Une observation semblable est faite dans le texte utile *Criminal Pleadings & Practice in Canada, op. cit.*, à la p. 15-9, par. 15:2090 (publié en mai 1997):

[TRADUCTION] Il semble que l'acheteur de drogue, bien qu'il se trouve, en fait, à aider ou à encourager le vendeur, *n'aide pas* ou *n'encourage pas*, en droit, le vendeur, c'est-à-dire le trafiquant de drogue, étant donné que l'acheteur commet l'infraction distincte (lorsqu'il achète la drogue) de possession simple de drogue ou de possession de drogue en vue d'en faire le trafic. [En italique dans l'original.]

Il ne fait sûrement aucun doute que la personne qui achète un stupéfiant doit aider le vendeur à réaliser la vente. Sans l'acheteur, il ne saurait y avoir de vente du stupéfiant. Cependant, le Parlement a choisi d'aborder la question de la culpabilité des acheteurs d'une façon différente. Dès qu'une personne entre en possession d'un stupéfiant, elle peut être accusée de possession ou de possession en vue du trafic. Pourtant, il est clair que la définition de «trafic» ne s'applique pas à elle. Elle ne peut pas non plus, du seul fait de l'achat, être déclarée coupable d'avoir aidé ou encouragé à commettre l'infraction de trafic. Le Parlement a défini d'autres infractions dont l'acheteur peut être accusé en raison de l'achat qu'il effectue.

Il faut souligner que le législateur n'a prévu à l'égard de ceux qui aident l'acheteur ou qui agissent pour son compte, aucune intention semblable à celle prévue à l'égard des acheteurs. Le trafic de la drogue, de par sa nature même, est une entreprise qui implique et dépend de nombreux «intermédiaires». Si l'exception qui s'applique aux acheteurs était également appliquée aux mandataires de l'acheteur, ceux-ci pourraient alors échapper à toute responsabilité. Il ne devrait pas en être ainsi. Il n'y a tout simplement aucune raison d'appliquer l'exception concernant les acheteurs à ceux qui aident ou encouragent des acheteurs dans le cadre d'une vente illégale. Les activités du mandataire d'un acheteur ou d'une personne qui aide un acheteur à acquérir des stupéfiants relèvent certainement de la définition des mots «aider» ou «encou-

sons obviously assist in the sale of narcotics. Acting as a spokesperson for a purchaser has the effect of assisting both the purchaser and the vendor to complete the transaction. It follows that an agent for a purchaser or one who assists the purchaser to buy the drugs can properly be found guilty as a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Code*.

33 This position is supported by the decision of *Postras, supra*. In that case an undercover RCMP agent approached Postras and asked for two grams of hashish. Postras said he was on his way to a nearby house to get some, and accepted money from the undercover agent. Approximately 20 minutes later an acquaintance, who had introduced the undercover officer to Postras and who was present at the time they made the deal, delivered the hashish to the undercover officer at a local bar. Postras was charged with trafficking in hashish or aiding in the trafficking of hashish. The trial judge found the accused not guilty, because the facts were equally consistent with Postras' having acted solely on behalf of the officer who had bought the hashish and with Postras' having participated in trafficking. Therefore, he was left with a reasonable doubt as to guilt.

34 Dickson J. writing for the majority found that the trial judge had erred in his reasoning. He observed that although Postras may have been acting on behalf of the officer, that did not preclude him from being guilty of trafficking or aiding in the offence of trafficking. He made the following observation at p. 653:

It was argued on behalf of the appellant that the words "to buy" do not appear in the definition of "trafficking" under the *Narcotic Control Act*; therefore a mere purchaser does not traffic and an agent for the purchaser comes under the same protective umbrella. I do not agree. One cannot apply the civil law of "agency" in this context. "Agency" does not serve to make non-criminal an act which would otherwise be attended by criminal consequences. Even if the appellant could be said to be

rager» que l'on trouve au par. 21(1) du *Code*. En réunissant la source d'approvisionnement et l'acheteur éventuel, ces personnes aident évidemment à la vente de stupéfiants. Agir comme porte-parole d'un acheteur a pour effet d'aider l'acheteur et le vendeur à conclure un marché. Il s'ensuit que le mandataire d'un acheteur ou la personne qui aide l'acheteur à acquérir la drogue peuvent être déclarés, à bon droit, coupables d'avoir participé à l'infraction de trafic, au sens du par. 21(1) du *Code*.

Ce point de vue est appuyé par l'arrêt *Postras*, précité. Dans cette affaire, un agent d'infiltration de la GRC s'était adressé à Postras pour lui demander deux grammes de haschich. Postras avait répondu qu'il s'en allait en chercher à une maison située près de là, et avait accepté l'argent de l'agent d'infiltration. Une vingtaine de minutes plus tard, une connaissance qui avait présenté l'agent d'infiltration à Postras et qui avait assisté à la conclusion du marché a livré le haschich à l'agent d'infiltration dans un bar local. Postras a été accusé d'avoir fait le trafic de haschich ou d'avoir aidé au trafic de haschich. Le juge du procès a déclaré l'accusé non coupable pour le motif que la preuve pouvait autant laisser croire que l'accusé avait agi seulement pour le compte du policier qui avait acheté le haschich, que laisser croire qu'il avait participé au trafic. Il avait donc un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Le juge Dickson a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le juge du procès avait commis une erreur dans son raisonnement. Il a fait remarquer que, même s'il se pouvait que Postras ait agi pour le compte du policier, cela ne l'empêchait pas d'être coupable de trafic ou d'avoir aidé à commettre l'infraction de trafic. Il a fait observer ce qui suit, à la p. 653:

On a soutenu pour l'appellant que le mot «acheter» ne figure pas dans la définition de «trafic» dans la *Loi sur les stupéfiants*; par conséquent, un simple acheteur ne trafique pas et un mandataire de l'acheteur s'abrite sous la même couverture. Je ne suis pas d'accord. On ne peut pas appliquer dans ce contexte les règles du droit civil concernant le «mandat». Le «mandat» ne sert pas à rendre non criminel un acte auquel s'attacheraient autrement des conséquences criminelles. Même si l'on pou-

the “agent” of Constable Arsenault for the purposes of civil responsibility, his acts may, none the less, amount to trafficking in narcotics or aiding in such trafficking.

Thus the majority was prepared to accept that someone who acts on behalf of a purchaser can be found to have assisted in the trafficking of narcotics.

In summary, someone who acts on behalf of a purchaser of narcotics can be found to be a party to the offence of trafficking under s. 21(1) of the *Code*. This is so because such a person assists in the commission of the offence by bringing the purchaser to the seller. Without that intervention or assistance, the sale would never occur. There is nothing in the provisions of the *Narcotic Control Act*, in any applicable principles of criminal law, or in reasons of policy which indicates that any special status should be granted to those assisting purchasers of drugs so as to exempt them from the clear provisions of s. 21 of the *Code*.

#### *Application of the Principle to the Case at Bar*

Let us apply that principle to the facts of this case. It must be determined whether the accused actually aided or abetted the sale of narcotics. There is no doubt in my mind that he did. The trial judge found as a fact that the appellant acted as a spokesperson for the purchaser. He was the one who brought the customer to the seller. He was the connection between the buyer and the seller. He escorted the buyer to the seller’s apartment, negotiated with the seller to purchase the drug, and accepted \$10 from the buyer for facilitating the deal. The buyer had tried to purchase drugs from the very same apartment earlier in the week, but was denied access, apparently because he was unknown to the seller. It was only as a result of the appellant’s assistance that the prospective buyer was able to get into the apartment building. These facts are sufficient to establish that the appellant aided in the sale of narcotics within the meaning of s. 21(1)(b) of the *Code* and encouraged the sale within the meaning of s. 21(1)(c) of the *Code*.

vaît dire que l’appelant était un «mandataire» du gendarme Arsenault pour les fins de la responsabilité civile, ses activités peuvent néanmoins équivaloir à faire le trafic de stupéfiants ou à aider à un tel trafic.

La Cour à la majorité était ainsi disposée à accepter qu’il est possible de conclure que quelqu’un qui a agi pour le compte d’un acheteur a aidé au trafic de stupéfiants.

En résumé, quelqu’un qui agit pour le compte d’un acheteur de stupéfiants peut être jugé comme ayant participé à l’infraction de trafic, au sens du par. 21(1) du *Code*. Il en est ainsi parce que cette personne aide à la perpétration d’une infraction en amenant l’acheteur au vendeur. Sans cette intervention ou aide, la vente n’aurait jamais lieu. Il n’y a rien dans la *Loi sur les stupéfiants*, dans les principes de droit criminel applicables ou dans des motifs de politique générale qui indique qu’un statut spécial devrait être accordé aux personnes qui aident des acheteurs de drogue, de manière à les soustraire à l’application des dispositions claires de l’art. 21 du *Code*.

#### *Application du principe à la présente affaire*

Appliquons maintenant ce principe aux faits de la présente affaire. Il faut décider si l’accusé a véritablement aidé à la vente de stupéfiants ou l’a encouragée. Il n’y a aucun doute dans mon esprit qu’il l’a fait. Le juge du procès a tenu pour avéré que l’appelant avait agi comme porte-parole de l’acheteur. C’était lui qui avait amené le client au vendeur. Il était le lien entre l’acheteur et le vendeur. Il a escorté l’acheteur jusqu’à l’appartement du vendeur, négocié avec le vendeur l’achat de la drogue et accepté les 10 \$ que l’acheteur lui a remis pour avoir facilité le marché. L’acheteur avait tenté d’acheter de la drogue au même appartement plus tôt au cours de la semaine, mais s’en était vu refuser l’accès, apparemment parce qu’il était inconnu du vendeur. C’est grâce seulement à l’assistance de l’appelant que l’acheteur éventuel a pu entrer dans l’immeuble d’appartements. Ces faits suffisent à établir que l’appelant a aidé à la vente de stupéfiants, au sens de l’al. 21(1)(b) du *Code*, et qu’il a encouragé cette vente, au sens de l’al. 21(1)(c) du *Code*.

35

36

37

Next it must be determined whether the appellant had the requisite *mens rea* or guilty mind to satisfy s. 21(b). That section provides that any person who does anything for the purpose of aiding a person to commit an offence is a party to the offence. The term “for the purpose of” was considered in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973. Writing for a unanimous Court, Lamer C.J. acknowledged at p. 995 that the term “purpose” could be interpreted in two different ways:

One can speak of an actor doing something “on purpose” (as opposed to by accident) thereby equating purpose with “immediate intention”. The term is also used, however, to indicate the ultimate ends an actor seeks to achieve, which imports the idea of “desire” into the definition.

After reviewing the pertinent case law and academic commentary, Lamer C.J. concluded that the former definition must have been that intended by Parliament when it drafted s. 21(1)(b) of the *Code*. For the purposes of this section, he said, “purpose” should be equated with “intention” and not “desire”. In other words, in order to satisfy the purpose requirement under s. 21(1)(b), the Crown is required to prove only that the accused intended the consequences that flowed from his or her aid to the principal offender, and need not show that he or she desired or approved of the consequences.

38

Section 21(1)(c) simply provides that any person who abets any person in committing an offence is a party to that offence. In order to secure a conviction, the Crown must prove not only that the accused encouraged the principal with his or her words or acts, but also that the accused intended to do so: *R. v. Curran* (1977), 38 C.C.C. (2d) 151 (Alta. C.A.); *R. v. Jones* (1977), 65 Cr. App. R. 250 (C.A.). It is the establishment by the Crown of that intention which satisfies the *mens rea* or guilty mind requirement of s. 21(1)(c).

39

Did the appellant intend to assist or encourage the sale? There can be no doubt that the appellant knew he was assisting in the illegal sale of narcotics, and that he intended to do so. His words and actions demonstrate that he deliberately set out to

Il faut ensuite déterminer si l'appelant avait la *mens rea* ou l'intention coupable requise pour qu'il y ait infraction au sens de l'al. 21(1)b). Cette disposition prévoit que quiconque accomplit quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction participe à l'infraction. L'expression «en vue d[e]» («for the purpose of») a été examinée dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973. Le juge en chef Lamer a reconnu, au nom de la Cour à l'unanimité, à la p. 995, que le terme «*purpose*» pouvait être interprété de deux façons différentes:

On peut dire que quelqu'un accomplit quelque chose «on purpose» («à dessein») (par opposition à accidentellement) et, dans ce cas, le mot «*purpose*» équivaut à l'«intention immédiate». Toutefois, le mot est également utilisé pour décrire le but ultime que quelqu'un vise, ce qui connote l'idée de «désir».

Après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine pertinentes, le juge en chef Lamer a conclu que c'est la première définition que le législateur avait dû vouloir appliquer lorsqu'il a rédigé l'al. 21(1)b) du *Code*. Aux fins de cet alinéa, a-t-il dit, le mot «*purpose*» devrait être assimilé à «intention» et non pas à «désir». En d'autres termes, pour satisfaire à l'exigence de dessein de l'al. 21(1)b), le ministère public doit seulement prouver que l'accusé a voulu les conséquences qui ont découlé de son aide à l'auteur principal de l'infraction, et non pas qu'il les a désirées ou approuvées.

L'alinéa 21(1)c) prévoit simplement que toute personne qui encourage quelqu'un à commettre une infraction participe à cette infraction. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver non seulement que l'accusé a encouragé l'auteur de l'infraction par ses paroles ou ses actes, mais aussi qu'il avait l'intention de le faire: *R. c. Curran* (1977), 38 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Alb.); *R. c. Jones* (1977), 65 Cr. App. R. 250 (C.A.). C'est la preuve de cette intention par le ministère public qui satisfait à l'exigence de *mens rea* ou d'intention coupable de l'al. 21(1)c).

L'appelant a-t-il eu l'intention d'aider à la vente ou de l'encourager? Il ne peut y avoir de doute que l'appelant savait qu'il aidait à vendre illégalement des stupéfiants, et qu'il avait l'intention de le faire. Ses paroles et ses actes démontrent qu'il a délibé-

bring together the parties to the transaction and acted as the conduit for delivering the drugs from the seller to the buyer. The appellant may have been motivated solely by a desire to help the buyer, but what he intended to do was to facilitate the sale of narcotics, and this is a culpable intention. Since the appellant actually encouraged and assisted in the illegal sale of narcotics, and since he had the intention of doing so, he was guilty of trafficking as a party pursuant to s. 21(1)(b) and (c) of the *Code*.

### *Jurisdiction of the Court of Appeal*

The appellant argued that the Court of Appeal did not have the jurisdiction to overturn the trial judge's finding that he did not assist in the commission of the offence of trafficking. I cannot accept that contention. It is true that on an appeal from an acquittal, the jurisdiction of an appellate court is limited to questions of law alone. The appellant argued that this question was one of fact or mixed fact and law. However, in *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 294, it was held that the legal effect of undisputed facts is a question of law. Here, the facts are not in dispute. It is only the legal conclusion to be drawn from them which is at issue. This is a question of law, and the Court of Appeal was within its jurisdiction to interfere with the trial judge's findings. Further, since all the facts necessary to ground a conviction were established at the trial, the Court of Appeal was correct in entering a conviction rather than ordering a new trial. It was only the trial judge's error of law which prevented him from entering a conviction.

### *The Appellant's Liability as a Principal*

In light of my conclusion regarding the appellant's liability as a party to the offence of trafficking, it is not necessary to consider whether the appellant was also guilty of trafficking as a principal.

rément entrepris de réunir les parties au marché et qu'il a servi d'intermédiaire dans la livraison de la drogue à l'acheteur par le vendeur. L'appelant peut avoir été motivé seulement par le désir d'aider l'acheteur, mais ce qu'il a eu l'intention de faire c'est de faciliter la vente de stupéfiants, et cela constitue une intention coupable. Étant donné que l'appelant a véritablement encouragé la vente illégale de stupéfiants et a aidé à la réaliser et étant donné qu'il avait l'intention de le faire, il était coupable de trafic en tant que participant au sens des al. 21(1)b) et c) du *Code*.

### *Compétence de la Cour d'appel*

L'appelant a soutenu que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour écarter la conclusion du juge du procès qu'il n'avait pas aidé à perpétrer l'infraction de trafic. Je ne puis retenir cet argument. Il est vrai que, dans le cas d'un appel contre un acquittement, la compétence de la cour d'appel se limite aux questions de droit seulement. L'appelant soutient que la question dont nous sommes saisis en l'espèce est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Cependant, dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, à la p. 294, il a été statué que l'effet juridique des faits incontestés est une question de droit. En l'espèce, les faits ne sont pas contestés. Ce n'est que la conclusion juridique qui doit en être tirée qui est en cause. C'est une question de droit et la Cour d'appel avait compétence pour modifier les conclusions du juge du procès. De plus, étant donné que tous les faits nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité ont été établis au procès, la Cour d'appel a eu raison d'inscrire une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Seule l'erreur de droit commise par le juge du procès l'a empêché d'inscrire une déclaration de culpabilité.

### *La responsabilité de l'appelant à titre d'auteur principal*

Vu ma conclusion quant à la responsabilité de l'appelant à titre de participant à l'infraction de trafic, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'appelant était également coupable de trafic à titre d'auteur principal.

Disposition

42

I would dismiss this appeal and uphold the conviction imposed by the Court of Appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Grier, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Saskatoon.*

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Grier, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Saskatoon.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Michel Cogger** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. COGGER

File No.: 25221.

1997: May 26; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Fraud upon the government — Elements of offence — Accepting benefit as government official to exercise influence on government — Accused who had made representations to government on behalf of two companies in his capacity as their lawyer continued to do so after being appointed senator — Accused receiving fees from companies and granted loan by principal shareholder — Whether offence under s. 121(1)(a) of Criminal Code requires “corrupt” state of mind — Whether trial judge erred in his appreciation of mens rea of offence — If so, whether conviction should be entered or new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(a).*

Since April 1985, the accused had made representations to the various levels of government on behalf of two companies in his capacity as their lawyer. After being appointed to the Senate in 1986, he continued to do so for the purpose of obtaining grants. For all his fruitless approaches to governments, corporate law work and approaches to private investors, the accused received fees. He was also granted a loan by the principal shareholder of the two companies. The accused was charged with having accepted a benefit or advantage in consideration for cooperating, assisting or exercising influence in connection with a matter of business relating to the government, contrary to s. 121(1)(a) of the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Michel Cogger** *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. COGGER

N° du greffe: 25221.

1997: 26 mai; 1997: 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Fraude contre le gouvernement — Éléments de l'infraction — Acceptation d'un bénéfice à titre de fonctionnaire en contrepartie de l'exercice d'influence sur le gouvernement — Démarches auprès du gouvernement amorcées par l'accusé à titre d'avocat pour le compte de deux sociétés et poursuivies après sa nomination au Sénat — Acceptation par l'accusé d'honoraires versés par les sociétés et d'un prêt consenti par le principal actionnaire — L'infraction prévue à l'art. 121(1)a) du Code criminel exige-t-elle un état d'esprit «corrompu»? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son appréciation de la mens rea de l'infraction? — Dans l'affirmative, devrait-on inscrire une déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)a).*

À compter d'avril 1985, l'accusé a, en sa qualité d'avocat, fait des démarches auprès de divers niveaux de gouvernement pour le compte de deux sociétés dans le but d'obtenir des subventions. Il a poursuivi ces activités après sa nomination au Sénat en 1986. L'accusé a reçu des honoraires pour toutes ses démarches infructueuses auprès des gouvernements, pour services rendus en droit des sociétés ainsi que pour des démarches auprès d'investisseurs privés. De plus, l'actionnaire principal des deux sociétés en question a consenti un prêt à l'accusé. L'accusé a été inculpé d'avoir accepté un bénéfice ou un avantage en contrepartie d'une collaboration, d'une aide ou d'un exercice d'influence relati-

*Criminal Code*. At trial, the trial judge concluded that the accused did not possess the *mens rea* required by s. 121(1)(a) and entered a verdict of acquittal, concluding that a "corrupt state of mind" was necessary before a conviction could be entered under that section. The Court of Appeal upheld the acquittal.

*Held*: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Section 121(1)(a) of the *Criminal Code* is designed to prevent government officials from undertaking, for consideration, to act on another person's behalf in conducting business with the government. The clear wording of s. 121(1)(a) does not require that the incriminating activity with which the person has been charged has been engaged in by that person in his official capacity. The Crown thus need not prove that a benefit was conferred because of a person's position and correspondingly, that the recipient knew that it was given because of his employment status. It is the employee's position in dealing with government, while a member of government, that is essential to make an action criminal. It does not matter whether in conducting this business the official purports to act in another capacity.

The Crown must establish that the accused intentionally committed the prohibited act with a knowledge of the circumstances which are necessary elements of the offence. An intention to commit a prohibited act combined with knowledge of the relevant circumstances is an accepted form of criminal culpability, and this should not be equated with a strict liability offence. In sum, to be guilty of an offence under s. 121(1)(a), the accused must know that he is an official; he must intentionally demand or accept a loan, reward, advantage or benefit of any kind for himself or another person; and he must know that the reward is in consideration for cooperation, assistance or exercise of influence in connection with the transaction of business with or relating to the government. "Corruption" is not a required element of the *actus reus* or the *mens rea* under s. 121(1)(a).

In this case, the trial judge was of the view that a "corrupt" purpose was necessary to ground a conviction under s. 121(1)(a) and thus misconstrued the necessary

vement à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement, infraction prévue par l'al. 121(1)a) du *Code criminel*. Au procès, le juge a statué que l'accusé n'avait pas la *mens rea* requise par l'al. 121(1)a) et il a inscrit un verdict d'acquiescement, concluant qu'un «état d'esprit corrompu» était nécessaire pour qu'une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 121(1)a) puisse être inscrite. La Cour d'appel a confirmé l'acquiescement.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

L'alinéa 121(1)a) du *Code criminel* vise à empêcher les fonctionnaires du gouvernement de s'engager, moyennant contrepartie, à agir pour le compte d'une autre personne qui fait des affaires avec le gouvernement. Le texte de l'al. 121(1)a) est clair et n'exige pas que les actes incriminants reprochés aient été accomplis par l'accusé en sa qualité de fonctionnaire. Il n'est donc pas nécessaire que le ministère public prouve qu'un bénéfice a été accordé à une personne en raison de son poste et, comme corollaire, que cette personne savait que le bénéfice lui était accordé pour cette raison. C'est la position de l'employé qui fait des affaires avec le gouvernement, alors qu'il en fait lui-même partie, qui est essentiel pour que ses actes soient considérés criminels. Il est sans importance que le fonctionnaire prétende agir à un autre titre lorsqu'il mène les affaires en question.

Le ministère public doit établir que l'accusé a commis intentionnellement l'acte prohibé tout en étant au fait des circonstances qui constituent les éléments nécessaires de l'infraction. L'intention de commettre un acte prohibé, conjuguée à la connaissance des circonstances pertinentes, est une forme acceptée de responsabilité criminelle, et une telle infraction ne devrait pas être assimilée à une infraction de responsabilité stricte. En conséquence, pour être déclaré coupable de l'infraction prévue à l'al. 121(1)a), l'accusé doit savoir qu'il est un fonctionnaire, il doit intentionnellement exiger ou accepter un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit pour lui-même ou pour une autre personne, et il doit savoir que la récompense lui est accordée en contrepartie d'une collaboration, d'une aide ou d'un exercice d'influence relativement à la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou ayant trait à celui-ci. La «corruption» n'est pas un élément essentiel de l'*actus reus* ou de la *mens rea* de l'infraction prévue à l'al. 121(1)a).

En l'espèce, le juge du procès était d'avis qu'un dessein «corrompu» était nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 121(1)a), et il

mental element of the offence. Given that the trial judge erred in his appreciation of the *mens rea*, a new trial should be ordered. The factual record before this Court is at best incomplete and all the findings necessary to support a verdict of guilty may not have been made or may be in issue.

### Cases Cited

**Applied:** *Martineau v. La Reine*, [1966] S.C.R. 103, 48 C.R. 209; **distinguished:** *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; **referred to:** *R. v. Greenwood* (1991), 67 C.C.C. (3d) 435; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *T. v. The Queen*, [1965] Que. Q.B. 883, leave to appeal refused [1966] S.C.R. 49 (*sub nom. Talbot v. La Reine*); *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 121(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] Q.J. No. 133 (QL), J.E. 96-408, 31 W.C.B. (2d) 246, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of accepting a benefit as a public official contrary to s. 121(1) of the *Criminal Code*. Appeal allowed and new trial ordered.

*Pierre Lévesque* and *Maurice Galarneau*, for the appellant.

*Marc Cigana* and *Raphael H. Schachter*, Q.C., for the respondent.

*Bernard Laprade*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — At issue in this appeal is the interpretation of s. 121(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Specifically, the question which must be addressed is whether this crime requires a “corrupt” state of mind, or whether knowledge of the circumstances and an

a donc mal interprété l'élément moral requis par l'infraction. Étant donné que le juge du procès a fait erreur dans son examen de la *mens rea*, un nouveau procès doit être ordonné. Les faits au dossier soumis à la Cour sont au mieux incomplets, et il est possible que toutes les conclusions nécessaires au soutien d'un verdict de culpabilité n'aient pas été tirées ou qu'elles soient contestées.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Martineau c. La Reine*, [1966] R.C.S. 103; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greenwood* (1991), 67 C.C.C. (3d) 435; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *T. c. The Queen*, [1965] B.R. 883, autorisation de pourvoi refusée [1966] R.C.S. 49 (*sub nom. Talbot c. La Reine*); *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 121(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] A.Q. n° 133 (QL), J.E. 96-408, 31 W.C.B. (2d) 246, qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation d'avoir accepté un bénéfice à titre de fonctionnaire, en contravention du par. 121(1) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Pierre Lévesque* et *Maurice Galarneau*, pour l'appelante.

*Marc Cigana* et *Raphael H. Schachter*, c.r., pour l'intimé.

*Bernard Laprade*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — La question en litige dans le présent pourvoi est l'interprétation de l'al. 121(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Plus précisément, la question à laquelle il faut répondre consiste à déterminer si le crime y prévu exige un état d'esprit «corrompu», ou si la

intention to commit the constituent elements is sufficient to attract culpability.

### I. Facts

2 The facts in this case are straightforward and uncontested. The respondent was charged in February of 1993 with having accepted a benefit or advantage in consideration for cooperating, assisting, or exercising influence in connection with a matter of business relating to the government, contrary to s. 121(1)(a)(ii) and (iii) of the *Criminal Code*.

3 At trial, the parties presented the trial judge with a joint statement of facts. No witnesses were called to give evidence. The agreed facts were summarized by the trial judge as follows:

[TRANSLATION] On May 2, 1986, the accused was appointed to the Senate and began receiving a senator's salary. Since April 1985, he had been acting and was being paid as a lawyer for a number of companies, including Silicart and Gigamos. The principal shareholder of these companies was one Guy Montpetit. Since April 1985, the accused had been making representations to the various levels of government on behalf of Montpetit's companies in his capacity as their lawyer.

After his appointment to the Senate, the accused continued to make representations to the various levels of government on behalf of Guy Montpetit's companies for the purpose of obtaining grants.

These representations were made in particular to a federal-provincial committee chaired at the time by one Gabriel Voyer. All the accused's efforts to obtain grants for Guy Montpetit's companies were in vain.

The accused also approached the Secretary of State at the time, Mr. Lucien Bouchard, to obtain the contract to translate Saskatchewan's legislation for one of Guy Montpetit's companies, but was unsuccessful.

It can be seen from the evidence that the accused was very effective in having ministers and senior officials meet in order to "advance" his client's business. It can also be seen from the evidence that while he appeared to be very good at having these people meet very quickly, the meetings never had the expected success, as no grants were awarded to Guy Montpetit's companies.

connaissance des circonstances et l'intention de commettre les éléments constitutifs de l'infraction suffisent pour entraîner la culpabilité de l'accusé.

### I. Les faits

Les faits en l'espèce sont simples et non contestés. L'intimé a été accusé, en février 1993, d'avoir accepté un bénéfice ou un avantage en contrepartie d'une collaboration, d'une aide ou d'un exercice d'influence relativement à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement, en contravention des sous-al. 121(1)a)(ii) et (iii) du *Code criminel*.

Au procès, les parties ont présenté au juge un exposé conjoint des faits. Aucun témoin n'a déposé. Les faits non contestés ont été résumés ainsi par le juge du procès:

Le 2 mai 1986, le prévenu était nommé sénateur et rémunéré comme tel à compter de cette date. Ce dernier, depuis avril 1985, agissait et était rémunéré à titre d'avocat pour diverses compagnies dont Silicart et Gigamos. Le principal actionnaire de ces entreprises était un certain Guy Montpetit. Depuis avril 1985, le prévenu faisait certaines représentations auprès des divers paliers de gouvernement au nom des compagnies de Montpetit, en sa qualité d'avocat.

Après sa nomination au Sénat, le prévenu a continué à faire des représentations pour les compagnies de Guy Montpetit aux divers paliers de gouvernement, aux fins d'obtenir des subventions.

Ces représentations furent faites en particulier à un comité fédéral-provincial présidé à l'époque par un certain Gabriel Voyer. Toutes les démarches du prévenu dans le but d'obtenir des subventions au bénéfice des compagnies de Guy Montpetit se sont avérées vaines.

Le prévenu intervint aussi, sans succès, auprès du secrétaire d'État de l'époque, M. Lucien Bouchard, dans le but d'obtenir pour une compagnie de Guy Montpetit le contrat de la traduction des lois de la Saskatchewan.

La preuve révèle que le prévenu a réussi à faire réunir des ministres et hauts fonctionnaires de façon très efficace dans le but de «faire avancer» les affaires de son client. La preuve révèle aussi que bien qu'il ait semblé très habile à faire réunir ces gens très rapidement, ces réunions n'ont jamais produit le succès escompté puisqu'aucune subvention n'a été accordée aux compagnies de Guy Montpetit.

For all these fruitless approaches to governments, for corporate law work and for approaches to private investors, the accused received fees totalling \$162,000.00 for the period referred to in the charge. Furthermore, Guy Montpetit granted the accused a loan in the amount of fifty thousand dollars (\$50,000.00) in May 1986, and an accountant named St-Laurent whose evidence was also the subject of an admission was unable to find any indication that it had been repaid.

After hearing submissions, the trial judge ruled that the Crown had failed to establish that the respondent possessed the *mens rea* required by the section and entered a verdict of acquittal: [1993] Q.J. No. 1007 (QL). The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal: [1996] Q.J. No. 133 (QL), J.E. 96-408, 31 W.C.B. (2d) 246.

## II. Judgments

### *Court of Quebec*

Falardeau Q.C.J. recognized that the sole question in this case was whether the necessary *mens rea* was present. With regard to the *actus reus*, he had no difficulty concluding that this aspect of the offence had been satisfied, concluding that [TRANSLATION] “[i]t must therefore be recognized that all the essential elements of the alleged indictable offence have been established in the present case.”

Referring to the *mens rea*, he began by discussing whether the crime was one of strict liability, or whether it required a “blameworthy” element. He concluded that as a result of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, every true crime required that the offender be morally blameworthy. Purporting to rely upon the decision of Doherty J.A. in *R. v. Greenwood* (1991), 67 C.C.C. (3d) 435 (Ont. C.A.), he concluded that a “corrupt state of mind” was necessary before a conviction could be entered under s. 121(1)(a).

He then turned to the facts of the case and concluded that the accused did not possess the necessary *mens rea*:

Pour toutes ces démarches infructueuses auprès des gouvernements, pour du travail de droit corporatif ainsi que pour des démarches auprès d'investisseurs privés, le prévenu a bénéficié d'honoraires totalisant 162,000.00\$ pour la période décrite au chef d'accusation. De plus, en mai 1986, Guy Montpetit a consenti au prévenu un prêt au montant de cinquante mille dollars (50 000,00\$) et aucune trace de remboursement n'a pu être retrouvée par un comptable du nom de St-Laurent dont le témoignage a aussi fait l'objet d'une admission.

Au terme des plaidoiries, le juge du procès a statué que le ministère public n'avait pas réussi à établir que l'intimé avait la *mens rea* requise par la disposition en cause, et il a inscrit un verdict d'acquiescement: [1993] A.Q. n° 1007 (QL). La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public: [1996] A.Q. n° 133 (QL), J.E. 96-408, 31 W.C.B. (2d) 246.

## II. Les jugements

### *La Cour du Québec*

Le juge Falardeau a reconnu que la seule question en l'espèce était l'existence de la *mens rea* requise. Quant à l'*actus reus*, il n'a eu aucune peine à conclure que cet aspect de l'infraction avait été établi, affirmant qu'«[i] nous faut donc reconnaître que tous les éléments essentiels de l'acte criminel reproché ont été établis dans la présente affaire.»

Relativement à la question de la *mens rea*, il s'est d'abord demandé s'il s'agissait d'une infraction de responsabilité stricte, ou si cette infraction nécessitait une attitude répréhensible («*blameworthy*»). Il a conclu que, depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout crime véritable exige que son auteur ait un état d'esprit coupable. Disant s'appuyer sur les motifs du juge Doherty dans l'affaire *R. c. Greenwood* (1991), 67 C.C.C. (3d) 435 (C.A. Ont.), il a conclu qu'un état d'esprit corrompu («*corrupt state of mind*») était nécessaire pour qu'une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 121(1)a) puisse être inscrite.

Il a ensuite examiné les faits de l'affaire et conclu que l'accusé n'avait pas la *mens rea* requise:

[TRANSLATION] The effect of the following evidence is that the accused must benefit from a reasonable doubt as to his mental state when the alleged acts took place:

1. In May 1986 (when he was appointed to the Senate), the accused had already been acting as a paid lawyer for Guy Montpetit's companies for at least eleven months for the purpose, *inter alia*, of obtaining grants from the various levels of government. He continued to act in the same capacity after becoming a senator.

2. The accused acted as a lawyer for Guy Montpetit's companies, not just for the purpose of obtaining government grants, but also to seek private investment and to give advice relating to corporate law. This evidence is found in an invoice sent by the accused to Guy Montpetit.

3. Finally, and most importantly, nothing was done in secret, from the sending of invoices to the receiving and cashing of cheques. Furthermore, invoicing and cheque cashing procedures were not changed as a result of the accused's appointment to the Senate.

In view of these circumstances, I am not convinced beyond a reasonable doubt that the accused performed the alleged acts with the moral turpitude (guilty mind, blameworthiness) required for him to be convicted under the indictment in question.

### *Court of Appeal*

8 The Crown appealed the acquittal on the basis that the trial judge had erred in his conception of the *mens rea* required to convict under the section. Specifically, it argued that:

[TRANSLATION] In saying this, it is obvious that the honourable trial judge considered it necessary to find that the accused had intended to do wrong or to behave reprehensibly. Furthermore, since the respondent's conduct in the year preceding the period set out in the indictment had been the same and since he had been paid by cheque, the trial judge found that he had not intended to do wrong and acquitted him on that basis. In our view, this reasoning is totally erroneous and can only lead to an absurd situation. The "moral turpitude" sought by the trial judge can only be the respondent's

Les éléments de preuve suivants font en sorte que le prévenu devra bénéficier du doute raisonnable quant à l'état d'esprit qu'il entretenait au moment où les gestes reprochés furent posés:

1.) Le prévenu, en mai 1986, (date de sa nomination au Sénat), agissait déjà comme avocat contre rémunération pour les compagnies de Guy Montpetit depuis au moins onze mois et ce, entre autres, dans le but d'obtenir des subventions des divers niveaux de gouvernement. Une fois devenu sénateur, le prévenu a continué à agir de la même façon.

2.) Le prévenu agissait comme avocat des compagnies de Guy Montpetit, non seulement dans le but d'obtenir des subventions gouvernementales, mais recherchait aussi des investissements privés et donnait des conseils de droit corporatif. On retrouve cet élément de preuve dans une note d'honoraires du prévenu envoyée à Guy Montpetit.

3.) Finalement et surtout rien n'a été fait dans la clandestinité, envoi des comptes d'honoraires, réception et encaissement des chèques. De plus, la facturation et l'encaissement des chèques n'ont pas été modifiés par la nomination au Sénat du prévenu.

En effet, ces circonstances font en sorte que le sousigné ne peut se convaincre, hors de tout doute raisonnable, que le prévenu a posé les gestes reprochés avec la turpitude morale (guilty mind, blameworthiness) requise pour entraîner sa condamnation sous l'acte d'accusation reproché.

### *La Cour d'appel*

Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement, affirmant que le juge du procès s'était fait une conception erronée de la *mens rea* requise pour entraîner une déclaration de culpabilité fondée sur la disposition en cause. De façon plus précise, il a plaidé ce qui suit:

S'exprimant ainsi, l'Honorable juge de première instance a, de toute évidence, estimé qu'il lui fallait retrouver chez l'accusé une intention de mal agir ou de se conduire de façon répréhensible. Et, puisque l'intimé avait eu la même conduite durant l'année qui précédait le début de la période décrite à l'acte d'accusation et qu'il avait été rémunéré par chèques, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas eu cette intention de mal agir et l'a donc acquitté. Ce raisonnement est, soumettons-nous, tout à fait erroné et ne peut mener qu'à une situation absurde. En effet, cette «turpitude morale» que

awareness of the fact that he was breaking the law, which means that, in essence, the acquittal is based on ignorance of the law, as the honourable trial judge believed he had found on the part of Michel Cogger. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal did not agree. In its view, the trial judge made no substantial error of law. While he used some questionable terminology, it was corrected when he used the term “guilty mind”, an accepted and oft-utilized description of *mens rea*: *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833.

In conclusion, the court stated:

[TRANSLATION] The fact that the trial judge referred here to the concept of “moral turpitude” does not change his definition of the *mens rea*, since he qualified it with the words “guilty mind” and “blameworthiness”, which, as mentioned earlier, are consistent with the law. It can therefore be concluded that the appellant’s only criticism of the trial judge, namely that he “erred in defining the required *mens rea*” in the context of s. 121(1)(a), is unfounded.

### III. Relevant Statutory Provisions

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

**121.** (1) Every one commits an offence who

(a) directly or indirectly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an official or to any member of his family, or to any one for the benefit of an official, or

(ii) being an official, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person for himself or another person,

a loan, reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(iii) the transaction of business with or any matter of business relating to the government, or

recherche le juge de première instance ne peut être que la conscience chez l’intimé du fait qu’il enfreignait la loi et, en définitive, l’acquittement est donc fondé sur l’ignorance de la loi que l’Honorable juge de première instance a cru déceler chez Michel Cogger. [Souligné dans l’original.]

La Cour d’appel a rejeté cet argument. À son avis, le juge du procès n’a pas véritablement commis d’erreur de droit. Bien qu’il ait utilisé une certaine terminologie discutable, cela a été corrigé par l’emploi de l’expression «*guilty mind*», acceptée et souvent utilisée pour décrire la *mens rea*; voir *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.

En conclusion, la cour a affirmé:

Que le premier juge ait ici employé le concept de «*turpitude morale*» ne change rien à sa définition de la *mens rea* puisqu’il l’a qualifiée par les mots *guilty mind* et *blameworthiness* qui, comme susdit, sont conformes au droit. En conséquence, il y a donc lieu de conclure que le seul reproche fait par l’appelante au premier juge, soit «d’avoir erré quant à la définition de la *mens rea* requise» dans le contexte du par. 121(1)a), est mal fondé.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

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

**121.** (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) directement ou indirectement:

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d’offrir à un fonctionnaire ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit d’un fonctionnaire,

(ii) soit, étant fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d’accepter de quelqu’un, pour lui-même ou pour une autre personne,

un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d’une collaboration, d’une aide, d’un exercice d’influence ou d’un acte ou omission concernant:

(iii) soit la conclusion d’affaires avec le gouvernement ou un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement,

9

10

11

(iv) a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow,

whether or not, in fact, the official is able to cooperate, render assistance, exercise influence or do or omit to do what is proposed, as the case may be;

(b) having dealings of any kind with the government, pays a commission or reward to or confers an advantage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which he deals, or to any member of his family, or to any one for the benefit of the employee or official, with respect to those dealings, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government with which he deals, the proof of which lies on him;

(c) being an official or employee of the government, demands, accepts or offers or agrees to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind directly or indirectly, by himself or through a member of his family or through any one for his benefit, unless he has the consent in writing of the head of the branch of government that employs him or of which he is an official, the proof of which lies on him;

(d) having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, demands, accepts or offers or agrees to accept for himself or another person a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including himself, to an office;

(e) gives, offers or agrees to give or offer to a minister of the government or an official a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including himself, to an office; or

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder,

que, de fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas;

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou récompense ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature à un employé ou fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces relations d'affaires, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite, un consentement écrit dont la preuve lui incombe;

c) étant fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, par lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille ou de toute personne à son profit, à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire, un consentement écrit dont la preuve lui incombe;

d) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter pour lui-même ou pour une autre personne une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant:

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

e) donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un ministre du gouvernement ou à un fonctionnaire, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant:

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

(f) having made a tender to obtain a contract with the government

(i) gives, offers or agrees to give or offer to another person who has made a tender or to a member of his family, or to another person for the benefit of that person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the withdrawal of the tender of that person, or

(ii) demands, accepts or offers or agrees to accept from another person who has made a tender a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the withdrawal of his tender.

#### IV. Issues

There are three issues on this appeal:

- (1) What is the *mens rea* necessary to attract culpability under s. 121(1)(a) of the *Criminal Code*?
- (2) Did the trial judge err in his consideration of the *mens rea* for s. 121(1)(a)?
- (3) If the trial judge erred, can a conviction be entered against the accused?

#### V. Analysis

- (1) *What is the mens rea necessary to attract culpability under s. 121(1)(a) of the Criminal Code?*

The positions of the parties on this point can be easily summarized. The appellant has submitted that the wording of the section is quite clear and should not be deviated from. In order for the Crown to prove the *mens rea* required by the section, it must establish nothing more than that an accused possessed an intention to commit the acts therein, combined with a knowledge of all relevant circumstances. On the other hand, the respondent submits that s. 121(1)(a) requires a finding of "corruption", and that the Crown must establish that an accused received the benefit as a result of his or her position as government employee. The employee must also know that this was the reason why the benefit was conferred. Additionally, it was

f) ayant présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement:

(i) ou bien donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à une autre personne qui a présenté une soumission, ou à un membre de sa famille, ou à une autre personne à son profit, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération du retrait de la soumission de cette personne,

(ii) ou bien exige, accepte ou offre ou convient d'accepter, d'une autre personne qui a présenté une soumission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en considération du retrait de sa soumission.

#### IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions:

- (1) Quelle est la *mens rea* requise pour entraîner une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 121(1)a) du *Code criminel*?
- (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen de la *mens rea* requise pour l'application de l'al. 121(1)a)?
- (3) Si le juge du procès a commis une erreur, une déclaration de culpabilité peut-elle être inscrite contre l'accusé?

#### V. Analyse

- (1) *Quelle est la mens rea requise pour entraîner une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 121(1)a) du Code criminel?*

La position respective des parties sur ce point peut être aisément résumée. L'appelante a soutenu que le texte de la disposition est très clair et qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. Pour prouver la *mens rea* requise par cette disposition, il suffit au ministère public d'établir que l'accusé avait l'intention de commettre les actes qui y sont mentionnés, et qu'il était au fait de toutes les circonstances pertinentes. En revanche, l'intimé prétend que l'al. 121(1)a) exige une détermination de «corruption», et que le ministère public doit établir que l'accusé a reçu le bénéfice en raison de son poste d'employé du gouvernement. L'employé doit également savoir que c'était là la raison pour laquelle le bénéfice lui a été accordé. En outre, on a plaidé qu'en

12

13

argued that absent this mental element, the crime would be one of strict liability.

14

I shall deal with the last point first, as I believe it is the most easily disposed of. As I recently stated for a majority of the Court in *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 3, it is clear that an intention to commit a prohibited act combined with knowledge of the relevant circumstances is an accepted form of criminal culpability, and that this should not be equated with a strict liability offence:

Quite simply, this offence cannot be one of strict liability as it requires a *bona fide* mental element. At a minimum, the charge given to the jury required they find that the appellant possessed an intention to commit a prohibited act, while having subjective knowledge of the circumstances. As Doherty J.A. recognized when dealing with this very offence in *R. v. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235 (Ont. C.A.), at pp. 255-56:

A conscious choice to perform a prohibited act, combined with knowledge that all or at least some of the relevant circumstances exist, is a well-recognized form of criminal culpability: see *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, supra, at p. 1324 (S.C.R.). . .; A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* — 2d. ed. (Toronto: Butterworths, 1985), pp. 116-120; Law Reform Commission of Canada, *Criminal Law — The General Part* (Working Paper 29) (1982), pp. 24-26. Knowledge combined with a volitional act may be seen as a minimum level of culpability. However, for many crimes which do not require proof that any consequence flowed or was intended to flow from the doing of the prohibited act in the relevant circumstances, a volitional act combined with knowledge of the relevant circumstances generally constitutes the only culpability requirement. Indeed, in its recent work, *Recodifying the Criminal Law* (Working Paper No. 31) (1987), at pp. 21-23, the Law Reform Commission of Canada, in its proposed General Part for a new *Criminal Code*, recommends, where the definition of a crime does not require proof of a particular consequence, that the culpability or fault requirement consist of a volitional act done with knowledge of, or recklessness as to, the existence of the circumstances set out in the statutory definition. The Crown's

l'absence de cet élément moral, il s'agirait d'un crime de responsabilité stricte.

Je vais examiner ce dernier argument en premier, car j'estime qu'on peut en disposer facilement. Comme je l'ai dit récemment au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, au par. 3, il est clair que l'intention de commettre un acte prohibé, conjuguée à la connaissance des circonstances pertinentes, est une forme acceptée de responsabilité criminelle, et qu'une telle infraction ne devrait pas être assimilée à une infraction de responsabilité stricte:

En effet, il ne peut tout simplement pas s'agir d'une infraction de responsabilité stricte, car elle requiert un élément mental *bona fide*. Comme minimum, les directives au jury exigeaient qu'il conclue que l'appelant possédait l'intention de commettre un acte prohibé tout en ayant une connaissance subjective des circonstances. Comme l'a reconnu le juge Doherty de la Cour d'appel lorsqu'il s'est prononcé sur cette même infraction dans l'arrêt *R. c. Greenwood* (1991), 8 C.R. (4th) 235 (C.A. Ont.), aux pp. 255 et 256:

[TRADUCTION] La décision prise sciemment par une personne de commettre un acte interdit, conjuguée au fait de savoir que les faits pertinents ou du moins une partie de ceux-ci existent, est une forme de responsabilité criminelle bien connue: voir *R. c. Sault Ste-Marie (Ville de)*, précité, à la p. 1324 (R.C.S.) [. . .]; A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1985), aux pp. 116 à 120; Commission de réforme du droit du Canada, *Droit pénal: Partie générale*, Document de travail 29 (1982), aux pp. 25 à 27. La connaissance conjuguée à un acte délibéré peut être considérée comme un degré minimum de culpabilité. Toutefois, pour beaucoup d'actes criminels qui ne nécessitent pas la preuve que la perpétration de l'acte interdit a entraîné ou était censée entraîner des conséquences dans des circonstances données, un acte délibéré conjugué à la connaissance des faits pertinents constitue en règle générale la seule exigence en matière de culpabilité. En fait, dans son ouvrage récent intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (Rapport 31) (1987), aux pp. 22 à 25, la Commission de réforme du droit du Canada recommande, dans la partie générale qu'elle propose pour un nouveau *Code criminel*, que, lorsque la définition d'un crime n'exige pas la preuve d'une conséquence donnée, l'exigence quant à la

submission is firmly rooted in contemporary notions of criminal culpability.

I also disagree with the respondent's proposition that for there to be culpability, the recipient must accept the benefit *qua* government employee, and not in some other capacity. In my view, a reading of the section gives no indication whatsoever that this is what Parliament intended by the provision. Indeed, the very opposite is true.

The wording of s. 121(1)(a)(ii) is quite clear. It is also comprehensive. It is designed to prevent government officials from undertaking, for consideration, to act on another person's behalf in conducting business with the government. This is both a clear and an honourable goal. Parliament has indicated that it is unacceptable for government officials to accept consideration from individuals for the purpose of conducting business with government on that party's behalf. I see no reason, especially given the clear wording of the section, to insert an additional element which was not desired by the drafters of the *Code*.

Indeed, while the respondent has phrased his argument with regard to the *mens rea*, I believe he is actually asking this Court to read in a new element of the *actus reus*, which of course would have a corresponding mental component. While there is nothing in the section which indicates that this is a requirement, the respondent suggests that a finding of guilt requires a determination that the gift was given with the purpose of having the employee use his influence as an official in dealing with government.

In my view, this point has already been decided by this Court. In *Martineau v. La Reine*, [1966] S.C.R. 103, 48 C.R. 209, the very same submission

culpabilité ou à la faute consiste en un acte commis sciemment ou avec insouciance quant à l'existence des circonstances prévues dans la définition légale. L'argument du ministère public est solidement ancré dans les notions modernes de responsabilité criminelle.

Je ne suis pas non plus d'accord avec la proposition de l'intimé selon laquelle, pour qu'il y ait culpabilité, la personne qui reçoit le bénéfice doit accepter le bénéfice à titre d'employé du gouvernement, et non à un autre titre. Selon moi, la lecture de cet article ne donne pas la moindre indication que le législateur ait eu cette intention lorsqu'il a édicté cette disposition. De fait, tout le contraire est vrai.

Le texte du sous-al. 121(1)(a)(ii) est très clair. De plus, il est exhaustif. Il vise à empêcher les fonctionnaires du gouvernement de s'engager, moyennant contrepartie, à agir pour le compte d'une autre personne qui fait des affaires avec le gouvernement. Il s'agit là d'un objectif à la fois clair et noble. Le législateur a indiqué qu'il est inacceptable pour les fonctionnaires du gouvernement d'accepter une rétribution d'une personne dans le but de conclure des affaires avec le gouvernement pour le compte de cette personne. Je ne vois aucune raison, compte tenu spécialement du texte clair de la disposition, d'y introduire un élément additionnel qui n'était pas voulu par les rédacteurs du *Code*.

De fait, bien que l'intimé ait formulé son argument en fonction de la *mens rea*, je crois qu'il demande plutôt à notre Cour d'ajouter un nouvel élément à l'*actus reus*, élément qui aurait évidemment une composante morale correspondante. Même si rien dans la disposition n'indique l'existence d'une telle exigence, l'intimé prétend qu'un verdict de culpabilité nécessite qu'on en vienne à la conclusion que la rétribution a été donnée afin que, dans le cadre de ses relations d'affaires avec le gouvernement, l'employé exerce son influence en tant que fonctionnaire.

Selon moi, cette question a déjà été tranchée par notre Cour. Dans l'arrêt *Martineau c. La Reine*, [1966] R.C.S. 103, le même argument a été

15

16

17

18

was made regarding the interpretation of the section. It was unanimously rejected, Fauteux J. writing (at pp. 218-19 C.R.):

[TRANSLATION] In rejecting the argument that s. 102 [now s. 121] applies to a Legislative Councillor only in the case where the incriminating activity with which he has been charged has been engaged in by him in his official capacity, the Court of Appeal held that the section is of general application; that it deals with the improper use which a person appointed to discharge a public duty makes or seeks to make of any influence, real or imagined, which he enjoys; that selling influence constitutes the essence of the offence and that the purpose of the section is to prevent this type of corruption in at least one sphere of public life; the Court also felt that for the provisions of the section to apply nothing requires that the seller of influence be acting in his official capacity, and that it is sufficient for him to be a "fonctionnaire" or an "official", since it is this fact that could lead certain persons to presume that he has something to sell, namely influence. With respect, I also agree with this view. I would add that the language of s. 102 does not require, as does s. 100 [now s. 119], that the incriminating activity with which the person has been charged has been engaged in by that person in his official capacity. [Emphasis added.]

19 In my view, this case is directly on point, and is dispositive of this issue. According to Fauteux J., there is no need for the Crown to prove that a benefit was conferred because of a person's position and correspondingly, that the recipient knew that it was given because of his or her employment status. See also: *T. v. The Queen*, [1965] Que. Q.B. 883, leave to appeal refused [1966] S.C.R. 49 (*sub nom. Talbot v. La Reine*).

20 Still, the respondent attempts to raise the recent decision of *Hinchey, supra*, in support of his interpretation. Frankly, I do not believe this case is of much assistance. First, *Hinchey* involved a different section of the *Code* (s. 121(1)(c)), one which, at least on the surface, had a potentially unlimited application. Even the minority reasons of Cory J. were premised upon the fact that absent a stricter interpretation of both the *actus reus* and *mens rea*, innocent conduct could be rendered criminal. Here, there is no fear of trapping innocent actions. Indeed, it is clear that for a person to fall within

soulevé relativement à l'interprétation de la disposition en cause et rejeté à l'unanimité, le juge Fauteux ayant écrit ceci (à la p. 109):

Pour rejeter la prétention que l'art. 102 [maintenant l'art. 121] ne s'applique au conseiller législatif que dans le cas où les actes incriminants qu'on lui reproche ont été posés par lui en sa qualité officielle, la Cour d'Appel considérait que l'art. 102 est d'application générale; que cet article vise l'usage impropre que fait ou prétend faire, de l'influence réelle ou présumée dont il jouit, celui qui est nommé pour remplir une fonction publique; que le marchandage d'influence constitue l'essence de l'offense et que le but de la disposition est de prévenir ce genre de corruption dans au moins une sphère de la vie publique; que rien n'exige que, pour être atteint par les dispositions de l'article, le marchand d'influence agisse en sa qualité officielle et qu'il suffit qu'il soit «fonctionnaire» ou «official», puisque c'est de ce fait que certaines personnes pourraient être conduites à présumer qu'il a quelque chose à vendre, soit de l'influence. Avec cette façon de voir, je suis aussi respectueusement d'accord. J'ajouterai que, dans ses termes, l'art. 102 n'exige pas, comme le fait l'art. 100 [maintenant l'art. 119], que l'acte incriminant soit posé en la qualité officielle de celui à qui il est reproché. [Je souligne.]

Cet arrêt porte, à mon avis, directement sur la question qui nous intéresse, et il permet de la trancher. D'après le juge Fauteux, il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve qu'un bénéfice a été accordé à une personne en raison de son poste et, comme corollaire, que cette personne ait su que le bénéfice lui était accordé pour cette raison. Voir également *T. c. The Queen*, [1965] B.R. 883, autorisation de pourvoi refusée [1966] R.C.S. 49 (*sub nom. Talbot c. La Reine*).

L'intimé invoque pourtant l'arrêt récent *Hinchey*, précité, au soutien de son interprétation. Franchement, je ne crois pas que cette affaire lui soit d'un grand secours. Premièrement, cet arrêt portait sur une disposition différente du *Code* (al. 121(1)c) qui, du moins à première vue, avait potentiellement une application illimitée. Même les motifs des juges minoritaires, exposés par le juge Cory, avaient pour prémisses le fait qu'en l'absence d'une interprétation plus stricte tant de l'*actus reus* que de la *mens rea*, une conduite innocente pourrait être criminalisée. En l'espèce, il n'y

the confines of s. 121(1)(a), contrary to s. 121(1)(c), his or her actual integrity will have to have been compromised. For an offence under s. 121(1)(a) to be committed, an accused will have agreed to deal with the government on another's behalf for consideration. Contrary to what the respondent submits, it is not necessary for the official to believe his or her integrity has been compromised. On the contrary, this automatically follows from the engaging in of the prohibited *quid pro quo* action: *Greenwood, supra*, at p. 456. As *Hinchey* indicates, s. 121(1)(c) is markedly different, in that the recipient of the benefit need commit no additional action; it is the appearance of integrity with which that provision is most concerned.

Additionally, the respondent attempts to rely upon the following passage from my reasons in *Hinchey* in support of his position that the recipient of a benefit must know that it was given because of his or her status as an official (at para. 21):

This section [s. 121(1)(a)] clearly tries to preserve the actual integrity of government employees by deterring them from taking benefits in return for giving or promising some sort of reward to the benefactor. It is noteworthy that no actual return need be made to be trapped under the section. It is sufficient for culpability if the gift was given for an ulterior purpose, in that it was designed to compromise the integrity of the employee. The purpose behind the section recognizes that the integrity of government employees can be compromised when they accept rewards because of their position in government. This is in stark contrast, however, to s. 121(1)(c) which does not explicitly require the reward to come as a result of the employee's position. It does not have to. This is not the evil the section is designed to prevent. [Emphasis in original.]

At first glance, this excerpt would appear to support the respondent's position. Still, the judgment must be read in its entirety and also in light of this Court's other jurisprudence on s. 121(1)(a). As stated at the outset, the object of s. 121(1)(a) is to

a aucun risque que des actes innocents soient visés. De fait, il est clair que, contrairement à ce qui est le cas pour l'al. 121(1)(c), pour qu'une personne soit visée par l'al. 121(1)(a), son intégrité véritable doit avoir été compromise. Pour qu'il y ait eu perpétration d'une infraction prévue à l'al. 121(1)(a), l'accusé doit avoir consenti à traiter avec le gouvernement pour le compte d'une autre personne moyennant contrepartie. Contrairement à ce que prétend l'intimé, il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire croie que son intégrité est compromise. Au contraire, son intégrité est compromise dès qu'il se livre, en retour de la contrepartie, à l'activité prohibée; *Greenwood*, précité, à la p. 456. Comme l'indique l'arrêt *Hinchey*, l'al. 121(1)(c) est ostensiblement différent, en ce qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui reçoit le bénéfice fasse quoi que ce soit d'autre; cet alinéa s'attache d'abord à la perception d'intégrité.

De plus, l'intimé invoque le passage suivant de mes motifs dans l'arrêt *Hinchey* pour étayer son argument voulant que la personne qui reçoit le bénéfice doive savoir qu'il lui est accordé parce qu'elle est fonctionnaire (au par. 21):

Cet alinéa [121(1)(a)] vise manifestement à préserver l'intégrité véritable des fonctionnaires en les dissuadant d'accepter des avantages après avoir accordé ou promis en échange une récompense quelconque au donneur. Il est à noter que même là il n'est pas nécessaire pour que cet alinéa s'applique, qu'il y ait profit réel. Il suffit que le cadeau ait été donné pour un motif inavoué, c'est-à-dire qu'il était destiné à compromettre l'intégrité de l'employé. On reconnaît ainsi que l'intégrité des fonctionnaires peut être compromise lorsqu'ils acceptent des récompenses en raison du poste qu'ils occupent au gouvernement. Cette situation contraste toutefois avec celle qui se retrouve à l'al. 121(1)(c), qui n'exige pas explicitement que la récompense soit tributaire du poste de l'employé. Cela n'est pas nécessaire puisque ce n'est pas là le mal que cet alinéa vise à prévenir. [Souligné dans l'original.]

Même si, à première vue, cet extrait paraît appuyer l'argument de l'intimé, les motifs doivent être lus en entier et à la lumière des autres arrêts de notre Cour relativement à l'al. 121(1)(a). Comme je l'ai dit dès le départ, l'al. 121(1)(a) a pour objet

prevent government officials from taking benefits from a third party in exchange for conducting some form of business on that party's behalf with government. The essence of the section, therefore, is the *quid pro quo* arrangement, which is not a required element under s. 121(1)(c). The term "position in government" must also be examined in this regard. It is the employee's position in dealing with government while a member of government that is essential to make an action criminal: *Greenwood, supra*. As stated in *Martineau, supra*, it does not matter whether in conducting this business the official purports to act in another capacity.

23

Despite the respondent's valiant attempts to confine *Hinchey*, I am of the view that the reasoning in that case ultimately defeats the proposition he puts forward. Where the intention of Parliament is clear, there is no need to insert additional elements into the *actus reus*. The act which has been criminalized is legitimately within the scope of the legislature, and the courts should not undertake a rewriting of the section.

24

I conclude that "corruption" is not a required element of the *actus reus* or the *mens rea* under s. 121(1)(a). What is required is that the accused intentionally commit the prohibited act with a knowledge of the circumstances which are necessary elements of the offence. Thus, to be guilty of an offence under this section, the accused must know that he or she is an official; he or she must intentionally demand or accept a loan, reward, advantage or benefit of any kind for himself, herself or another person; and the accused must know that the reward is in consideration for cooperation, assistance or exercise of influence in connection with the transaction of business with or relating to the government.

(2) *Did the trial judge err in his consideration of the mens rea for s. 121(1)(a)?*

d'empêcher les fonctionnaires d'accepter, de la part de tiers, des avantages qui leur sont offerts pour mener, pour le compte de ces personnes, certaines affaires auprès du gouvernement. L'essence de cet alinéa est donc le service pour lequel est offerte la contrepartie, qui n'est pas un élément requis à l'al. 121(1)c). L'expression «poste au gouvernement» doit aussi être examinée sous cet angle. C'est la position de l'employé qui traite des affaires avec le gouvernement alors qu'il en fait lui-même partie qui est l'élément essentiel pour que ses actes soient considérés criminels; *Greenwood*, précité. Comme il a été dit dans l'arrêt *Martineau*, précité, il n'importe pas que le fonctionnaire prétende agir à un autre titre lorsqu'il mène les affaires en question.

En dépit des valeureux efforts déployés par l'intimé pour restreindre la portée de l'arrêt *Hinchey*, je suis d'avis que le raisonnement suivi dans cet arrêt invalide en fin de compte l'argument qu'il avance. Lorsque l'intention du législateur est claire, il n'y a pas lieu d'ajouter des éléments additionnels à l'*actus reus*. L'acte qui a été criminalisé relève légitimement de la compétence du législateur, et les tribunaux ne devraient pas se mettre à récrire la disposition en cause.

Je conclus que la «corruption» n'est pas un élément essentiel de l'*actus reus* ou de la *mens rea* de l'infraction prévue à l'al. 121(1)a). Ce qui est nécessaire, c'est que l'accusé ait commis intentionnellement l'acte prohibé tout en étant au fait des circonstances qui constituent les éléments nécessaires de l'infraction. En conséquence, pour être déclaré coupable de l'infraction prévue par cette disposition, l'accusé doit savoir qu'il est un fonctionnaire, il doit intentionnellement exiger ou accepter un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit pour lui-même ou pour une autre personne, et il doit savoir que la récompense lui est accordée en contrepartie d'une collaboration, d'une aide ou d'un exercice d'influence relativement à la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou ayant trait à celui-ci.

(2) *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen de la mens rea requise pour l'application de l'al. 121(1)a)?*

The trial judge's reasons were rather cursory and did not elaborate in detail upon which aspect of the *mens rea* had not been proven by the Crown. The respondent has suggested, and this argument was accepted by the Court of Appeal, that while the trial judge's language was at times unfortunate, he ultimately demonstrated a proper appreciation for the required *mens rea* in his use of the accepted terms "guilty mind" and "moral blameworthiness".

Regrettably, I am unable to accept this submission. Upon a reading of the trial judge's reasons as a whole, I am inexorably led to the conclusion that he did, in fact, misconstrue the necessary mental element.

To begin with, the trial judge's repeated use of the terms "corrupt intention" and "moral blameworthiness" gives me the impression that he was of the view that a "corrupt" purpose was necessary to ground a conviction under this section. This, combined with the fact that at no time did he explain which portion of the *mens rea* was lacking in this case, indicates that he was uncertain as to the proper mental element required.

While on its own, this might not be enough to warrant setting aside an acquittal, my ultimate conclusion is strengthened by the factors the trial judge stressed which led him to find a reasonable doubt about the respondent's culpability.

First, he emphasized that the respondent had conducted identical business dealings prior to his appointment as senator. With respect, this fact is completely irrelevant to a determination of culpability under s. 121(1)(a). Regardless of the nature of his activities prior to being appointed a senator, the respondent's position *vis-à-vis* the *Criminal Code* changed once he became a government official. That he may have been unaware of the law or his status therein is simply not a consideration bearing upon guilt or innocence; ignorance of the law is no excuse: *Criminal Code*, s. 19.

25 Les motifs du juge du procès sont assez sibyllins et ne précisent pas quel aspect de la *mens rea* n'a pas été prouvé par le ministère public. L'intimé a suggéré, argument qui a été accepté par la Cour d'appel, que, même si le juge du procès avait à l'occasion utilisé des termes maladroits, il avait en bout de ligne bien saisi la *mens rea* requise, puisqu'il avait utilisé les expressions reconnues «*guilty mind*» et «*moral blameworthiness*».

26 Je suis malheureusement incapable d'accepter cet argument. Après avoir lu l'ensemble des motifs du juge du procès, je suis inexorablement amenée à conclure qu'il a, dans les faits, mal interprété l'élément moral requis.

27 En premier lieu, l'utilisation répétée par le juge du procès des expressions «*corrupt intention*» et «*moral blameworthiness*» me donne l'impression qu'il était d'avis qu'un dessein «corrompu» était nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité fondée sur l'alinéa en question. Ce facteur, conjugué au fait qu'il n'a à aucun moment expliqué quel élément de la *mens rea* manquait en l'espèce, indique qu'il était incertain quant à l'élément moral requis.

28 Même si, en soi, ce fait pourrait ne pas être suffisant pour justifier l'annulation d'un acquittement, la conclusion finale que je tire est renforcée par les facteurs sur lesquels le juge du procès a insisté et qui l'ont amené à conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

29 Premièrement, il a souligné que l'intimé avait exercé des activités identiques avant sa nomination au Sénat. En toute déférence, ce fait n'a absolument aucune pertinence pour statuer sur la culpabilité à l'infraction prévue à l'al. 121(1)a). Quelle qu'ait pu être la nature de ses activités avant sa nomination au Sénat, la situation de l'intimé *vis-à-vis* du *Code criminel* a changé dès le moment où il est devenu fonctionnaire du gouvernement. Le fait qu'il ait pu ne pas connaître la loi ou savoir quel était son statut au regard de celle-ci n'est tout simplement pas un facteur ayant une incidence sur sa culpabilité ou son innocence; l'ignorance de la loi n'est pas une excuse: *Code criminel*, art. 19.

30 The second factor cited by the trial judge is equally puzzling. While it may be true that the respondent conducted some business on the same party's behalf in which he did not deal with government, I fail to see how this furthers the inquiry in any meaningful fashion. So long as some of his business did concern the government, which was conceded, he fell within the confines of the section. Conduct involving other business is of little concern and does not in any way "legitimize" one's contact with the government.

31 Finally, the trial judge noted a lack of "*clandestinité*" in characterizing the dealings between the respondent and Mr. Montpetit. In essence, the trial judge was impressed with the fact that the dealings were not hidden or concealed in any way, and this helped lead him to have a reasonable doubt. With respect, I cannot agree with this reasoning. While the clandestine nature of dealings might be a factor if a "corrupt" intention is required by the section, this is not an aspect of the offence as currently drafted. I do not agree that one would be any more, or less, likely to convict under this section as a result of the transactions being kept secret. It simply has no relevance to a determination of guilt.

32 In my view, none of these factors has any real bearing on the consideration of the *mens rea* for s. 121(1)(a), but each would be important if the trial judge were considering whether a corrupt intention existed. I can only conclude that this is what he did, and as such, he erred in law.

(3) *If the trial judge erred, can a conviction be entered against the accused?*

33 Given the finding that the trial judge did indeed err in his appreciation of the mental element necessary to ground a conviction under this section, it

Le deuxième facteur mentionné par le juge du procès est également curieux. Bien qu'il puisse être vrai que l'intimé ait mené des affaires pour le compte du même tiers auprès d'autres entités que le gouvernement, je ne vois pas en quoi cela fait progresser l'analyse de façon utile. Dans la mesure où certaines de ses activités concernaient effectivement le gouvernement, fait qui a été admis, l'intimé tombait dans le champ d'application de la disposition en cause. Le fait de mener d'autres affaires a peu d'importance et ne «légitime» d'aucune façon les contacts d'une personne avec le gouvernement.

Finalement, en décrivant les relations d'affaires qu'ont entretenues l'intimé et M. Montpetit, le juge du procès a souligné l'absence de «clandestinité». Essentiellement, le juge du procès a été impressionné par le fait que les relations en question n'avaient aucunement eu lieu à la dérobée, et ce fait a contribué à faire naître chez lui un doute raisonnable. En toute déférence, je ne peux souscrire à ce raisonnement. Alors que la clandestinité des affaires peut être un facteur lorsqu'une intention «corrompue» est requise par la disposition, ce n'est toutefois pas un aspect de l'infraction prévue par le texte actuel. Je ne suis pas d'accord que quelqu'un serait davantage susceptible de déclarer l'accusé coupable en vertu de cette disposition — ou le serait moins — du fait que les opérations ont été tenues secrètes. La clandestinité n'a tout simplement aucune pertinence pour statuer sur la culpabilité.

À mon avis, aucun de ces facteurs n'a d'incidence réelle sur l'examen de la *mens rea* requise par l'al. 121(1)a), mais chacun d'eux serait important si le juge du procès statuait sur l'existence d'une intention corrompue. Je ne peux que conclure que c'est ce qu'il a fait et, par conséquent, il a commis une erreur de droit.

(3) *Si le juge du procès a commis une erreur, une déclaration de culpabilité peut-elle être inscrite contre l'accusé?*

Étant donné ma conclusion que le juge du procès a effectivement fait erreur dans son examen de l'élément moral nécessaire pour justifier une déclai-

remains to consider whether this Court should enter a conviction or order a new trial.

I am of the view that the latter disposition is the preferable one. The factual record before this Court is at best incomplete and I am not convinced that all the findings necessary to support a verdict of guilty have been made or are not in issue: *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345. As a consequence, I would order a new trial.

#### VI. Disposition

The appeal is allowed. Accordingly, the decision of the Court of Appeal is set aside and a new trial ordered.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: Pierre Lévesque, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montreal.*

*Solicitor for the intervener: George Thomson, Ottawa.*

ration de culpabilité fondée sur cette disposition, il reste à se demander si notre Cour devrait inscrire une déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès.

Je suis d'avis que la dernière solution est préférable. Les faits au dossier soumis à la Cour sont au mieux incomplets, et je ne suis pas convaincue que toutes les conclusions nécessaires au soutien d'un verdict de culpabilité ont été tirées ou ne sont pas contestées: *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès.

#### VI. Le dispositif

Le pourvoi est accueilli. L'arrêt de la Cour d'appel est en conséquence infirmé et un nouveau procès est ordonné.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appelante: Pierre Lévesque, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant: George Thomson, Ottawa.*

34

35

**City of Verdun** *Appellant*

v.

**Gilles Doré** *Respondent*

and

**Casper Bloom, Martin Boodman, John E. C. Brierley, Allan R. Hilton, Nicholas Kasirer and Danielle M. St-Aubin** *Interveners*

INDEXED AS: DORÉ v. VERDUN (CITY)

File No.: 24860.

1997: January 27; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Municipal law — Civil remedies against municipality — Bodily injury — Prescription — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in Civil Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.*

*Prescription — Bodily injury — Municipality — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in Civil Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.*

*Interpretation — Civil Code of Québec — Usefulness of Minister of Justice's commentaries in interpreting provisions of Civil Code of Québec — Parliamentary history.*

*Interpretation — Civil Code of Québec — Difference between English and French versions — Scope of English version of provision narrower than that of*

**Ville de Verdun** *Appelante*

c.

**Gilles Doré** *Intimé*

et

**Casper Bloom, Martin Boodman, John E. C. Brierley, Allan R. Hilton, Nicholas Kasirer et Danielle M. St-Aubin** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DORÉ c. VERDUN (VILLE)

N° du greffe: 24860.

1997: 27 janvier; 1997: 10 juillet.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Recours civils contre une municipalité — Préjudice corporel — Prescription — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.*

*Prescription — Préjudice corporel — Municipalité — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.*

*Interprétation — Code civil du Québec — Utilité des Commentaires du ministre de la Justice dans l'interprétation des dispositions du Code civil du Québec — Travaux préparatoires.*

*Interprétation — Code civil du Québec — Divergence entre les versions française et anglaise — Version anglaise du texte ayant une portée plus restreinte que la*

*French version — Interpretation principle based on meaning shared by both versions rejected — French version preferred to English version because consistent with legislature's intention — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930.*

*Interpretation — Legislation — Conflict — Provision of Cities and Towns Act applicable “any provision of law to the contrary notwithstanding” — Subsequent provision of Civil Code of Québec on same subject applicable “Notwithstanding any stipulation to the contrary” — Whether more recent provision takes precedence — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.*

On January 28, 1994, the respondent fell on one of the sidewalks of the appellant city and broke his right leg. On February 14, he sent the appellant a default notice. The appellant denied any liability and, in June 1994, the respondent brought an action against the appellant seeking damages for bodily injury. The appellant filed a motion to dismiss the respondent's action on the ground that the respondent had not sent it notice in writing within 15 days from the date of the accident as required by s. 585 of the *Cities and Towns Act* (“C.T.A.”). The Superior Court dismissed the motion, concluding that art. 2930 C.C.Q. takes precedence over s. 585. Article 2930 provides that “Notwithstanding any stipulation to the contrary, where an action is founded on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement that notice be given prior to the bringing of the action or that proceedings be instituted within a period not exceeding three years does not hinder a prescriptive period provided for” in art. 2925 C.C.Q. The Superior Court's decision was affirmed by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Article 300 C.C.Q., which sets out the general framework of the law applicable to legal persons established in the public interest, including municipalities, states two principles: first, such persons are primarily governed by “the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them”; second, the *Civil Code of Québec* is applicable where such Acts “require to be complemented” with regard to matters falling under private law, particularly the status and property of such persons and their relations with other persons. Article 1376 C.C.Q. complements art. 300 and specifies that where obligations are concerned, the *Civil Code of Québec* is the *jus commune* applicable to legal persons. Likewise, art. 2877 C.C.Q. indicates that the

*version française — Principe d'interprétation favorisant le sens commun des deux versions écarté — Version française préférée à la version anglaise parce que conforme à l'intention du législateur — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930.*

*Interprétation — Législation — Conflit — Disposition de la Loi sur les cités et villes applicable «nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire» — Disposition subséquente du Code civil du Québec portant sur le même sujet applicable «Malgré toute disposition contraire» — La disposition la plus récente a-t-elle priorité? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.*

Le 28 janvier 1994, l'intimé fait une chute sur l'un des trottoirs de la ville appelante et se fracture la jambe droite. Le 14 février, il fait parvenir à l'appelante une mise en demeure. L'appelante nie toute responsabilité et, en juin 1994, l'intimé intente contre l'appelante un recours en dommages-intérêts pour préjudice corporel. L'appelante dépose une requête en irrecevabilité à l'encontre de la poursuite de l'intimé, pour le motif que ce dernier ne lui a pas envoyé un avis écrit dans les 15 jours suivant la date de l'accident, comme le requiert l'art. 585 de la *Loi sur les cités et villes* («L.c.v.»). La Cour supérieure rejette la requête, concluant que l'art. 2930 C.c.Q. a préséance sur les dispositions de l'art. 585. L'article 2930 prévoit que «Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence de donner un avis préalablement à l'exercice d'une action, ou d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu» à l'art. 2925 C.c.Q. La Cour d'appel confirme la décision de la Cour supérieure.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L'article 300 C.c.Q., qui établit le cadre général du droit applicable aux personnes morales de droit public, qui comprennent les municipalités, énonce deux principes: d'une part, elles sont avant tout régies par «les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables»; d'autre part, le *Code civil du Québec* est applicable «lorsqu'il y a lieu de compléter» ces lois sur des matières relevant du droit privé, notamment quant à leur statut, leurs biens et leurs rapports avec les autres personnes. L'article 1376 C.c.Q. complète l'art. 300 et spécifie que dans le domaine des obligations, le *Code civil du Québec* constitue le droit commun applicable aux personnes morales. De même, l'art. 2877 C.c.Q. indique que les principes généraux en

general principles of prescription are applicable to legal persons established in the public interest "subject to express provision of law". However, the fact that the *jus commune* is supplementary in nature does not mean that the legislature cannot give a specific provision of the *Civil Code of Québec* precedence over special Acts applicable to municipalities, provided that it expresses a sufficiently clear and precise intention to that effect. That is what it has done in art. 2930 *C.C.Q.*, which is applicable to municipalities despite an explicit provision on the same subject in the *Cities and Towns Act* — s. 585.

In enacting art. 2930 *C.C.Q.*, the legislature clearly expressed its intention through the wording of the article. Article 2930 must take precedence over "any stipulation to the contrary" ("*toute disposition contraire*"). Despite the use of the word "stipulation" in the English version of the article, the legislature did not intend to limit the article's scope to contractual exclusions. Since art. 2884 *C.C.Q.* already provides that prescriptive periods are of public order and cannot be altered by agreement, it must be concluded that the legislature's intention in art. 2930 was indeed to cover both legislative and contractual provisions and that an unfortunate word choice was made in the English version. Concluding otherwise would make art. 2930 largely redundant. Article 2930 deals with prescription, which is essentially a matter of private law. It is a mandatory provision of public order. It is an exception to the first principle set out in art. 300 *C.C.Q.* and therefore takes precedence over s. 585 *C.T.A.* This interpretation of art. 2930 is consistent with the legislature's intention in the new Code, namely to ensure that fair compensation is provided for bodily injury, which is a form of interference with a person's physical integrity. Article 2930 must be interpreted broadly so that its purpose — putting an end to the injustices that resulted from the notice requirement in s. 585 — can be achieved. Finally, even though s. 585 states that the prior notice requirement is applicable "any provision of law to the contrary notwithstanding", art. 2930 must prevail, since by expressly giving art. 2930 precedence — "Notwithstanding any stipulation to the contrary" — the legislature has specified that the subsequent general legislation derogates from the prior special Act.

The interpretation given to art. 2930 *C.C.Q.* is also consistent with the Minister of Justice's commentaries on the article. While the interpretation of the *Civil Code of Québec* must be based first and foremost on the wording of its provisions, there is no reason to systematically disregard the Minister's commentaries, since they

matière de prescription sont applicables aux personnes morales de droit public «sous réserve des dispositions expresses de la loi». Le fait que le droit commun ait un caractère subsidiaire ne nie toutefois pas au législateur la possibilité de donner préséance à une disposition spécifique du *Code civil du Québec* sur les lois particulières s'appliquant aux municipalités s'il démontre une intention suffisamment claire et précise à ce sujet. C'est le cas de l'art. 2930 *C.c.Q.* qui est applicable aux municipalités et cela malgré une disposition explicite de la *Loi sur les cités et villes* portant sur ce sujet — l'art. 585.

En adoptant l'art. 2930 *C.c.Q.*, le législateur a clairement exprimé son intention dans le texte même de l'article. L'article 2930 doit avoir préséance sur «toute disposition contraire» («*any stipulation to the contrary*»). Malgré l'utilisation du mot «*stipulation*» dans la version anglaise de l'article, le législateur n'a pas voulu limiter la portée du texte aux seules exclusions conventionnelles. En effet, puisque l'art. 2884 *C.c.Q.* prévoit déjà que les délais de prescription sont d'ordre public et ne peuvent être modifiés par convention, il faut conclure que l'intention du législateur à l'art. 2930 était bien de viser toute disposition, aussi bien législative que contractuelle, et qu'un malencontreux choix de mot s'est glissé dans la version anglaise. Si on concluait autrement, l'art. 2930 serait en grande partie redondant. L'article 2930 porte sur un domaine fondamentalement de droit privé, soit la prescription. Cette disposition est impérative et d'ordre public. Elle déroge au premier principe édicté à l'art. 300 *C.c.Q.* et a donc préséance sur l'art. 585 *L.c.v.* Cette interprétation de l'art. 2930 est conforme à l'intention du législateur dans le nouveau Code, soit d'assurer une juste indemnisation du préjudice corporel, lequel constitue une atteinte à l'intégrité physique de la personne. L'article 2930 doit recevoir une interprétation large qui lui permette d'atteindre son objet, soit mettre un terme aux abus qu'entraînait l'exigence d'un avis à l'art. 585. Enfin, bien que l'art. 585 prévoit que l'exigence quant à l'avis préalable s'applique «nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire», c'est l'art. 2930 qui doit primer puisqu'en donnant préséance à l'art. 2930 en termes exprès — «Malgré toute disposition contraire» — le législateur a ainsi spécifié que la loi générale postérieure dérogerait à la loi spéciale antérieure.

L'interprétation donnée à l'art. 2930 *C.c.Q.* est par ailleurs conforme aux *Commentaires du ministre de la Justice* concernant cet article. Bien que l'interprétation du *Code civil du Québec* doit avant tout se fonder sur le texte même des dispositions, il n'y a cependant aucune raison d'écarter systématiquement les *Commentaires du*

can sometimes be helpful in determining the legislature's intention, especially where the wording of the article is open to differing interpretations. However, the commentaries are not an absolute authority. They are not binding on the courts, and their weight can vary, *inter alia* in light of other factors that may assist in interpreting the provisions of the *Civil Code of Québec*.

### Cases Cited

**Referred to:** *Hilder v. Dexter*, [1902] A.C. 474; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, ss. 467 et seq.  
*Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec*, Draft Bill, 2nd Sess., 33rd Leg., introduced on June 16, 1988, art. 3111.  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 1 [repl. 1982, c. 61, s. 1].  
*Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, s. 7 [repl. 1993, c. 40, s. 1].  
*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, s. 585 [am. 1984, c. 47, s. 213].  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 356.  
*Civil Code of Québec*, Bill 125, 1st Sess., 34th Leg., introduced on December 18, 1990, art. 2914.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 3, 10, 300, 454, 916, 1345, 1376, 1464, 1474, 1609, 1615, 1616, 1672, 2877, 2884, 2925, 2930, 2964.  
*Constitution Act, 1867*, s. 133.

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.  
 Bergel, Jean-Louis. "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation". Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 3.

*ministre de la Justice*, puisqu'ils peuvent parfois constituer un élément utile pour cerner l'intention du législateur, particulièrement lorsque le texte de l'article prête à différentes interprétations. Toutefois, ces commentaires ne constituent pas une autorité absolue. Ils ne lient pas les tribunaux et leur poids pourra varier, notamment, au regard des autres éléments pouvant aider l'interprétation des dispositions du *Code civil du Québec*.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Hilder c. Dexter*, [1902] A.C. 474; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

### Lois et règlements cités

*Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, art. 7 [repl. 1993, ch. 40, art. 1].  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 [repl. 1982, ch. 61, art. 1].  
*Code civil du Bas Canada*, art. 356.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 3, 10, 300, 454, 916, 1345, 1376, 1464, 1474, 1609, 1615, 1616, 1672, 2877, 2884, 2925, 2930, 2964.  
*Code civil du Québec*, projet de loi 125, 1<sup>re</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., présenté le 18 décembre 1990, art. 2914.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 133.  
*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, avant-projet de loi, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., présenté le 16 juin 1988, art. 3111.  
*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 467 et suiv.  
*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, art. 585 [mod. 1984, ch. 47, art. 213].

### Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.  
 Bergel, Jean-Louis. «Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation». Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 3.

- Brisson, Jean-Maurice. "Le Code civil, droit commun?" Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 293.
- Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*" (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Dumais, Daniel. "La prescription". Dans *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations, contrats et prescription*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996, 413.
- Duplessis, Yvon, et Jean Héту. "Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d'action et courtes prescriptions", (1993) *B.D.M.* 1.
- Hardy, Jacques. "Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique". Dans *Actes de la XI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992, 267.
- L'Heureux, Jacques. "L'effet du *Code civil du Québec* sur les municipalités: les règles générales et leur application" (1995), 36 *C. de D.* 843.
- Masse, Claude. "La responsabilité civile". Dans *La réforme du Code civil*, t. II. Québec: P.U.L., 1993, 235.
- Masse, Claude. "Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec". Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 149.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*. Commissions parlementaires. Sous-commission des institutions. Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec, 4 décembre 1991, n° 29, SCI-1193.
- Québec. Assemblée nationale. *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*. Québec, mai 1991.
- Québec. *Civil Code of Lower Canada: Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters*. Québec: G. E. Desbarats, 1865.
- Québec. Ministère de la Justice. *Code civil du Québec: textes, sources et commentaires*, mai 1992.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1993.
- Brisson, Jean-Maurice. «Le Code civil, droit commun?» Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 293.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Côté, Pierre-André. «La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*» (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Dumais, Daniel. «La prescription». Dans *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations, contrats et prescription*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996, 413.
- Duplessis, Yvon, et Jean Héту. «Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d'action et courtes prescriptions», (1993) *B.D.M.* 1.
- Hardy, Jacques. «Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique». Dans *Actes de la XI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992, 267.
- L'Heureux, Jacques. «L'effet du *Code civil du Québec* sur les municipalités: les règles générales et leur application» (1995), 36 *C. de D.* 843.
- Masse, Claude. «La responsabilité civile». Dans *La réforme du Code civil*, t. II. Québec: P.U.L., 1993, 235.
- Masse, Claude. «Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec». Dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 149.
- Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*. Commissions parlementaires. Sous-commission des institutions. Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec, 4 décembre 1991, n° 29, SCI-1193.
- Québec. Assemblée nationale. *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*. Québec, mai 1991.
- Québec. *Code civil du Bas Canada: Rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles*. Québec: G. E. Desbarats, 1865.
- Québec. Ministère de la Justice. *Code civil du Québec: textes, sources et commentaires*, mai 1992.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1993.

*mouvement de société*, t. I et II. Québec: Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1993.

Rémillard, Gil. "Présentation du projet de Code civil du Québec" (1991), 22 *R.G.D.* 5.

Tancelin, Maurice. *Des obligations — Les techniques d'exécution et d'extinction*. Montréal: Wilson Lafleur, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 1321, [1995] Q.J. No. 433 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1994] R.J.Q. 2984, [1994] Q.J. No. 1152 (QL). Appeal dismissed.

*Pierre Le Page*, for the appellant.

*Daniel Paquin*, for the respondent.

*Colin K. Irving*, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This appeal concerns the application to municipalities of art. 2930 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), which provides that, notwithstanding any stipulation to the contrary, the *Civil Code's* three-year prescriptive period in respect of bodily injury cannot be hindered, and the precedence of that article over s. 585 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("C.T.A."), which requires that, within 15 days of the date of an accident, notice be given that an action seeking reparation for bodily injury is to be brought against a municipality, failing which the municipality cannot be found liable.

#### I — Facts

On Friday, January 28, 1994, the respondent fell on one of the sidewalks of the appellant City and broke his right leg. On Monday, February 14, 1994, he sent the appellant a default notice by registered mail, which the appellant received on Wednesday, February 16. In April 1994, the appellant sent the respondent a letter denying any liability. On June 2, 1994, the respondent brought an action against the appellant seeking damages for bodily injury. The appellant filed a motion to

Rémillard, Gil. «Présentation du projet de Code civil du Québec» (1991), 22 *R.G.D.* 5.

Tancelin, Maurice. *Des obligations — Les techniques d'exécution et d'extinction*. Montréal: Wilson Lafleur, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 1321, [1995] A.Q. n° 433 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1994] R.J.Q. 2984, [1994] A.Q. n° 1152 (QL). Pourvoi rejeté.

*Pierre Le Page*, pour l'appelante.

*Daniel Paquin*, pour l'intimé.

*Colin K. Irving*, pour les intervenants.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi vise l'application aux municipalités de l'art. 2930 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 («C.c.Q.»), qui édicte que, malgré toute disposition contraire, il ne peut être fait échec à la prescription de trois ans prévue au *Code civil* en matière de préjudice corporel, et sa préséance sur l'art. 585 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 («L.c.v.»), qui impose l'obligation de donner, dans les 15 jours de la date d'un accident, un avis préalable à l'exercice d'une action en réparation du préjudice corporel contre une municipalité, faute de quoi la municipalité ne pourra être trouvée responsable.

#### I — Les faits

Le vendredi, 28 janvier 1994, l'intimé fait une chute sur l'un des trottoirs de la ville appelante et se fracture la jambe droite. Le lundi, 14 février 1994, il fait parvenir à l'appelante une mise en demeure par courrier recommandé, laquelle reçoit cette mise en demeure le mercredi, 16 février. Au mois d'avril 1994, l'appelante envoie à l'intimé une lettre dans laquelle elle nie toute responsabilité. Le 2 juin 1994, l'intimé intente contre l'appelante un recours en dommages-intérêts pour

dismiss the respondent's action on the ground that the respondent had not sent it notice in writing within 15 days from the date of the accident as required by s. 585 *C.T.A.* The Superior Court dismissed the appellant's motion, and its decision was affirmed by the Court of Appeal.

## II — Judgments Below

*Superior Court*, [1994] R.J.Q. 2984

3

Deslongchamps J. held that under art. 2930 *C.C.Q.*, neither failure to give the notice referred to in s. 585 *C.T.A.* nor the notice's irregularity can be raised against a person who has suffered bodily injury and is seeking reparation. He based this conclusion on the wording of art. 2930 *C.C.Q.* itself (at pp. 2986-87):

[TRANSLATION] The very terms of article 2930, which is a mandatory provision of public order, clearly demonstrate the legislature's intention to standardize prescription as regards reparation for bodily injury, regardless of the debtor of the obligation or the source of the action.

. . .

Limiting article 2930's application to contractual provisions or to the provisions of the *Civil Code of Québec* alone would be contrary to the clear terms of that article and would negate the very broad, mandatory scope of its application.

He added that art. 300 *C.C.Q.* provides that the *Civil Code*, as the *jus commune*, applies on a supplementary basis to legal persons established in the public interest, which means that art. 2930 *C.C.Q.*, a mandatory provision of public order, is applicable to municipalities.

*Court of Appeal*, [1995] R.J.Q. 1321

Baudouin J.A. (Rousseau-Houle J.A. concurring)

4

Baudouin J.A. agreed with the Superior Court that art. 2930 *C.C.Q.* takes precedence over the parts of s. 585 *C.T.A.* that hinder the *Civil Code*'s three-year prescriptive period in respect of bodily

préjudice corporel. L'appelante dépose une requête en irrecevabilité à l'encontre de la poursuite de l'intimé, au motif que ce dernier ne lui a pas envoyé un avis écrit dans les 15 jours suivant la date de l'accident, tel que le requiert l'art. 585 *L.c.v.* La Cour supérieure rejette la requête de l'appelante. Cette décision est confirmée par la Cour d'appel.

## II — Les jugements dont appel

*Cour supérieure*, [1994] R.J.Q. 2984

Le juge Deslongchamps décide qu'en vertu de l'art. 2930 *C.c.Q.*, le défaut ou l'irrégularité de l'avis prévu à l'art. 585 *L.c.v.* est inopposable à la victime d'un préjudice corporel qui demande réparation. Il fonde sa conclusion sur le libellé même de l'art. 2930 *C.c.Q.* (aux pp. 2986 et 2987):

La lecture même de l'article 2930, qui est une disposition impérative d'ordre public, démontre clairement l'intention du législateur d'uniformiser la prescription en matière de réparation du préjudice corporel quel que soit le débiteur de l'obligation ou la source du recours.

. . .

Limiter l'application de l'article 2930 à une disposition contractuelle ou encore aux seules dispositions du *Code civil du Québec* serait aller à l'encontre des termes clairs dudit article et aurait pour effet d'annuler la portée très large et impérative de l'application de l'article 2930 *C.C.Q.*

Il ajoute que l'art. 300 *C.c.Q.* édicte que le *Code civil* en tant que droit commun régit les personnes morales de droit public à titre supplétif, faisant ainsi en sorte que l'art. 2930 *C.c.Q.*, disposition impérative et d'ordre public, s'applique aux municipalités.

*Cour d'appel*, [1995] R.J.Q. 1321

Le juge Baudouin (avec le concours du juge Rousseau-Houle)

Le juge Baudouin partage l'opinion de la Cour supérieure selon laquelle l'art. 2930 *C.c.Q.* a préséance sur les dispositions de l'art. 585 *L.c.v.* qui font échec à la prescription de trois ans prévue au

injury. He noted that this is how the Minister of Justice interpreted the article in his commentaries (*Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), vol. II, at p. 1838 (“Minister’s commentaries”)). Baudouin J.A. acknowledged that the interpretation of an enactment must be based first and foremost on the wording of the enactment itself and that the Minister’s commentaries do not have any absolute value, but he added that there is no justification for systematically disregarding them (at p. 1327):

[TRANSLATION] On the contrary, they can be of use where there are conflicting interpretations, as here, in helping the courts assess the legislature’s intention and understand its viewpoint more clearly.

Baudouin J.A. rejected the appellant’s argument that the use of the word “stipulation” in the English version of art. 2930 *C.C.Q.* shows that the legislature wanted to limit the article’s scope to contractual exclusions. He based this conclusion on art. 2884 *C.C.Q.*, which already explicitly sets out that rule, and on the fact that the English version [TRANSLATION] “is . . . merely a translation of the original French version. As the Italian proverb puts it so well, ‘traduttore, traditore’ (the translator is a traitor)” (p. 1327).

According to Baudouin J.A., pursuant to the preliminary provision and arts. 1376 and 300 of the *Civil Code of Québec*, art. 2930 *C.C.Q.* applies to legal persons established in the public interest, and the fact that art. 2930 is a mandatory provision of public order means that it takes precedence over s. 585 *C.T.A.* (at p. 1328):

[TRANSLATION] Thus, the *Civil Code of Québec*, like the *Charter of human rights and freedoms*, is a fundamental law. It is the *jus commune* applicable to everyone, even legal persons established in the public interest. In the case before the Court, even a narrow, literal interpretation of article 2930 *C.C.Q.* gives it a general scope. Moreover, this article was enacted after section 585 of the *Cities and Towns Act*. Accordingly, given the general nature of the terms used by the legislature, I find it difficult to conclude that a specific provision enacted before the *Civil Code of Québec* would continue to apply.

*Code civil* en matière de dommages corporels. Il souligne qu’il s’agit là de l’interprétation donnée par le ministre de la Justice dans ses commentaries (*Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec — Un mouvement de Société* (1993), t. II, à la p. 1838 («*Commentaires du ministre*»)). Le juge Baudouin reconnaît qu’en matière d’interprétation, il faut d’abord et avant tout se fonder sur le texte lui-même et que ces commentaries n’ont pas une valeur absolue, mais il ajoute que rien ne permet de les écarter de façon systématique (à la p. 1327):

Ils peuvent, au contraire, être utiles en cas de conflit d’interprétation, comme c’est le cas ici, pour aider les tribunaux à mieux évaluer l’intention et à mieux comprendre la perspective du législateur.

Le juge Baudouin rejette l’argument de l’appelante selon lequel l’utilisation du mot «*stipulation*» dans la version anglaise de l’art. 2930 *C.c.Q.* démontre que le législateur voulait limiter la portée du texte aux seules exclusions conventionnelles. Il fonde sa conclusion, d’une part, sur l’art. 2884 *C.c.Q.* qui édicte déjà explicitement cette règle et, d’autre part, sur le fait que la version anglaise «n’est [. . .] qu’une simple traduction de la version originale française. Or, comme le dit si bien le proverbe italien ‘traduttore, traditore’ (le traducteur est un traître)» (p. 1327).

Selon le juge Baudouin, en vertu de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* et des arts. 1376 et 300 *C.c.Q.*, l’art. 2930 *C.c.Q.* s’applique aux personnes morales de droit public et son caractère impératif et d’ordre public lui donne pré-séance sur l’art. 585 *L.c.v.* (à la p. 1328):

Le *Code civil du Québec* est donc, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, une loi fondamentale. Il constitue le droit commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public. Dans le cas qui nous occupe, même une interprétation étroite et littérale de l’article 2930 *C.C.Q.* lui donne une portée générale. D’autre part, ce texte est postérieur à l’article 585 de la *Loi sur les cités et villes*. Il m’apparaît donc difficile de conclure, devant la généralité des termes utilisés par le législateur, qu’une disposition spécifique et antérieure au *Code civil du Québec* continuerait à s’appliquer.

5

6

7 Finally, Baudouin J.A. found that the legislature's intention in the *Civil Code of Québec* was to promote fair compensation for bodily injury and that art. 2930 *C.C.Q.* is just one expression of that intention.

8 In his reasons, Baudouin J.A. also commented on an alternative issue raised by the respondent. Because of my conclusion on the main issue, I will not deal with that alternative issue.

#### Vallerand J.A.

9 Vallerand J.A. concurred in Baudouin J.A.'s opinion, except his comments on the alternative issue, which Vallerand J.A. felt had become moot.

### III — Analysis

10 Section 585 *C.T.A.* reads as follows:

**585.** (1) If any person claim or pretend to have suffered bodily injury by any accident, for which he intends to claim damages from the municipality, he shall, within fifteen days from the date of such accident, give or cause to be given notice in writing to the clerk of the municipality of such intention, containing the particulars of his claim, and stating the place of his residence, failing which the municipality shall be relieved from any liability for any damages caused by such accident, any provision of law to the contrary notwithstanding.

(2) In case of any claim for damages to property, moveable or immoveable, a similar notice shall also be given to the clerk of the municipality, within fifteen days, failing which the municipality shall not be liable for any damages, any provision of law to the contrary notwithstanding.

(3) No such action shall be instituted before the expiration of fifteen days from the date of the service of such notice.

(4) The failure to give such notice shall not, however, deprive any victim of such accident of his right of action, if he prove that he was prevented from giving such notice for any reason deemed sufficient by the court or judge.

The absence of notice or its irregularity because late, insufficient or otherwise defective, must be set up by

Enfin, le juge Baudouin conclut que l'intention du législateur dans le *Code civil du Québec* était de favoriser une juste indemnisation des dommages corporels; l'art. 2930 *C.c.Q.* n'est qu'une manifestation de cette intention.

Dans ses motifs, le juge Baudouin fait également quelques commentaires concernant une question soulevée de manière subsidiaire par l'intimé et dont je ne traiterai pas en raison de ma conclusion quant à la question principale.

#### Le juge Vallerand

Le juge Vallerand souscrit à l'opinion du juge Baudouin sauf qu'il s'abstient quant aux commentaires de celui-ci sur la question subsidiaire, puisqu'elle est devenue théorique.

### III — Analyse

L'article 585 *L.c.v.* édicte:

**585. 1.** Si une personne prétend s'être infligée, par suite d'un accident, des blessures corporelles, pour lesquelles elle se propose de réclamer de la municipalité des dommages-intérêts, elle doit, dans les quinze jours de la date de tel accident, donner ou faire donner un avis écrit au greffier de la municipalité de son intention d'intenter une poursuite, en indiquant en même temps les détails de sa réclamation et l'endroit où elle demeure, faute de quoi la municipalité n'est pas tenue à des dommages-intérêts à raison de tel accident, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire.

2. Dans le cas de réclamation pour dommages à la propriété mobilière ou immobilière, un avis semblable doit aussi être donné au greffier de la municipalité dans les quinze jours, faute de quoi la municipalité n'est pas tenue de payer des dommages-intérêts, nonobstant toute disposition de la loi.

3. Aucune telle action ne peut être intentée avant l'expiration de quinze jours de la date de la signification de cet avis.

4. Le défaut de donner l'avis ci-dessus ne prive pas cependant la personne victime d'un accident de son droit d'action, si elle prouve qu'elle a été empêchée de donner cet avis pour des raisons jugées suffisantes par le juge ou par le tribunal.

C'est par un moyen de non-recevabilité ou dilatoire, selon le cas, et non par un plaidoyer au mérite, que doit

exception to dismiss action or by dilatory exception, as the case may be, and not by a plea to the merits. Failure to invoke such means within the delays and according to the rules established by the Code of Civil Procedure, constitutes a waiver of such irregularity.

No contestation of the facts may be inscribed until judgment is rendered on the said exception to dismiss action or on the said dilatory exception and such judgment must dispose thereof and not reserve them for the merits.

(5) No action in damages shall lie unless such action be instituted within six months after the day on which the accident happened or the right of action accrued. [Emphasis added.]

On December 18, 1991, the Quebec legislature passed the *Civil Code of Québec*, which came into force on January 1, 1994. Article 2930 of the Code provides as follows:

**2930.** Notwithstanding any stipulation to the contrary, where an action is founded on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement that notice be given prior to the bringing of the action or that proceedings be instituted within a period not exceeding three years does not hinder a prescriptive period provided for by this Book.

The “prescriptive period provided for by this Book” is set out in art. 2925 *C.C.Q.*:

**2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise established.

Article 2930 *C.C.Q.* has given rise to a great deal of debate among academic authors, *inter alia* between municipal law supporters and civil law supporters. The former argue that art. 2930 *C.C.Q.* cannot have the effect of abolishing the prior notice requirement set out in s. 585 *C.T.A.* in respect of bodily injury, while the latter take the opposite position (see: Y. Duplessis and J. Héту, “Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d’action et courtes prescriptions”, (1993) *B.D.M.* 1, at pp. 1-3; J. L’Heureux, “L’effet du *Code civil du Québec* sur les municipalités: les règles générales et leur application” (1995), 36 *C. de D.* 843, at pp. 876-80;

être plaidée l’absence d’avis ou son irrégularité, parce que tardif, insuffisant ou autrement défectueux. Le défaut d’invoquer ce moyen dans les délais et suivant les règles établies par le Code de procédure civile, couvre cette irrégularité.

Nulle contestation en fait ne peut être inscrite avant que jugement ne soit rendu sur ledit moyen de non-recevabilité ou dilatoire et ce jugement doit en disposer sans le réserver au mérite.

5. Aucune action en réclamation de dommages n’est recevable à moins qu’elle ne soit intentée dans les six mois qui suivent le jour où l’accident est arrivé, ou le jour où le droit d’action a pris naissance. [Je souligne.]

Le 18 décembre 1991, le législateur québécois adoptait le *Code civil du Québec*, dont l’entrée en vigueur eut lieu le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Ce Code prévoit à son art. 2930:

**2930.** Malgré toute disposition contraire, lorsque l’action est fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l’exigence de donner un avis préalablement à l’exercice d’une action, ou d’intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.

Le «délai de prescription prévu par le présent livre» est énoncé à l’art. 2925 *C.c.Q.*:

**2925.** L’action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n’est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

L’article 2930 *C.c.Q.* a suscité une importante controverse doctrinale, notamment entre les tenants du droit municipal et ceux du droit civil. Les premiers soutiennent que l’art. 2930 *C.c.Q.* ne peut avoir pour effet d’abolir l’exigence d’un avis préalable prévue à l’art. 585 *L.c.v.* en matière de préjudice corporel, tandis que les seconds étaient la position contraire (voir: Y. Duplessis et J. Héту, «Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d’action et courtes prescriptions», (1993) *B.D.M.* 1, aux pp. 1 à 3; J. L’Heureux, «L’effet du *Code civil du Québec* sur les municipalités: les règles générales et leur application» (1995), 36 *C. de D.* 843, aux pp. 876 à 880;

J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4th ed. 1993), at p. 584; C. Masse, “La responsabilité civile”, in *La réforme du Code civil* (1993), vol. II, 235, at p. 250; M. Tancelin, *Des obligations — Les techniques d’exécution et d’extinction* (1994), at pp. 156-57; D. Dumais, “La prescription”, in *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations, contrats et prescription* (1996), 413, at pp. 427-28). It is now up to this Court to resolve that debate.

#### A. Commentaries of the Minister of Justice

<sup>12</sup> Before dealing with the interpretation of the *Civil Code*, it is appropriate to consider what weight should be given to the Minister’s commentaries. The appellant, relying mainly on common law authorities, argued in this Court that the commentaries should not be considered in interpreting the *Civil Code* (*Hilder v. Dexter*, [1902] A.C. 474, at p. 477; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 28).

<sup>13</sup> The Minister’s commentaries were published after the *Civil Code of Québec* was enacted. Strictly speaking, therefore, they are not part of the parliamentary history surrounding the enactment of the *Civil Code*, unlike the *Report of the Commissioners for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters* (1865), which has been used by this Court to support its interpretation of provisions of the *Civil Code of Lower Canada* (see: *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 719; *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549). Nevertheless, the origin of the Minister’s commentaries gives them a special status. They were issued by the Department of Justice and were generally based on the parliamentary history. In “Le recours aux travaux préparatoires dans l’interprétation du nouveau Code civil du Québec”, in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 149, Professor Masse stated the following on this point at p. 159:

J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 584; C. Masse, «La responsabilité civile», dans *La réforme du Code civil* (1993), t. II, 235, à la p. 250; M. Tancelin, *Des obligations — Les techniques d’exécution et d’extinction* (1994), aux pp. 156 et 157; D. Dumais, «La prescription», dans *Collection de droit*, vol. 5, *Obligations, contrats et prescription* (1996), 413, aux pp. 427 et 428). Il revient maintenant à notre Cour de trancher ce débat.

#### A. Les Commentaires du ministre de la Justice

Avant de traiter de l’interprétation du *Code civil*, il est utile de s’interroger sur le poids à accorder aux *Commentaires du ministre*. L’appelant, en se fondant principalement sur des autorités de common law, a soutenu devant notre Cour que ces commentaries ne devaient pas être pris en considération lors de l’interprétation du *Code civil* (*Hilder c. Dexter*, [1902] A.C. 474, à la p. 477; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12<sup>e</sup> éd. 1969), à la p. 28).

Les *Commentaires du ministre* ont été publiés après l’adoption du *Code civil du Québec*. Ils ne sont donc pas, à strictement parler, des travaux préparatoires à l’adoption du *Code civil*, contrairement au *Rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles* (1865), qui a été utilisé par le passé afin d’appuyer l’interprétation donnée par notre Cour à certaines dispositions du *Code civil du Bas Canada* (voir: *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 719; *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549). Néanmoins, l’origine des *Commentaires du ministre* leur accorde un statut particulier. Ces derniers émanent du ministère de la Justice et ont généralement été inspirés des travaux préparatoires. Le professeur Masse, dans un article intitulé «Le recours aux travaux préparatoires dans l’interprétation du nouveau Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 149, affirmait à ce sujet, à la p. 159:

[TRANSLATION] The Department of Justice intends to publish detailed, official, article-by-article commentaries in a few months on the meaning of the new provisions and their relationship to the former law. These commentaries will be general but based, *inter alia*, on the work of the C.C.R.O., the debates of parliamentary and drafters' committees, the documents used by MNAs and drafters during their work and the research conducted since. The rich parliamentary history will therefore not be lost, and these commentaries can serve as theoretical writings. [Emphasis added.]

In the introduction of the Minister's commentaries, vol. I, Minister of Justice Gil Rémillard explained their objective as follows at pp. VIII-IX:

[TRANSLATION] The commentaries on the Civil Code of Québec are meant to provide information on the legislature's intentions, the context of the new legislative provisions and the sources that were directly considered.

The legislature wanted the Civil Code of Québec to reflect the social contract of our free and democratic society. These commentaries attest to that and will be an invaluable reference in interpreting the Code in the context of the necessary changes to one of the most fundamental laws of our legal system.

Of course, the interpretation of the *Civil Code* must be based first and foremost on the wording of its provisions. That said, however, and as noted by Baudouin J.A. in the judgment under appeal, there is no reason to systematically disregard the Minister's commentaries, since they can sometimes be helpful in determining the legislature's intention, especially where the wording of the article is open to differing interpretations (at p. 1327). However, the commentaries are not an absolute authority. They are not binding on the courts, and their weight can vary, *inter alia* in light of other factors that may assist in interpreting the *Civil Code's* provisions.

Le ministère de la Justice se propose en effet de publier dans quelques mois des commentaires officiels détaillés, article par article, sur le sens des nouvelles dispositions et leurs liens avec l'ancien droit. Ces commentaires resteront généraux mais seront fondés, notamment, sur les travaux de l'O.R.C.C., les débats en commission parlementaire et aux comités des légistes, les textes utilisés par les députés et légistes lors de ces travaux et les recherches conduites depuis. La richesse des travaux préparatoires ne sera donc pas perdue et ces commentaires pourront valoir à titre de doctrine. [Je souligne.]

Dans l'introduction des *Commentaires du ministre*, t. I, le ministre de la Justice Gil Rémillard exprimait en ces termes l'objectif visé par les commentaires, aux pp. VIII et IX:

Les commentaires du Code civil du Québec visent à fournir certaines indications sur les motifs du législateur, sur le contexte des dispositions législatives nouvelles et sur les sources qui ont été directement considérées.

Le législateur a voulu que le Code civil du Québec reflète le contrat social de notre société de liberté et de démocratie. Ces commentaires en témoignent et seront ainsi une référence précieuse pour son interprétation dans le contexte de l'évolution qui s'impose à l'une des lois les plus fondamentales de notre régime de droit.

Évidemment, l'interprétation du *Code civil* doit avant tout se fonder sur le texte même des dispositions. Cela dit et comme le soulignait le juge Baudouin dans le jugement dont appel, il n'y a cependant aucune raison d'écarter systématiquement les *Commentaires du ministre*, puisqu'ils peuvent parfois constituer un élément utile pour cerner l'intention du législateur, particulièrement lorsque le texte de l'article prête à différentes interprétations (à la p. 1327). Toutefois, ces commentaires ne constituent pas une autorité absolue. Ils ne lient pas les tribunaux et leur poids pourra varier, notamment, au regard des autres éléments pouvant aider l'interprétation des dispositions du *Code civil*.

B. *Interpretation of the Civil Code of Québec*(1) Application of the Civil Code to Legal Persons Established in the Public Interest

15 The preliminary provision of the *Civil Code of Québec* reads as follows:

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

This provision explicitly states that the *Civil Code* is the *jus commune* of Quebec. Thus, unlike statute law in the common law, the *Civil Code* is not a law of exception, and this must be taken into account in interpreting it. It must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved. (In this regard, see: J.-L. Bergel, "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation", in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, supra*, 3.)

16 The *Civil Code of Québec* sets out a number of guiding legal principles. According to the preliminary provision, the Code is also the foundation of all other laws dealing with matters to which the Code relates, although such laws may complement the Code or make exceptions to it. It is therefore the foundation of all statutes that draw mainly or incidentally on civil law concepts. It is also applicable to the aspects of legal persons established in the public interest that come under the *Civil Code*. (In this regard, see: J.-M. Brisson, "Le Code civil, droit commun?", in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, supra*, 293, at pp. 312-14.)

B. *L'interprétation du Code civil du Québec*(1) L'application du Code civil aux personnes morales de droit public

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* se lit comme suit:

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Cette disposition édicte en termes explicites que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le *Code civil* n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. (À ce sujet, voir: J.-L. Bergel, «Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation», dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, op. cit.*, 3.)

Le *Code civil du Québec* énonce plusieurs principes directeurs du droit. Sa disposition préliminaire souligne d'ailleurs qu'il constitue le fondement des autres lois portant sur les matières auxquelles il se rapporte, bien que ces lois puissent ajouter ou déroger au Code. Il constitue donc le fondement des lois qui font appel, principalement ou accessoirement, à des notions de droit civil. Il trouve également application aux personnes morales de droit public dans leurs aspects relevant du *Code civil*. (À ce sujet, voir: J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit commun?», dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, op. cit.*, 293, aux pp. 312 à 314.)

Article 300 *C.C.Q.* sets out the general framework of the law applicable to legal persons established in the public interest:

**300.** Legal persons established in the public interest are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them; legal persons established for a private interest are primarily governed by the Acts applicable to their particular type.

Both kinds of legal persons are also governed by this Code where the provisions of such Acts require to be complemented, particularly with regard to their status as legal persons, their property or their relations with other persons.

This article clearly states two principles: first, legal persons established in the public interest, including municipalities, are primarily governed by “the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them”; second, the *Civil Code of Québec* also applies to municipalities where such Acts “require to be complemented” with regard to matters falling under private law. On the latter point, notary J. Hardy, in “Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l’État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique”, in *Actes de la XI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l’État* (1992), 267, states the following at pp. 298-99:

[TRANSLATION] [T]he second paragraph of article 300 explicitly subjects legal persons established in the public interest to the new Civil Code, *inter alia* with regard to their “relations with other persons”. Clearly, this is intended to be approximately equivalent to the portion of article 356 [*C.C.L.C.*] that subjects them to the “civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society”.

Although art. 300 *C.C.Q.* retains the same basic principle, it differs noticeably from art. 356 *C.C.L.C.* The latter provision, which this Court considered in detail in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, *supra*, provided as follows:

**356.** Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within the control of the

L’article 300 *C.c.Q.* dresse le cadre général du droit applicable aux personnes morales de droit public:

**300.** Les personnes morales de droit public sont d’abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d’abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu’il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

Cet article énonce clairement deux principes: d’une part, les personnes morales de droit public, qui comprennent les municipalités, sont avant tout régies par «les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables»; d’autre part, le *Code civil du Québec* s’applique également aux municipalités «lorsqu’il y a lieu de compléter» ces lois sur des matières relevant du droit privé. Sur ce dernier aspect, le notaire J. Hardy, dans un article intitulé «Nouveau Code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l’État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique», dans *Actes de la XI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l’État* (1992), 267, mentionne, aux pp. 298 et 299:

[L]e deuxième alinéa de l’article 300 soumet explicitement les personnes morales de droit public au nouveau Code civil, notamment quant à leur «rapport avec les autres personnes», ce qui, de toute évidence, a pour but de constituer l’équivalent approximatif de la partie de l’article 356 [*C.c.B.C.*] qui les soumet au «droit civil», «dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement».

Bien qu’il conserve le même principe de base, l’art. 300 *C.c.Q.* diffère sensiblement de l’art. 356 *C.c.B.C.* Cette dernière disposition, qui a fait l’objet d’une étude détaillée par notre Cour dans l’arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, précité, énonçait:

**356.** Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle

civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

It can be seen that the wording of art. 300 *C.C.Q.* is more generous than that of its predecessor. While art. 356 *C.C.L.C.* stated that municipalities could fall, in certain respects, within the control of the *Civil Code of Lower Canada* in a specific area, namely their relations to members of society, the new Code instead provides that municipalities are also governed by the *Civil Code of Québec* where the special Acts by which they are constituted need to be complemented, particularly with regard to their status, property and relations with other persons. This complementary role given to the *Civil Code of Québec* explicitly recognizes its status as the *jus commune* in private law matters. The use of the term "particularly" justifies the conclusion that the list of areas in which the *Civil Code* can complement special Acts is open-ended. The Code's complementary role does not preclude the possibility that a provision of the Code might limit the application of provisions of special Acts applicable to municipalities if the legislature expressed a sufficiently clear and precise intention to that effect.

19

Thus, art. 300 *C.C.Q.* opens the door to a greater integration of private law rules into the law applicable to municipalities. This interpretation is supported by the Minister's commentaries, vol. I, in which the following is stated about art. 300 *C.C.Q.* at pp. 204-5:

[TRANSLATION] As well, by providing that the special Acts applicable to such persons are complemented by the Code with regard to their property and their relations with other persons, the article is stating that the *jus commune* applicable to those persons is the civil law, which means the law of property, obligations, real security, evidence, prescription, etc.

This article makes it possible to apply general private law rules to legal persons established in the public interest. Where it was appropriate to set out specific rules, *inter alia* with respect to property and liability, those rules were included in the relevant books.

du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

On remarque que le libellé de l'art. 300 *C.c.Q.* est plus généreux que celui de son prédécesseur. Alors que l'art. 356 *C.c.B.C.* énonçait que les municipalités pouvaient tomber, à certains égards, sous le contrôle du *Code civil du Bas Canada* dans un domaine précis, soit leurs rapports avec les autres membres de la société, le nouveau Code édicte plutôt que les municipalités sont aussi régies par le *Code civil du Québec* lorsqu'il y a lieu de compléter les lois particulières qui les constituent, notamment quant à leur statut, leurs biens et leurs rapports avec les autres personnes. Ce rôle complémentaire accordé au *Code civil du Québec* reconnaît explicitement son statut de droit commun dans les matières relevant du droit privé. L'emploi du terme «notamment» permet de conclure que la liste des matières dans lesquelles le *Code civil* peut compléter les lois particulières est non limitative. La vocation complémentaire du Code ne ferme pas la porte à la possibilité qu'une disposition de ce Code restreigne l'application de certaines dispositions de lois particulières s'appliquant aux municipalités si le législateur démontre une intention suffisamment claire et précise à ce sujet.

Ainsi, l'art. 300 *C.c.Q.* ouvre la porte à une plus grande intégration des règles de droit privé en ce qui concerne le droit applicable aux municipalités. Cette interprétation est appuyée par les *Commentaires du ministre*, t. I, dans lesquels il est mentionné au sujet de l'art. 300 *C.c.Q.*, aux pp. 204 et 205:

De même, en prévoyant que les lois particulières applicables à ces personnes sont complétées par le code quant aux biens et aux rapports qu'ont les personnes morales avec les autres personnes, l'article énonce que le droit commun applicable à ces personnes est le droit civil, qu'il s'agisse du droit des biens, des obligations, des sûretés réelles, de la preuve, de la prescription, etc.

Cet article permet d'appliquer les règles du droit privé général aux personnes morales de droit public et, lorsqu'il s'est avéré opportun d'énoncer des règles particulières, notamment en matière de biens et de responsabilité, elles l'ont été aux livres pertinents.

Article 300 *C.C.Q.* must be read in conjunction with art. 1376 *C.C.Q.*, which specifically concerns Book Five of the Code, “Obligations”:

**1376.** The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them.

This provision complements art. 300 *C.C.Q.*; it specifies that where obligations are concerned, the *Civil Code* is the *jus commune* applicable to legal persons. (See in this regard: P.-A. Côté, “La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels*” (1994), 28 *R.J.T.* 411, at p. 423.) Moreover, the Minister’s commentaries, vol. I, on this provision note the following at p. 833:

[TRANSLATION] For legal persons established in the public interest, this article complements the general provisions set out in article 300 of the book on *Persons* concerning the subjection of such legal persons to the rules of the Code.

Other provisions of the *Civil Code of Québec* also explicitly provide that the Code is applicable to the state in private law matters (see arts. 916, 1464, 1672, 2877 and 2964 *C.C.Q.*). For example, as regards prescription, to which this case relates, art. 2877 *C.C.Q.* provides as follows:

**2877.** Prescription takes effect in favour of or against all persons, including the State, subject to express provision of law.

This last provision is another factor that shows that the general principles of prescription are applicable to legal persons established in the public interest, “subject to express provision of law”. However, as I noted in analysing art. 300 *C.C.Q.*, the fact that the *jus commune* is supplementary in nature does not mean that the legislature cannot give a specific provision of the *Civil Code* precedence over special Acts applicable to municipalities, provided that it expresses a sufficiently clear and precise intention to that effect (para. 18).

L’article 300 *C.c.Q.* doit être lu en conjonction avec l’art. 1376 *C.c.Q.*, qui vise de manière spécifique le livre cinquième du Code «Des obligations»:

**1376.** Les règles du présent livre s’appliquent à l’État, ainsi qu’à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Cette disposition complète l’art. 300 *C.c.Q.*; elle spécifie que dans le domaine des obligations, le *Code civil* constitue le droit commun applicable aux personnes morales. (Voir à ce sujet: P.-A. Côté, «La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels*» (1994), 28 *R.J.T.* 411, à la p. 423.) D’ailleurs, les *Commentaires du ministre*, t. I, concernant cette disposition soulignent, à la p. 833:

L’article est le complément, quant aux personnes morales de droit public, des dispositions d’ordre général énoncées à l’article 300 du livre *Des personnes*, concernant l’assujettissement de ces personnes morales aux règles du code.

On retrouve à l’intérieur du *Code civil du Québec* d’autres manifestations explicites de son application à l’État dans les matières relevant de droit privé (voir les art. 916, 1464, 1672, 2877 et 2964 *C.c.Q.*). Ainsi, dans le domaine de la prescription visé par la présente affaire, l’art. 2877 *C.c.Q.* édicte:

**2877.** La prescription s’accomplit en faveur ou à l’encontre de tous, même de l’État, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

Cette dernière disposition est un autre élément démontrant que les principes généraux en matière de prescription sont applicables aux personnes morales de droit public, «sous réserve des dispositions expresses de la loi». Toutefois, comme je l’ai déjà souligné dans le cadre de l’analyse de l’art. 300 *C.c.Q.*, le fait que le droit commun ait un caractère subsidiaire ne nie pas au législateur la possibilité de donner préséance à une disposition spécifique du *Code civil* sur les lois particulières s’appliquant aux municipalités s’il démontre une intention suffisamment claire et précise à ce sujet (par. 18).

(2) Article 2930 C.C.Q.

22

At this point in the analysis, it is appropriate to reproduce both official versions of art. 2930 C.C.Q.:

**2930.** Notwithstanding any stipulation to the contrary, where an action is founded on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement that notice be given prior to the bringing of the action or that proceedings be instituted within a period not exceeding three years does not hinder a prescriptive period provided for by this Book.

**2930.** *Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence de donner un avis préalablement à l'exercice d'une action, ou d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.*

The legislature has clearly expressed its intention through the wording of the article. Article 2930 C.C.Q. must take precedence over “any stipulation [*disposition*’ in the French version] to the contrary”.

23

The appellant argued at length in this Court that by using the term “stipulation”, which has an exclusively contractual connotation, in the English version rather than the term “provision”, which generally has a legislative connotation, the legislature’s intention was to limit the article’s scope to contractual exclusions. Since the term “*disposition*” used in the French version of art. 2930 C.C.Q. can have either a legislative or a contractual connotation, the appellant is relying on an interpretation principle applicable to bilingual statutes, namely that they should be interpreted by finding the meaning shared by both versions, that is “the more narrow of the two” meanings (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 276).

24

This argument was rejected by Baudouin J.A. in the judgment under appeal, partly on the basis that the English version of the *Civil Code* is [TRANSLATION] “merely a translation of the original French version” (p. 1327). With respect, although what he stated is unfortunately true, it cannot be used to

(2) L'article 2930 C.c.Q.

Il est utile, à cette étape de l'analyse, de rappeler le libellé de l'art. 2930 C.c.Q. dans les deux versions officielles:

**2930.** Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence de donner un avis préalablement à l'exercice d'une action, ou d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.

**2930.** *Notwithstanding any stipulation to the contrary, where an action is founded on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement that notice be given prior to the bringing of the action or that proceedings be instituted within a period not exceeding three years does not hinder a prescriptive period provided for by this Book.*

Le législateur a clairement exprimé son intention dans le texte même de l'article. L'article 2930 C.c.Q. doit avoir préséance sur «toute disposition [dans la version anglaise: '*stipulation*'] contraire».

L'appelante a longuement plaidé devant notre Cour qu'en employant dans la version anglaise le terme «*stipulation*», qui a une connotation exclusivement contractuelle, plutôt que le terme «*provision*», qui a généralement une connotation législative, l'intention du législateur était de limiter la portée du texte aux exclusions conventionnelles. En effet, le terme «*disposition*» utilisé dans la version française de l'art. 2930 C.c.Q. pouvant avoir aussi bien une connotation législative que contractuelle, l'appelante se fonde sur le principe d'interprétation des textes bilingues voulant qu'on favorise l'interprétation qui retient un sens commun, soit «celui du texte ayant le sens le plus restreint» (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 309).

Dans le jugement dont appel, le juge Baudouin a rejeté cet argument en se fondant, en partie, sur le fait que la version anglaise du *Code civil* n'est «qu'une simple traduction de la version originale française» (p. 1327). Avec égards, malgré la véracité de ce fait regrettable, celui-ci ne peut servir à

reject the argument made by the appellant. Section 7 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, provides that the French and English versions of Quebec statutes “are equally authoritative”. This is in accordance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867* which requires that the statutes of the legislature of Quebec be enacted in both official languages and that both versions be equally authoritative and have the same status (see: *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721).

That said, the principle of preferring the interpretation that leads to a shared meaning is, in any event, not absolute. The Court can reject that meaning if it seems contrary to the legislature’s intention in light of the other principles of interpretation. *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865, is a good example of a case in which this Court preferred the version that was broader in scope because it was consistent with the legislator’s intention. At the time the decision was rendered, s. 8 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, was in force, and para. (2)(b) of that section provided that the meaning shared by the English and French versions was to be preferred. Pratte J., writing for the Court, stated the following at pp. 871-72 and 874-75:

The rule . . . expressed [in s. 8(2)(b)] is a guide; it is one of several aids to be used in the construction of a statute so as to arrive at the meaning which, “according to the true spirit, intent and meaning of an enactment, best ensures the attainment of its objects” (s. 8(2)(d)). The rule of s. 8(2)(b) should not be given such an absolute effect that it would necessarily override all other canons of construction. In my view therefore the narrower meaning of one of the two versions should not be preferred where such meaning would clearly run contrary to the intent of the legislation and would consequently tend to defeat rather than assist the attainment of its objects.

A detailed examination of these provisions has convinced me that . . . [emphasis should not be placed on] the fact that in a limited number of cases the French text taken in isolation would convey a more restrictive meaning. Such a narrow meaning cannot however be

écarter l’argument avancé par l’appelante. L’article 7 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, édicte que les versions française et anglaise des lois québécoises «ont la même valeur juridique», ceci en conformité avec l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les lois de la législature du Québec soient adoptées dans les deux langues officielles, qu’elles fassent pareillement autorité et qu’elles aient le même statut (voir: *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721).

Cela dit, il n’empêche que le principe voulant que l’on favorise l’interprétation menant à un sens commun n’est pas absolu. La Cour peut ne pas retenir ce sens s’il paraît contraire à l’intention du législateur au regard des autres principes d’interprétation. L’arrêt *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, est un bon exemple où notre Cour a préféré la version ayant la portée la plus large parce qu’elle était conforme à l’intention du législateur. À l’époque où la décision a été rendue, l’art. 8 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, était en vigueur et son al. (2)(b) édictait que le sens commun des versions anglaise et française devait être favorisé. Le juge Pratte, au nom de la Cour, a écrit, aux pp. 871 et 872, et 874 et 875:

La règle prescrite par [l’al. 8(2)(b)] n’est qu’un guide parmi plusieurs autres, dont il faut se servir pour rechercher le sens d’une loi qui, «selon l’esprit, l’intention et le sens véritables du texte, assure le mieux la réalisation de ses objets» (al. 8(2)(d)). La règle de l’al. 8(2)(b) n’est pas absolue au point d’automatiquement l’emporter sur tous les autres principes d’interprétation. J’estime donc qu’il ne faut pas retenir la version la plus restrictive si elle va clairement à l’encontre du but de la loi et compromet la réalisation de ses objets au lieu de l’assurer.

Un examen approfondi des textes me convainc [. . .] qu’il ne faut pas s’arrêter aux quelques cas où le texte français, considéré isolément, justifierait une signification plus restrictive. Le sens étroit du texte français ne peut ici restreindre le sens beaucoup plus large des

held to control the much broader meaning of the English expressions, especially when it is apparent that such was not the intent, quite the contrary. [Emphasis added.]

(See also: Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada, supra*, at pp. 276-79.)

26

It is true that an attempt to give the term “stipulation” a legislative connotation is an improper use of that term. As a general rule, when the legislature uses the term “*disposition(s)*” in the French version of the *Civil Code*, it uses the term “*provision(s)*”, which has a legislative connotation, in the English version. However, it is interesting to note that there is just one other provision, art. 1345 *C.C.Q.*, in which the legislature has used the term “stipulation” in the English version to correspond to the term “*disposition*” in the French version. In that article, the context makes it clear that the legislature intended to give these terms a contractual connotation. Elsewhere in the Code, the legislature has consistently and on numerous occasions used the term “*stipulation*” in the French version where the English version uses “stipulation”. It is therefore legitimate to ask why, in art. 2930 *C.C.Q.*, the legislature did not use the term “*stipulation*” in the French version if it wanted the article to have only a contractual connotation, as it did in the rest of the *Civil Code* (except art. 1345 *C.C.Q.*). For the reasons that follow, it must be concluded that the legislature’s intention was indeed to cover both legislative and contractual provisions and that an unfortunate word choice was made in the English version.

27

As noted by Baudouin J.A. in the decision under appeal, the decisive reason for this conclusion is art. 2884 *C.C.Q.*:

**2884.** No prescriptive period other than that provided by law may be agreed upon.

This article already provides that prescriptive periods are of public order and cannot be altered by agreement. If it were to be concluded that the term “*disposition*” in the French version of art. 2930 *C.C.Q.* has only a contractual connotation, the article would be largely redundant. If the legislature

expressions anglaises particulièrement lorsqu’il est évident que tel n’est pas le but visé, bien au contraire. [Je souligne.]

(Voir également: Côté, *Interprétation des lois, op. cit.*, aux pp. 310 à 312.)

Il est vrai que de tenter de donner une connotation législative au terme «*stipulation*» constitue un emploi impropre de ce terme. Règle générale, lorsque le législateur emploie le terme «*disposition(s)*» dans la version française du *Code civil*, il emploie le terme «*provision(s)*» dans la version anglaise, lequel a une connotation législative. Toutefois, il est intéressant de remarquer qu’il n’y a qu’une autre disposition, soit l’art. 1345 *C.c.Q.*, où le législateur a utilisé le terme «*stipulation*» dans la version anglaise lorsqu’il a employé le terme «*disposition*» dans la version française. Dans cet article, le contexte permet aisément de conclure que le législateur voulait donner une connotation contractuelle à ces termes. Ailleurs au Code, de façon constante et à maintes reprises, le législateur a employé le terme «*stipulation*» dans la version française lorsque la version anglaise emploie le terme «*stipulation*». Il devient alors légitime de se demander pourquoi, à l’art. 2930 *C.c.Q.*, le législateur n’a pas utilisé le terme «*stipulation*» dans la version française s’il ne voulait donner qu’une connotation contractuelle à cet article, comme il l’a fait dans le reste du *Code civil* (exception faite de l’art. 1345 *C.c.Q.*). Pour les motifs qui suivent, il faut conclure que l’intention du législateur était bien de viser toute disposition, aussi bien législative que contractuelle, et qu’un malencontreux choix de mot s’est glissé dans la version anglaise.

Comme l’a souligné le juge Baudouin dans la décision dont appel, la raison péremptoire de cette conclusion est l’art. 2884 *C.c.Q.*:

**2884.** On ne peut pas convenir d’un délai de prescription autre que celui prévu par la loi.

Cet article prévoit déjà que les délais de prescription sont d’ordre public et ne peuvent être modifiés par convention. Si on concluait que le terme «*disposition*» à l’art. 2930 *C.c.Q.* n’a qu’une connotation contractuelle, cet article serait en grande partie redondant. En effet, il est douteux que, s’il enten-

had intended art. 2930 *C.C.Q.* to cover only contractual provisions, it is doubtful that it would have taken the trouble to repeat needlessly that the three-year prescriptive period set out in the *Civil Code* cannot be reduced by agreement when it had already clearly established that principle in art. 2884 *C.C.Q.* The term “*disposition*” therefore cannot be limited to contracts; it must also cover legislation. This interpretation is also consistent with the Minister’s commentaries, vol. II, on art. 2930 *C.C.Q.*, at p. 1838:

[TRANSLATION] The article [2930 *C.C.Q.*] changes the scope of certain rules, *inter alia* in municipal law, where failure to give notice within a very short period of time means that the right of action is lost. [Emphasis added.]

However, must it be concluded, as stated in the Minister’s commentaries, that art. 2930 *C.C.Q.* applies to municipalities despite an explicit provision on the same subject in the *Cities and Towns Act*? The answer must be yes, because, in my view, art. 2930 *C.C.Q.* overrides the first principle set out in art. 300 *C.C.Q.*, namely that the provisions of special Acts must be applied before applying the provisions of the *Civil Code* (para. 17).

Prescription is essentially a matter of private law. By enacting s. 585 *C.T.A.*, the legislature created an exception, in a special Act, to the private law rules that would otherwise have been applicable. With the passing of the new *Civil Code*, the legislature enacted a specific provision on prescription in respect of bodily injury, art. 2930 *C.C.Q.*, and explicitly gave it precedence over “any stipulation to the contrary”. This is a mandatory provision of public order. It is an exception to the first principle set out in art. 300 *C.C.Q.* and therefore takes precedence over s. 585 *C.T.A.* I therefore agree with Baudouin J.A.’s conclusion on this point at p. 1328:

[TRANSLATION] Third, article 300 *C.C.Q.*, which continues to generally subject legal persons established in the public interest to their special Acts, also provides in its second paragraph that they are governed by the provisions of the *Civil Code of Québec*. I would also note,

daît viser uniquement les dispositions contractuelles à l’art. 2930 *C.c.Q.*, le législateur aurait pris la peine de répéter inutilement qu’il n’est pas possible à l’aide d’une convention de réduire le délai de prescription de trois ans prévu au *Code civil*, alors qu’il avait déjà clairement établi ce principe à l’art. 2884 *C.c.Q.* Le terme «*disposition*» ne peut donc pas être restreint au domaine contractuel; il doit également viser le domaine législatif. Cette interprétation est par ailleurs conforme aux *Commentaires du ministre*, t. II, concernant l’art. 2930 *C.c.Q.*, à la p. 1838:

L’article [2930 *C.c.Q.*] vient modifier la portée de certaines règles, notamment en droit municipal, où le défaut de donner un avis à l’intérieur d’un délai très court emporte déchéance du droit d’action. [Je souligne.]

Doit-on cependant conclure que, comme l’affirment les *Commentaires du ministre*, l’art. 2930 *C.c.Q.* s’applique aux municipalités et cela, malgré une disposition explicite de la *Loi sur les cités et villes* portant sur ce sujet? Une réponse affirmative s’impose car, à mon avis, l’art. 2930 *C.c.Q.* écarte le premier principe édicté à l’art. 300 *C.c.Q.* qui veut que l’on applique les dispositions des lois particulières avant d’avoir recours aux dispositions du *Code civil* (par. 17).

Le domaine de la prescription est fondamentalement de droit privé. En adoptant l’art. 585 *L.c.v.*, le législateur avait fait une exception dans une loi particulière aux règles de droit privé qui auraient été autrement applicables. Avec l’adoption du nouveau *Code civil*, le législateur a édicté une disposition spécifique visant la prescription en matière de dommages corporels, l’art. 2930 *C.c.Q.*, et lui a donné explicitement préséance sur «toute disposition contraire». Cette disposition est impérative et d’ordre public. Elle déroge au premier principe édicté à l’art. 300 *C.c.Q.* et a donc préséance sur l’art. 585 *L.c.v.* Je souscris donc à la conclusion du juge Baudouin sur ce point, à la p. 1328:

En troisième lieu, l’article 300 *C.C.Q.*, qui continue de soumettre généralement les personnes morales de droit public à leurs lois particulières, prévoit aussi, dans son second alinéa, qu’elles sont régies par les dispositions du *Code civil du Québec*. Je remarquerai égale-

28

29

turning the argument around, that it would conversely be surprising if the expression “notwithstanding any stipulation to the contrary” could be interpreted as not creating an exception to the first paragraph of article 300 C.C.Q. [Emphasis added.]

30

This interpretation of art. 2930 C.C.Q. is consistent with the legislature’s intention in the new Code, namely to ensure that fair compensation is provided for bodily injury, which is a form of interference with a person’s physical integrity. This intention is evident from the *Civil Code of Québec*’s provisions as a whole, and in particular: art. 454 C.C.Q., which provides that the right to claim damages for corporal injury remains the private property of each spouse; art. 1474 C.C.Q., which provides that liability for bodily injury may not be limited or excluded; art. 1609 C.C.Q., which provides that an acquittance, transaction or statement obtained from a person who has sustained bodily injury within 30 days of the act that caused the injury is without effect; art. 1615 C.C.Q., which, on an exceptional basis, authorizes the courts to review the compensation awarded for bodily injury; and art. 1616 C.C.Q., which provides that compensation for bodily injury sustained by a minor can be in the form of an annuity. Protection of the physical integrity of the person is one of the fundamental values of the *Civil Code of Québec*, art. 10 of which states that “[c]very person is inviolable and is entitled to the integrity of his person” (see also art. 3 C.C.Q.). This interpretation is also consistent with the values of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 1 of which protects the right of every human being to personal inviolability. Article 2930 C.C.Q. is just one expression of the legislature’s support for this concept.

31

The appellant referred to a previous version of the Minister’s commentaries dated May 1992. In that version, the commentary on art. 2930 C.C.Q. did not contain the following sentence concerning municipalities:

[TRANSLATION] The article changes the scope of certain rules, *inter alia* in municipal law, where failure to give notice within a very short period of time means that the right of action is lost.

ment en retournant l’argument qu’il serait étonnant, à l’inverse, que l’expression «nonobstant toute disposition contraire» puisse être interprétée comme ne faisant pas exception à l’article 300 C.C.Q., premier alinéa. [Je souligne.]

Cette interprétation de l’art. 2930 C.c.Q. est conforme à l’intention du législateur dans le nouveau Code, soit d’assurer une juste indemnisation du préjudice corporel, lequel constitue une atteinte à l’intégrité physique de la personne. Cette intention transparaît à travers l’ensemble des dispositions du *Code civil du Québec*, notamment: l’art. 454 C.c.Q. qui prévoit que le droit de réclamer des dommages en réparation d’un préjudice corporel reste propre à chacun des époux; l’art. 1474 C.c.Q. qui interdit de limiter ou d’exclure sa responsabilité pour préjudice corporel; l’art. 1609 C.c.Q. qui rend sans effet les quittances, transactions ou déclarations obtenues de la victime d’un préjudice corporel dans les 30 jours du fait dommageable; l’art. 1615 C.c.Q. qui permet exceptionnellement aux tribunaux de réviser l’indemnité accordée pour préjudice corporel et l’art. 1616 C.c.Q. qui permet l’indemnisation du préjudice corporel d’un mineur sous forme de rente. La protection de l’intégrité physique de la personne est l’une des valeurs fondamentales du *Code civil du Québec* qui énonce à son art. 10 que «[t]oute personne est inviolable et a droit à son intégrité» (voir également l’art. 3 C.c.Q.). Cette interprétation est aussi conforme aux valeurs de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, qui protège à son article premier le droit de tout être humain à l’intégrité de sa personne. L’article 2930 C.c.Q. n’est qu’une expression de la faveur que lui accorde le législateur.

L’appelante a invoqué une version antérieure des *Commentaires du ministre* datée de mai 1992. Dans celle-ci, le commentaire de l’art. 2930 C.c.Q. ne contient pas la phrase suivante visant les municipalités:

L’article vient modifier la portée de certaines règles, notamment en droit municipal, où le défaut de donner un avis à l’intérieur d’un délai très court emporte déchéance du droit d’action.

This sentence was added later, since it appears in the final version of the Minister's commentaries, which was the only one published by Les Publications du Québec in 1993. Relying on the previous version, the appellant argued that art. 2930 *C.C.Q.* did not apply to municipalities when it was enacted and that the Minister tried to alter its scope by changing his commentaries.

The Minister gave the following explanation in the introduction to his commentaries, vol. I, at p. VIII:

[TRANSLATION] Following the passage of the Civil Code of Québec on December 18, 1991, the commentaries were reviewed in full to ensure that the entire document was consistent and to take account, primarily, of amendments to the initial bill and observations made during the work of the Committee on Institutions.

The version relied on by the appellant was merely a preliminary document.

I cannot accept the appellant's argument. In my view, by adding to the commentaries the Minister merely clarified the intention that the legislature had when it drafted art. 2930 *C.C.Q.* This conclusion is based on the interpretation I have already given of art. 2930 *C.C.Q.* and is confirmed by the parliamentary history of that article. Parliamentary history consists of "preliminary documents pertaining to the preparation of a statute" (Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, at p. 353). (On the sources of the parliamentary history of the *Civil Code of Québec*, see: Masse, "Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec", *supra*, at p. 151.)

Article 2930 *C.C.Q.* is new law; it has no equivalent in the *Civil Code of Lower Canada*. It first appeared as art. 3111 of the draft bill entitled *An Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec*, 2nd Sess., 33rd Leg., introduced on June 16, 1988. On October 15, 1990, the Minister of Justice tabled a paper relating to the introduction of the draft *Civil Code of*

Cette phrase a été ajoutée par la suite puisqu'elle apparaît dans la version finale des *Commentaires du ministre* qui seule a été publiée pour le bénéfice du public par les Publications du Québec en 1993. En se fondant sur cette version antérieure, l'appelante prétend que l'art. 2930 *C.c.Q.* ne visait pas les municipalités lorsqu'il a été édicté et que le ministre a tenté de changer sa portée en modifiant ses commentaries.

Le ministre explique la situation en ces termes dans l'introduction aux *Commentaires du ministre*, t. I, à la p. VIII:

Après l'adoption du Code civil du Québec, le 18 décembre 1991, les commentaries ont été entièrement revus pour assurer la cohérence de l'ensemble et pour rendre compte, principalement, des amendements apportés au projet de loi initial et des observations formulées dans le cadre des travaux de la Commission des institutions.

La version invoquée par l'appelante n'était qu'un document préliminaire.

Je ne peux retenir l'argument de l'appelante. À mon avis, en complétant ses commentaries, le ministre n'a fait que préciser l'intention du législateur qui était présente dès la rédaction de l'art. 2930 *C.c.Q.* Cette conclusion se fonde sur l'interprétation que j'ai déjà donnée à l'art. 2930 *C.c.Q.* et trouve confirmation dans les travaux préparatoires de cet article. Ces derniers sont constitués de «l'ensemble des textes pertinents à l'élaboration de la loi» (Côté, *Interprétation des lois*, *op. cit.*, à la p. 402). (Sur les sources des travaux préparatoires du *Code civil du Québec*, voir: Masse, «Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec», *op. cit.*, à la p. 151.)

L'article 2930 *C.c.Q.* est de droit nouveau; il n'a pas d'équivalent dans le *Code civil du Bas Canada*. Il est apparu pour la première fois dans l'avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., présenté le 16 juin 1988, sous l'art. 3111. Le 15 octobre 1990, le ministre de la Justice a déposé un mémoire en vue de la présentation du

32

33

34

*Québec*, and the paper was later reproduced in a legal journal with the authorization of Les Publications du Québec: "Présentation du projet du Code civil du Québec" (1991), 22 *R.G.D.* 5. In the paper, the Minister stated the following about art. 3111 at p. 67:

[TRANSLATION] Thus, it should be noted that the proposed article 3111 provided that, "[n]otwithstanding any stipulation to the contrary", an action seeking reparation for corporal damage is only prescribed by three years and is not subject to prior notice. This will change the prescriptive periods for the liability of municipalities and exempt individuals from the time limits set out in that legislation after which rights are lost. [Emphasis added.]

35 After Bill 125 on the *Civil Code of Québec* was introduced on December 18, 1990, the Minister of Justice tabled a general document in May 1991 that explained [TRANSLATION] "the content of the ten books [making up] the *Civil Code of Québec* in a simple, concise manner": *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, préface. In Bill 125, art. 3111 was renumbered as 2914. In the section dealing with the book on prescription, the Minister commented as follows at p. 35:

[TRANSLATION] An action seeking reparation for bodily injury or moral or material damage will be prescribed by three years from the time the injury or damage appears. An action against a municipality for reparation for bodily injury can no longer be dismissed because of failure to give prior notice.

36 The provision under consideration here was also discussed during the parliamentary debates of the Subcommittee on Institutions, which studied the provisions of Bill 125 in detail (*Journal des débats*, No. 29, December 4, 1991). Professor Claude Masse, an adviser for the Official Opposition, and Louise Harel, MNA for Hochelaga-Maisonneuve and spokesperson for the Official Opposition, stated the following, at SCI-1193:

[TRANSLATION] Mr. Masse: ... Second, I think it's extremely important to take note of article 2914, which, in the case of actions in respect of bodily injury, makes

projet de *Code civil du Québec* qui a par la suite été reproduit dans une revue juridique avec l'accord des Publications du Québec: "Présentation du Projet de Code civil du Québec" (1991), 22 *R.G.D.* 5. Dans ce mémoire, le ministre affirme au sujet de l'art. 3111, à la p. 67:

Ainsi, il convient de rappeler que l'article 3111 proposé prévoyait que, «malgré toute disposition contraire», l'action en réparation d'un préjudice corporel ne se prescrit que par 3 ans et n'est pas soumise à un préavis. Ceci aura pour effet de modifier les délais de prescription eu égard à la responsabilité des municipalités et de ne pas soumettre le citoyen aux délais de déchéance prévus par ces législations. [Je souligne.]

Après la présentation du projet de loi 125 portant sur le *Code civil du Québec* le 18 décembre 1990, le ministre de la Justice a déposé en mai 1991 un texte général qui expliquait «d'une façon simple et concise, le contenu des dix livres [composant] le *Code civil du Québec*»: *La réforme du Code civil: Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, préface. Dans le projet de loi 125, l'art. 3111 avait été renuméroté 2914. Dans la section portant sur le livre de la prescription, le ministre fait le commentaire suivant, à la p. 35:

L'action en réparation d'un préjudice corporel, moral ou matériel, se prescrira par trois ans depuis sa manifestation. L'action en réparation d'un préjudice corporel, dirigée contre une municipalité, ne pourra plus être rejetée en raison du défaut de donner un avis préalable.

Il a également été question de la disposition présentement sous étude lors des débats parlementaires portant sur l'étude détaillée des dispositions du projet de loi 125 devant la Sous-commission des institutions (*Journal des débats*, n° 29, le 4 décembre 1991). Le professeur Claude Masse, conseiller auprès de l'Opposition officielle et M<sup>me</sup> Louise Harel, députée d'Hochelaga-Maisonneuve et porte-parole de l'Opposition officielle, ont eu l'échange suivant à SCI-1193:

M. Masse: ... Deuxième chose, je pense qu'on doit signaler de façon extrêmement importante l'article 2914, qui permet, en matière de poursuite pour préjudice

it possible to put an end to strategies used by municipal or public bodies that, for all practical purposes, resulted in individuals losing their right of action if they did not give certain notices. This doesn't make it any easier to prove the rights or claims, but at least the Civil Code will now take precedence over some provisions that were literally graveyards for actions, particularly in the area of municipal liability.

Ms. Harel: Perhaps I can just add something, Mr. Chairman, about the extent to which these provisions sometimes found in municipal law can deprive people of their right to obtain reparation for bodily injury caused to them. In such cases, the prescriptive period will now be three years. This will be known. The period will be three years, and it can even begin on the day the injury appears. So it will be important for this to be known as well. [Emphasis added.]

Parliamentary history “must be read with caution, because [it is] not always a reliable source for the legislature’s intention” (*Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299, at para. 20). In the case at bar, the parliamentary history makes a number of references to the scope of art. 2930 *C.C.Q.* and even expresses a unanimous intention on the part of the legislators. It also shows the origins of the final version of the Minister’s commentaries on art. 2930 *C.C.Q.* and confirms the correctness of the interpretation given.

Professors Duplessis and Héту, in “Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d’action et courtes prescriptions”, *supra*, express the following opinion at p. 2:

[TRANSLATION] [I]n the case of an action in respect of bodily injury, article 2930 states that the requirement that notice be given “does not hinder a prescriptive period provided for by this Book”. In our view, the notice requirement has never had the effect of hindering prescription; rather, it is a precondition for bringing certain actions for damages. . . .

corporel, de mettre fin à certaines stratégies de corps municipaux ou publics qui, à toutes fins pratiques, faisaient en sorte que les droits d’action des citoyens tombaient si certains avis n’étaient pas donnés. Ça ne rend pas pour autant la preuve de ces droits-là ou de ces réclamations-là plus facile, mais à tout le moins, le Code civil reprend le pas sur certaines dispositions qui étaient littéralement de véritables cimetières pour les poursuites, notamment en matière de responsabilités municipales.

M<sup>me</sup> Harel: Peut-être juste renchéris, M. le Président, pour dire à quel point ces dispositions que l’on retrouve parfois dans le droit municipal viennent priver des personnes de leur droit d’obtenir réparation, suite à un préjudice corporel qui peut leur avoir été causé. Alors, là, la prescription sera de trois ans. Ce sera connu. Elle sera de trois ans et elle pourra même se compter à partir du jour où le préjudice se manifeste. Donc, ça aussi, ce sera important que ce soit connu. [Je souligne.]

Les travaux préparatoires «sont à lire avec réserve puisqu’ils ne constituent pas toujours une source fidèle de l’intention du législateur» (*Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, au par. 20). En l’espèce, les travaux préparatoires mentionnent à plusieurs reprises la portée de l’art. 2930 *C.c.Q.* et expriment même une unanimité d’intention chez les législateurs. Ils font état de la genèse de la version finale des *Commentaires du ministre* concernant l’art. 2930 *C.c.Q.* et confirment la justesse de l’interprétation donnée.

Les professeurs Duplessis et Héту, dans un article intitulé «Le nouveau Code civil et la responsabilité municipale: préavis d’action et courtes prescriptions», *loc. cit.*, émettent l’opinion suivante, à la p. 2:

[L]’article 2930 dit, dans le cas d’une poursuite pour dommages corporels, que l’exigence d’un avis «ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre». Selon nous, l’exigence d’un avis n’a jamais eu pour objet de faire échec à une prescription, c’est plutôt une condition préliminaire à l’exercice de certains recours en dommages-intérêts . . .

37

38

According to this argument, art. 2930 *C.C.Q.* would not apply to the prior notice provided for in s. 585 *C.T.A.*, since that notice does not hinder prescription.

39

With respect, I do not agree. The very terms of art. 2930 *C.C.Q.* clearly cover the prior notice required by s. 585 *C.T.A.* That section provides that a person who suffers bodily injury by any accident must, within 15 days of the accident, “give or cause to be given notice in writing to the clerk of the municipality of such intention [to claim damages] . . . failing which the municipality shall be relieved from any liability for any damages caused by such accident”, while art. 2930 *C.C.Q.* provides that “the requirement that notice be given prior to the bringing of the action [seeking reparation for bodily injury] . . . does not hinder a prescriptive period provided for by this Book”. The real effect of s. 585 *C.T.A.* is therefore to make it impossible for the victim to sue the municipality if he or she fails to send the required notice. Thus, the failure to give notice or the notice’s irregularity does in fact “hinder a prescriptive period” provided for in the *Civil Code*. Article 2930 *C.C.Q.* must be interpreted broadly so that its purpose can be achieved; the legislature’s intention when it enacted the article was clearly to put an end to the injustices that resulted from the notice requirement in s. 585 *C.T.A.*

40

As I have already pointed out, the prescriptive period that cannot be hindered pursuant to art. 2930 *C.C.Q.* is that set out in art. 2925 *C.C.Q.*, which reads as follows:

**2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise established.

The appellant argued that s. 585 *C.T.A.* does not violate art. 2930 *C.C.Q.*, since a prescriptive period is, as art. 2925 *C.C.Q.* puts it, otherwise established by s. 585. With respect, this argument seems to me to be clearly unfounded. Article 2930 *C.C.Q.* is unambiguous in this regard: when it comes to bodily injury, “a prescriptive period provided for by this Book” cannot be hindered. There is only one prescriptive period established by the *Civil Code* in respect of bodily injury, and it is the

Selon cet argument, l’art. 2930 *C.c.Q.* ne s’appliquerait pas au préavis prévu à l’art. 585 *L.c.v.* puisque celui-ci ne fait pas échec à la prescription.

Avec respect, je ne partage pas ce point de vue. Les termes mêmes de l’art. 2930 *C.c.Q.* visent clairement le préavis requis à l’art. 585 *L.c.v.* En effet, l’art. 585 *L.c.v.* édicte qu’une personne qui subit un préjudice corporel suite à un accident doit, dans les 15 jours de cet accident, «donner ou faire donner un avis écrit au greffier de la municipalité de son intention d’intenter une poursuite [. . .] faute de quoi la municipalité n’est pas tenue à des dommages-intérêts à raison de tel accident», alors que l’art. 2930 *C.c.Q.* prévoit que «l’exigence de donner un avis préalablement à l’exercice d’une action [en réparation de préjudice corporel] [. . .] ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre». L’effet réel de l’art. 585 *L.c.v.* est donc de nier la possibilité pour la victime de poursuivre la municipalité si celle-ci omet d’envoyer l’avis requis. Ainsi, dans les faits, le défaut ou l’irrégularité d’avis fait «échec au délai de prescription» du *Code civil*. L’article 2930 *C.c.Q.* doit recevoir une interprétation large qui lui permette d’atteindre son objet; l’intention du législateur lorsqu’il a édicté cet article était manifestement de mettre un terme aux abus qu’entraînait l’exigence d’un avis à l’art. 585 *L.c.v.*

Comme je l’ai déjà souligné, le délai de prescription auquel il ne peut être fait échec en vertu de l’art. 2930 *C.c.Q.* est prévu à l’art. 2925 *C.c.Q.* qui énonce:

**2925.** L’action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n’est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

L’appelante a soutenu que l’art. 585 *L.c.v.* ne contrevient pas à l’art. 2930 *C.c.Q.* puisqu’il fixe autrement le délai conformément au libellé de l’art. 2925 *C.c.Q.* Avec égards, cet argument me paraît clairement sans fondement. L’article 2930 *C.c.Q.* est non équivoque sur ce point: en matière de dommages corporels, il ne peut être fait échec «au délai de prescription prévu par le présent livre». Il n’y a qu’un délai de prescription fixé dans le *Code civil* en matière de préjudice corporel

three-year period set out in art. 2925 *C.C.Q.* The wording of art. 2930 *C.C.Q.* therefore means that the prescriptive period in respect of bodily injury cannot be otherwise established, unless at some future time the legislature decides to derogate expressly from art. 2930 *C.C.Q.*

The appellant argued in this Court that s. 585 *C.T.A.*, which states that the prior notice requirement is applicable, “any provision of law to the contrary notwithstanding”, must take precedence over art. 2930 *C.C.Q.*, which is a general provision of the *Civil Code*. It based this argument on the rule of interpretation that subsequent general legislation is deemed not to derogate from a prior special Act (“*generalia specialibus non derogant*”). This argument cannot be accepted. The legislature has expressly given art. 2930 *C.C.Q.* precedence: “Notwithstanding any stipulation to the contrary”. It has therefore specified that the subsequent general legislation derogates from the prior special Act. Accordingly, it is not necessary to rely on the “*generalia specialibus non derogant*” rule of interpretation in this case. In *The Interpretation of Legislation in Canada*, *supra*, Professor Côté stated the following on this point at pp. 299-300:

A variety of well-known terms is used. The statute will declare that it applies “notwithstanding” provisions to the contrary.

. . .

Ordinary rules of interpretation hold that general statutes are set aside by subsequent general legislation, even without a “notwithstanding clause”. Therefore, the only possible interpretation of “notwithstanding any inconsistent provision” is that it applies to prior special legislation, which would otherwise have precedence. By virtue of the rule of effectivity such a clause must be construed as applying to prior special legislation. [Citation omitted.]

Thus, although both provisions in issue here provide that they take precedence, the more recent, art. 2930 *C.C.Q.*, must prevail.

The appellant also argued in this Court that if the legislature had intended art. 2930 *C.C.Q.* to

et il s’agit de celui de trois ans édicté à l’art. 2925 *C.c.Q.* Le libellé de l’art. 2930 *C.c.Q.* empêche donc que le délai de prescription en matière de préjudice corporel ne soit autrement fixé, à moins que le législateur ne décide dans le futur de déroger de manière expresse à l’art. 2930 *C.c.Q.*

L’appelante a plaidé devant cette Cour que l’art. 585 *L.c.v.*, qui édicte que l’exigence quant à l’avis préalable s’applique «nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire», devait primer sur l’art. 2930 *C.c.Q.* qui est une disposition générale du *Code civil*. Elle appuie sa prétention sur le principe d’interprétation voulant que la loi générale postérieure est réputée ne pas déroger à la loi spéciale antérieure («*generalia specialibus non derogant*»). Cet argument ne peut être retenu. Le législateur a donné préséance à l’art. 2930 *C.c.Q.* en termes exprès: «Malgré toute disposition contraire». Il a ainsi spécifié que la loi générale postérieure dérogerait à la loi spéciale antérieure. Il n’est donc pas nécessaire d’avoir recours au principe d’interprétation «*generalia specialibus non derogant*» en l’espèce. Dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois*, *op. cit.*, le professeur Côté a fait les remarques suivantes à ce sujet, aux pp. 336 et 337:

Les formules employées pour hiérarchiser diverses lois entre elles sont familières et variées. On écrira que telle disposition s’applique «nonobstant» ou «malgré» toute disposition contraire si on veut établir sa primauté.

. . .

Les lois générales étant, en vertu des règles ordinaires, écartées par les lois postérieures, il faut interpréter la formule «nonobstant toute disposition inconciliable» comme s’appliquant aux dispositions d’une loi spéciale antérieure qui, à défaut de clause expresse, risqueraient d’avoir priorité. Le principe de l’effet utile commande d’interpréter cette clause comme visant les lois spéciales antérieures. [Citation omise.]

Ainsi, bien que les deux dispositions en cause en l’espèce édictent qu’elles ont la préséance, la plus récente, soit l’art. 2930 *C.c.Q.*, doit l’emporter.

L’appelante a également soutenu devant notre Cour que si le législateur avait voulu que

take precedence over s. 585 *C.T.A.*, it would have amended s. 585 accordingly, since it repealed or amended a number of provisions of the *Cities and Towns Act* when it enacted the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, ss. 467 *et seq.* I believe that this argument must be rejected. The amendments made to the *Cities and Towns Act* by the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* were mainly amendments to ensure consistency with the terms of the new Code. As a result, the fact that s. 585 *C.T.A.* was not amended does not necessarily lead to the conclusion that the legislature did not intend art. 2930 *C.C.Q.* to take precedence over that section. In my opinion, the legislature used the words “[n]otwithstanding any stipulation to the contrary” in art. 2930 *C.C.Q.* precisely to give that article precedence over any other special provision and thus avoid having to review all other statutes to determine whether they hindered the three-year prescriptive period in respect of bodily injury. It therefore makes sense that the legislature did not go to the trouble of amending s. 585 *C.T.A.*; it had already done so impliedly by enacting art. 2930 *C.C.Q.* Moreover, s. 585 *C.T.A.* is still useful in part, *inter alia* as regards material damage.

43

Finally, the appellant argued that the interpretation given to art. 2930 *C.C.Q.* is contrary to the legislature’s intention to standardize prescriptive periods, since it results in different treatment for material or moral damage — which is still subject to the requirements of giving prior notice and bringing an action within six months under s. 585 *C.T.A.* — than for bodily injury. On this point, I agree completely with Baudouin J.A.’s conclusion at p. 1329:

[TRANSLATION] [T]here is a very important reason why I cannot agree with [the appellant]. Article 2930 *C.C.Q.* is just one expression among many in the new *Civil Code of Québec* of the legislature’s intention to promote fair compensation for bodily injury. . . .

The suggested interpretation . . . therefore seems to me, on the contrary, to be perfectly consistent with the legislature’s intention to encourage adequate compensation for bodily injury and to thereby promote respect for

l’art. 2930 *C.c.Q.* ait préséance sur l’art. 585 *L.c.v.*, il aurait modifié cet article en conséquence puisqu’il a abrogé ou modifié plusieurs dispositions de la *Loi sur les cités et villes* en adoptant la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 467 *et suiv.* Je pense que cet argument doit être rejeté. Les modifications apportées à la *Loi sur les cités et villes* par la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil* sont principalement des modifications de concordance avec les termes du nouveau Code. Par conséquent, l’absence de modification de l’art. 585 *L.c.v.* ne mène pas nécessairement à la conclusion que le législateur n’a pas voulu que l’art. 2930 *C.c.Q.* ait préséance sur celui-ci. À mon avis, le législateur a employé les mots «[m]algré toute disposition contraire» à l’art. 2930 *C.c.Q.*, justement pour donner préséance à cet article sur toute autre disposition particulière et ainsi, éviter de devoir passer en revue toutes les autres lois afin de vérifier si elles ne font pas échec à la prescription de trois ans en matière de préjudice corporel. Il est donc logique que le législateur n’ait pas pris la peine de modifier l’art. 585 *L.c.v.*; il l’avait déjà fait implicitement en adoptant l’art. 2930 *C.c.Q.* De plus, l’art. 585 *L.c.v.* est encore utile en partie, notamment, en matière de dommages matériels.

Enfin, l’appelante a prétendu que l’interprétation donnée à l’art. 2930 *C.c.Q.* était contraire à l’intention du législateur d’uniformiser les délais de prescription, puisqu’elle avait pour effet de différencier le traitement des dommages matériels ou moraux — qui sont toujours soumis à l’exigence d’un préavis et d’un recours dans les six mois sous l’art. 585 *L.c.v.* —, de celui des dommages corporels. Sur ce point, je souscris entièrement à la conclusion du juge Baudouin, à la p. 1329:

[J]e ne puis partager [l’opinion de l’appelante] pour une raison majeure. L’article 2930 *C.C.Q.* n’est qu’une manifestation, parmi bien d’autres dans le nouveau *Code civil du Québec*, de l’intention du législateur de favoriser une juste indemnisation du préjudice corporel . . .

L’interprétation avancée [. . .] me paraît donc, bien au contraire, parfaitement compatible avec la volonté du législateur d’encourager une indemnisation adéquate du préjudice corporel et de privilégier ainsi le respect de

the integrity of the person, which is one of the fundamental bases of the new *Civil Code of Québec* (arts. 10 *et seq.* C.C.Q.).

#### IV — Disposition

For these reasons, I conclude that art. 2930 C.C.Q. takes precedence over the portions of s. 585 C.T.A. that hinder the *Civil Code's* three-year prescriptive period in respect of bodily injury. I would therefore dismiss the appeal, affirm the Court of Appeal's judgment and dismiss the appellant's motion to dismiss, the whole with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hébert Denault, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Alarie, Legault & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the interveners: McMaster, Meighen, Montréal.*

l'intégrité de la personne humaine, qui est une des bases fondamentales du nouveau *Code civil du Québec* (art. 10 *et seq.* C.C.Q.).

#### IV — Dispositif

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 2930 C.c.Q. a préséance sur les dispositions de l'art. 585 L.c.v. faisant échec à la prescription de trois ans du *Code civil* en matière de dommages corporels. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, de maintenir le jugement de la Cour d'appel et de rejeter la requête en irrecevabilité de l'appelante, le tout avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Hébert Denault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Alarie, Legault & Associés, Montréal.*

*Procureurs des intervenants: McMaster, Meighen, Montréal.*

**The Workers' Compensation Board and the Government of Saskatchewan** *Appellants*  
(*Respondents*)

v.

**Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill and Larry Marcyniuk** *Respondents*  
(*Applicants*)

and

**Pro-Crane Inc., Saskatchewan Power Corporation and the Attorney General for Saskatchewan** *Respondents* (*Interveners*)

and

**The Workers' Compensation Board of Alberta, the Westray Families, Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs and Doreen Vodnoski** *Interveners*

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

File No.: 24913.

1997: April 30; 1997: August 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Administrative law — Judicial review — Privative clause — Compensation scheme barring actions against employers if compensation received — Compensation received and action launched alleging breach of statutory duty — Workers' Compensation Board determining actions statute barred — Standard of review (patent unreasonableness or correctness) applicable — If patent unreasonableness, was the Board's decision patently unreasonable — If correctness, was the Board's decision correct — Workers' Compensation Act, 1979, S.S.*

**Workers' Compensation Board et gouvernement de la Saskatchewan** *Appelants* (*Intimés*)

c.

**Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill et Larry Marcyniuk** *Intimés* (*Requérants*)

et

**Pro-Crane Inc., Saskatchewan Power Corporation et procureur général de la Saskatchewan** *Intimés* (*Intervenants*)

et

**Workers' Compensation Board de l'Alberta, familles Westray, Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs et Doreen Vodnoski** *Intervenants*

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

N° du greffe: 24913.

1997: 30 avril; 1997: 28 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Clause privative — Régime d'indemnisation interdisant les poursuites contre les employeurs lorsqu'une indemnisation a été reçue — Indemnisation reçue et poursuite intentée alléguant la violation d'une obligation imposée par la loi — La Workers' Compensation Board a conclu que les poursuites étaient interdites par la loi — Norme de contrôle (caractère manifestement déraisonnable ou décision correcte) à appliquer — Si c'est la norme du caractère manifestement déraisonnable, la décision de*

1979, c. W-17.1, ss. 2(f)(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 22(1)(b), (h), (i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.

SaskPower workers were killed and others injured by a falling crane owned by Pro-Crane. Injured workers and dependants of deceased workers qualified for and received workers' compensation benefits. The respondents launched an action against SaskPower, Pro-Crane, and the Saskatchewan Government. The claim against the government alleged that it failed to meet its duties under *The Occupational Health and Safety Act* by failing to inspect the crane adequately. The government, Pro-Crane and SaskPower successfully applied to the Workers' Compensation Board for a determination of whether the actions were barred by the Act. The Court of Queen's Bench dismissed the respondents' application for judicial review. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal with respect to the action against the government but not with respect to the actions against Pro-Crane and SaskPower. This appeal involves only the action against the Government of Saskatchewan. The issues considered here were: (1) whether the standard of review to be applied was patent unreasonableness or correctness, and (2) whether, applying the proper criterion, the Board's decision should be reviewed.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Major JJ.: The standard of review applicable depends on whether the subject matter of the administrative tribunal's decision was subject to a privative clause having full privative effect. If so, the decision is only reviewable if it is patently unreasonable or if the tribunal has made an error in the interpretation of a legislative provision limiting the tribunal's powers. In either circumstance the tribunal will have exceeded its jurisdiction.

A "full" or "true" privative clause declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded. Where the legislation employs words that purport to limit review but fall short of the traditional word-

*la Commission était-elle manifestement déraisonnable? — Si c'est la norme de la décision correcte, la décision de la Commission était-elle correcte? — Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 2f)(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 22(1)(b), (h), (i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.*

Des employés de SaskPower ont été tués et d'autres ont été blessés par la chute d'une grue appartenant à Pro-Crane. Les travailleurs blessés et les personnes à charge des travailleurs décédés ont touché les indemnités pour accident du travail auxquelles ils étaient admissibles. Les intimés ont intenté une action contre SaskPower, Pro-Crane et le gouvernement de la Saskatchewan. Ils alléguaient dans l'action dirigée contre le gouvernement que celui-ci avait manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'*Occupational Health and Safety Act* en n'inspectant pas la grue correctement. Le gouvernement, Pro-Crane et SaskPower ont demandé avec succès à la Commission de décider que les actions étaient interdites par la Loi. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimés. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés en ce qui concerne l'action intentée contre le gouvernement, mais non en ce qui concerne les actions intentées contre Pro-Crane et SaskPower. Le présent pourvoi ne concerne que l'action dirigée contre le gouvernement de la Saskatchewan. Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir (1) si la norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable ou celle de la décision correcte, et (2) si, après application du bon critère, la décision de la Commission devrait être révisée.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Major: Pour déterminer la norme de contrôle applicable il faut trancher la question de savoir si l'objet de la décision du tribunal administratif était assujéti à une clause privative ayant un effet privatif intégral. Si la réponse est affirmative, la décision du tribunal n'est alors susceptible de contrôle que si elle est manifestement déraisonnable ou si le tribunal a commis une erreur dans l'interprétation d'une disposition législative limitant ses pouvoirs. Dans l'un ou l'autre cas, le tribunal administratif aura excédé sa compétence.

La clause privative «intégrale» ou «véritable» déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu'elles ne peuvent pas faire l'objet d'un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas. Lorsque la loi utilise des mots

ing of a full privative clause, it is necessary to determine whether the words were intended to have full privative effect or a lesser standard of deference. The presence of a privative clause does not preclude review on the basis of an error of law if the provision under review is one that limits jurisdiction. The test as to whether the provision in question is one that limits jurisdiction is: was the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board? In applying the test, a functional and pragmatic approach is to be taken. Factors such as the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise and the nature of the problem are all relevant in arriving at the intent of the legislature.

The privative clause here (s. 22) was clearly intended to and applies to all issues that fall to be decided under the Act unless the issue is one that limits jurisdiction. The words "final and conclusive" in s. 168 do not indicate that the section was to have its own "stand-alone" privative clause. The wording of s. 168 responds directly to the test: did the legislature intend to commit the matter exclusively to the Board?

The Board's exclusive jurisdiction to decide the question of whether the statutory bar applies is supported by the history and purpose of workers' compensation. The Board's composition, tenure, and powers demonstrate that it has very considerable expertise in dealing with all aspects of the workers' compensation system.

A determination that an action is statute barred involves a determination of the very issues that go into determining whether the injured person is eligible for compensation. Every potential defendant, however, is not relieved of liability once the injured person has been found eligible for compensation. The Act contemplates that some rights of action will remain.

The question before the Board on an application under s. 168 is whether the plaintiff is eligible for compensation, and whether the defendant is immune from suit by virtue of being a contributor to the workers' compensation system. In both cases, the Board is passing on a matter that relates intimately to the purposes

qui visent à limiter le contrôle, mais qui ne correspondent pas au libellé traditionnel d'une clause privative intégrale, il faut déterminer si ces mots visaient un effet privatif intégral ou une norme de retenue moins élevée. La présence d'une clause privative n'empêche pas le contrôle fondé sur une erreur de droit si la disposition faisant l'objet du contrôle est une disposition limitative de compétence. Le critère servant à déterminer si la disposition en cause est une disposition limitative de compétence est le suivant: la question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission? Pour appliquer ce critère, il faut avoir recours à une méthode fonctionnelle et pragmatique. Des facteurs comme l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, son domaine d'expertise et la nature du problème qui lui est soumis sont tous pertinents pour déterminer l'intention du législateur.

La clause privative en l'espèce (l'art. 22) était nettement destinée à s'appliquer et s'applique à toutes les questions qui doivent être tranchées en vertu de la Loi, à moins qu'il ne s'agisse d'une question qui limite la compétence. Les mots «définitive et péremptoire» à l'art. 168 n'indiquent pas que l'article devait avoir sa propre clause privative «indépendante». Le libellé de l'art. 168 satisfait directement au critère: le législateur a-t-il voulu renvoyer l'affaire exclusivement à la Commission?

La compétence exclusive de la Commission pour trancher la question de savoir si l'interdiction de la Loi s'applique est étayée par l'historique et l'objet de l'indemnisation des accidents du travail. La composition et les pouvoirs de la Commission ainsi que la durée des fonctions de ses membres montrent bien qu'elle possède une expertise vraiment considérable en matière de traitement de tous les aspects du régime d'indemnisation des accidents du travail.

La décision qu'une action est interdite par la loi exige qu'on tranche les questions mêmes qu'implique la question de savoir si la personne blessée est admissible à une indemnité. Tout défendeur éventuel n'est cependant pas exonéré de toute responsabilité une fois qu'on a conclu que la personne blessée est admissible à une indemnité. La Loi prévoit que certains droits d'action demeureront.

La question dont la Commission est saisie dans une demande fondée sur l'art. 168 est de savoir si le demandeur est admissible à une indemnité et si le défendeur est à l'abri de toutes poursuites judiciaires du fait qu'il cotise au régime d'indemnisation des accidents du travail. Dans les deux cas, la Commission se prononce sur

and structure of the workers' compensation system and that is expressed in terms whose meaning is inseparable from their meaning elsewhere in the Act.

The questions of eligibility for compensation and of whether an action is barred are within the Board's exclusive jurisdiction. The issue as to whether the proposed action is barred is also one that is committed to the Board for final decision and not reviewable unless it is patently unreasonable.

The Board asked itself four questions: (1) was the plaintiff a worker within the meaning of the Act; (2) if so, was the injury sustained in the course of employment; (3) is the defendant an employer within the meaning of the Act; and, (4) if so, does the claim arise out of acts or defaults of the employer or the employer's employees while engaged in, about or in connection with the industry or employment in which the employer or worker of such employer causing the injury is engaged. These were the appropriate questions and the Board's decision could not be said to be patently unreasonable.

The government, although not an "industry" in the ordinary sense of the term, must be understood to be an industry within the context of the workers' compensation scheme. It is expressly included as an "employer" under the Act and pays premiums into the fund. The question, however, is whether the action is barred by s. 167. The "dual capacity" theory, which would divide the role of the government in accordance with its public and private duties, has no application here. The existence of a private law duty and hence a cause of action is not in issue.

It was not necessary to find that the Board was correct in order to uphold its decision. Applying the appropriate standard, clearly the Board's decision is not patently unreasonable.

*Per McLachlin J.*: The dual capacity argument — if the government is sued as employer, the Board can exclude actions in courts on the patently unreasonable standard, but if it is sued as regulator, the courts have equal expertise and the Board cannot exclude court actions — cannot stand. It would undermine the Board's

une question qui se rapporte étroitement aux objectifs et à l'économie du régime d'indemnisation des accidents du travail et cela est exprimé dans des termes dont le sens est inséparable de celui qu'ils ont ailleurs dans la Loi.

La question de l'admissibilité à une indemnité et la question de savoir si une action est interdite relèvent de la compétence exclusive de la Commission. La question de savoir si l'action projetée est interdite est également une question qui est renvoyée à la Commission pour qu'elle rende une décision définitive à cet égard, et n'est susceptible de contrôle judiciaire que si elle est manifestement déraisonnable.

La Commission s'est posé quatre questions: (1) Le demandeur était-il un travailleur au sens de la Loi? (2) Dans l'affirmative, la blessure a-t-elle été subie en cours d'emploi? (3) Le défendeur est-il un employeur au sens de la Loi? (4) Dans l'affirmative, l'action intentée résulte-t-elle d'actes ou d'omissions de la part de l'employeur ou d'employés de l'employeur qui participent directement ou indirectement à l'industrie ou à l'emploi auxquels est rattaché l'employeur ou le travailleur d'un tel employeur à l'origine de la blessure? C'étaient les bonnes questions à se poser et on ne pouvait pas dire que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable.

Bien qu'il ne soit pas une «industrie» au sens ordinaire du terme, le gouvernement doit être considéré comme étant une industrie dans le contexte du régime d'indemnisation des accidents du travail. Il est inclus expressément comme «employeur» au sens de la Loi et il verse des cotisations à la caisse des accidents. La question est cependant de savoir si l'action est interdite par l'art. 167. La théorie du «cumul des fonctions», qui divise le rôle du gouvernement selon l'obligation de droit public et l'obligation de droit privé qui lui incombent, ne s'applique pas en l'espèce. L'existence d'une obligation de droit privé et donc d'une cause d'action n'est pas en cause.

Il n'est pas nécessaire de conclure que la Commission avait raison pour confirmer la validité de sa décision. Si on applique la norme appropriée, il est clair que la décision de la Commission n'est pas manifestement déraisonnable.

*Le juge McLachlin*: Les arguments fondés sur la théorie du cumul des fonctions — si le gouvernement est poursuivi en sa qualité d'employeur, la Commission peut interdire les poursuites judiciaires selon le critère du caractère manifestement déraisonnable mais s'il est poursuivi en sa qualité d'autorité réglementaire, les tri-

power to determine whether actions are barred and introduce uncertainty into the system. Ultimately, the historic trade-off between secure no-fault compensation for all injuries and fault-based recovery in the courts would be undermined. Further, the embracive wording of s. 180 indicates that the legislators intended to endow the Board with exclusive power to decide whether employee actions arising from workplace mishaps proceed, notwithstanding their legal characterization. The Board therefore had to consider whether the facts of the case and the relationship between the parties supported the conclusion that the action is barred.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The approach in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, should be applied with the emphasis not on the legislative intent behind the privative clause but rather on the general intent underlying the legislative scheme as a whole. Since, as a matter of constitutional law, a legislature may not protect an administrative body from review on matters of jurisdiction, it cannot decide freely which matters are jurisdictional and which come within the Board's exclusive jurisdiction. Here, whether an action is barred by s. 168 of the Act may or may not be within the Board's exclusive jurisdiction depending on the precise nature of the question and its relation to the Board's expertise. The question before the Board — whether the Government of Saskatchewan, even though it may not be sued as an employer by reason of s. 44 of the *Workers' Compensation Act*, may be sued at common law in its capacity as regulator — is one for which the Board has no special expertise. Since the matter is not one that falls within the Board's protected jurisdiction, the proper criterion for review should be correctness, not patent unreasonableness.

The Board erred in declaring that any action against the government *qua* regulator is barred by the Act. At common law, the government owes a duty of care under certain circumstances and this duty may give rise to an action for negligence. Nothing in the Act abolishes this

bunaux ont également l'expertise nécessaire, et la Commission ne peut pas faire obstacle aux poursuites judiciaires — ne peuvent pas être retenus. L'application de cette théorie porterait atteinte au pouvoir de la Commission de décider si les poursuites judiciaires sont interdites et elle introduirait l'incertitude dans le régime. En définitive, le compromis historique entre la sécurité d'une indemnisation sans égard à la responsabilité pour toutes les blessures et l'obligation de s'adresser aux tribunaux pour obtenir une indemnisation fondée sur la faute serait remis en cause. De plus, la large portée du libellé de l'art. 180 indique que le législateur voulait investir la Commission du pouvoir exclusif de décider si les employés peuvent intenter des actions à la suite d'accidents survenus en milieu de travail, sans égard à leur qualification juridique. La Commission devait donc trancher la question de savoir si les faits en cause et les rapports entre les parties permettaient de conclure que l'action est interdite.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La méthode énoncée dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, doit être appliquée et il faut mettre l'accent non pas sur l'intention du législateur quant à la clause privative, mais plutôt sur l'intention générale qui sous-tend le régime législatif dans son ensemble. Étant donné que, du point de vue constitutionnel, le législateur ne peut pas soustraire un organisme administratif à tout contrôle relatif à des questions de compétence, il ne peut pas décider librement quelles questions sont des questions de compétence et lesquelles relèvent de la compétence exclusive de l'organisme en question. En l'espèce, la question de savoir si une action est interdite par l'art. 168 de la Loi peut ou non relever de la compétence exclusive de la Commission selon la nature exacte de la question qui lui est soumise et son lien avec l'expertise de la Commission. La question dont la Commission était saisie — savoir si le gouvernement de la Saskatchewan, même s'il ne peut pas être poursuivi à titre d'employeur en raison de l'art. 44 de la *Workers' Compensation Act*, peut être poursuivi en vertu de la common law à titre d'autorité réglementaire — est une question à l'égard de laquelle la Commission n'a aucune expertise particulière. Puisque la question ne relève pas de la compétence protégée de la Commission, le critère de contrôle à appliquer devrait être le critère de la décision correcte et non celui du caractère manifestement déraisonnable.

La Commission a commis une erreur en déclarant que toute action contre le gouvernement à titre d'autorité réglementaire est interdite par la Loi. En common law, le gouvernement a, dans certaines circonstances, une obligation de diligence, et cette obligation peut donner

particular right of action. Indeed, reliance on ss. 44, 167 and 180, which explicitly exclude all rights of action “against the employers” begs the question as to whether the government can be sued in a capacity other than that of an employer. The purpose of the Act does not militate against such a right of action. Absent any provision excluding the common law right of action, the reasons for justifying an implicit exclusion would have to be strong. Here, the “historic trade-off” between employers and employees that resulted in the scheme would not be compromised by the possibility of actions against government *qua* regulator. There is no reason why employers would complain of such actions and want the regime abolished for that reason.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; **considered:** *Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] S.C.R. 46; *Mack Trucks Manufacturing Co. v. Forget*, [1974] S.C.R. 788; **referred to:** *Pasiechnyk v. Procrane Inc.* (1991), 94 Sask. R. 288, aff'd (1992), 97 Sask. R. 286; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act*, 1983 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Peter v. Yorkshire Estate Co.*, [1926] 2 W.W.R. 545; *Alcyon Shipping Co. v. O'Krane*, [1961] S.C.R. 299; *Farrell v. Workmen's Compensation Board*, [1962] S.C.R. 48; *Crowsnest Air Ltd. v. Workers' Compensation Board (Sask.) and Stolar* (1995), 128 Sask. R. 144; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228.

By McLachlin J.

**Referred to:** *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

naissance à une action pour négligence. Rien dans la Loi ne supprime ce droit d'action particulier. En fait, le recours aux art. 44, 167 et 180, qui excluent expressément tout droit d'action «contre les employeurs» soulève la question de savoir si le gouvernement peut être poursuivi à un titre autre que celui d'employeur. L'objet de la Loi ne milite pas contre un tel droit d'action. En l'absence d'une disposition excluant le droit d'action reconnu en common law, les motifs susceptibles de justifier une exclusion implicite devraient être importants. En l'espèce, le «compromis historique» entre employeurs et employés, qui a abouti au régime, ne serait pas menacé par la possibilité que des actions soient intentées contre le gouvernement en sa qualité d'autorité réglementaire. Il n'y a aucune raison pour laquelle les employeurs se plaindraient de telles actions et voudraient que le régime soit aboli pour ce motif.

### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; **arrêts examinés:** *Dominion Cannery Ltd. c. Costanza*, [1923] R.C.S. 46; *Mack Trucks Manufacturing Co. c. Forget*, [1974] R.C.S. 788; **arrêts mentionnés:** *Pasiechnyk c. Procrane Inc.* (1991), 94 Sask. R. 288, conf. par (1992), 97 Sask. R. 286; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act*, 1983 (1987), 44 D.L.R. (4th) 501; *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Peter c. Yorkshire Estate Co.*, [1926] 2 W.W.R. 545; *Alcyon Shipping Co. c. O'Krane*, [1961] R.C.S. 299; *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48; *Crowsnest Air Ltd. c. Workers' Compensation Board (Sask.) and Stolar* (1995), 128 Sask. R. 144; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt mentionné:** *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] S.C.R. 46; *Farrell v. Workmen's Compensation Board*, [1962] S.C.R. 48; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.

#### Statutes and Regulations Cited

*Building Trades Protection Act*, R.S.S. 1978, c. B-8.  
*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 45.  
*Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, c. O-1.  
*Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 2(f)(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 13(1), 13(1.1) [ad. 1993, c. 63, s. 4], 14(1), 15 [later am. *idem*, s. 6], 21.1 [ad. *idem*, s. 8], 22(1)(a), (b), (c) [am. 1980-81, c. 98, s. 5], (d) [*idem*], (e), (h), (i), (2), 23, 28, 39 [am. 1984-85-86, c. 89, s. 5], 40 [am. 1988-89, c. 63, s. 3], 44, 57, 67(1) [am. 1980-81, c. 98, s. 11; 1984-85-86, c. 89, s. 13; 1988-89, c. 63, s. 8(1)], 68 [am. 1984-85-86, c. 89, s. 15], 82 to 98.2, 104, 105, 106 to 115.2, 121, 135(1), 135.1 [ad. 1980-81, c. 98, s. 21], 167, 168, 180.  
*Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1960, c. 437.  
*Workmen's Compensation Act, 1929*, S.S. 1928-29, c. 73.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 131 Sask. R. 275, 95 W.A.C. 275, 127 D.L.R. (4th) 135, [1995] 7 W.W.R. 1, 30 Admin. L.R. (2d) 157, [1995] S.J. No. 342 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Scheibel J. (1993), 115 Sask. R. 111, [1993] S.J. No. 624 (QL), dismissing an application for judicial review of a decision of the Workers' Compensation Board of Saskatchewan. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Robert G. Richards*, for the appellant the Workers' Compensation Board.

*Darryl Brown*, for the appellant the Government of Saskatchewan.

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

*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dominion Cannery Ltd. c. Costanza*, [1923] R.C.S. 46; *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728.

#### Lois et règlements cités

*Building Trades Protection Act*, R.S.S. 1978, ch. B-8.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, ch. O-1.  
*Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 2f)(ii), g), j), k)(i), (ii), (iii), t), 3(1), 13(1), 13(1.1) [aj. 1993, ch. 63, art. 4], 14(1), 15 [sub-séquemment mod. *idem*, art. 6], 21.1 [aj. *idem*, art. 8], 22(1)a), b), c) [mod. 1980-81, ch. 98, art. 5], d) [*idem*], e), h), i), (2), 23, 28, 39 [mod. 1984-85-86, ch. 89, art. 5], 40 [mod. 1988-89, ch. 63, art. 3], 44, 57, 67(1) [mod. 1980-81, ch. 98, art. 11; 1984-85-86, ch. 89, art. 13; 1988-89, ch. 63, art. 8(1)], 68 [mod. 1984-85-86, ch. 89, art. 15], 82 à 98.2, 104, 105, 106 à 115.2, 121, 135(1), 135.1 [aj. 1980-81, ch. 98, art. 21], 167, 168, 180.  
*Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1960, ch. 437.  
*Workmen's Compensation Act, 1929*, S.S. 1928-29, ch. 73.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 131 Sask. R. 275, 95 W.A.C. 275, 127 D.L.R. (4th) 135, [1995] 7 W.W.R. 1, 30 Admin. L.R. (2d) 157, [1995] S.J. No. 342 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre un jugement du juge Scheibel (1993), 115 Sask. R. 111, [1993] S.J. No. 624 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Workers' Compensation Board de la Saskatchewan. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Robert G. Richards*, pour l'appelante la Workers' Compensation Board.

*Darryl Brown*, pour l'appelant le gouvernement de la Saskatchewan.

*E. F. Anthony Merchant, Q.C., and Kevin A. Clarke*, for the respondents Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill and Larry Marcyniuk.

Written submission only by *Thomson Irvine* for the respondent the Attorney General for Saskatchewan.

*William P. Ostapek*, for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

*Raymond F. Wagner*, for the interveners the Westray Families.

*J. Philip Warner, Q.C.*, for the interveners Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs and Doreen Vodnoski.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Major J.J. was delivered by

SOPINKA J. — This case raises the issue of the correct standard of review of a determination of the Saskatchewan Workers' Compensation Board (the "Board") that an action was barred by *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1 (the "Act"). It also raises the issue of whether the government, when it acts as a regulator, is an "employer" within the meaning of the Act. I find that the determination made by the Board was protected by a full privative clause, and that it was within the jurisdiction of the Board. The Board's decision that the government was an "employer" and thus entitled to benefit from the statutory bar was not patently unreasonable.

#### Facts

On May 25, 1990 a crane owned by Pro-Crane fell over onto a trailer in which employees at a Saskatchewan Power Corporation ("SaskPower") construction site were taking their morning coffee break. Two workers died and six others suffered

*E. F. Anthony Merchant, c.r., et Kevin A. Clarke*, pour les intimés Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill et Larry Marcyniuk.

Argumentation écrite seulement par *Thomson Irvine* pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

*William P. Ostapek*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

*Raymond F. Wagner*, pour les intervenantes les familles Westray.

*J. Philip Warner, c.r.*, pour les intervenantes Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs et Doreen Vodnoski.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — La présente affaire soulève la question de la norme de contrôle à appliquer à une décision de la Workers' Compensation Board de la Saskatchewan (la «Commission»), selon laquelle une action était interdite par la *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1 (la «Loi»). Elle soulève également la question de savoir si le gouvernement, en tant qu'autorité réglementaire, est un «employeur» au sens de la Loi. Je conclus que la décision rendue par la Commission était protégée par une clause privative intégrale et qu'elle relevait de la compétence de la Commission. La décision de la Commission que le gouvernement était un «employeur» et avait donc le droit de bénéficier de l'interdiction prescrite par la Loi n'était pas manifestement déraisonnable.

#### Les faits

Le 25 mai 1990, une grue appartenant à Pro-Crane s'est renversée sur une remorque dans laquelle des employés d'un chantier de construction de la Saskatchewan Power Corporation («SaskPower») étaient en train de prendre leur

serious and debilitating injuries. The injured workers and the dependants of the deceased workers qualified for and received workers' compensation benefits.

pause-café de la matinée. Deux travailleurs sont décédés et six autres ont subi des blessures graves et débilitantes. Les travailleurs blessés et les personnes à charge des travailleurs décédés étaient admissibles à des indemnités pour accident du travail et en ont touché.

<sup>3</sup> In January 1991, the respondents launched an action against SaskPower, Pro-Crane, and the Saskatchewan Government. The claim against the government alleged that it failed to meet its duties under *The Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, c. O-1, by failing adequately to inspect the crane. The government, Pro-Crane and SaskPower applied to the Board under s. 168 of the Act for, among other things, a determination of whether the actions were barred by the Act. The respondents applied for an order of prohibition to prevent the Board from making this determination. Both the Saskatchewan Court of Queen's Bench and the Court of Appeal rejected the respondents' submission that the Board lacked jurisdiction to determine whether the actions were barred by the Act: see *Pasiechnyk v. Procrane Inc.* (1991), 94 Sask. R. 288 (Q.B.), aff'd (1992), 97 Sask. R. 286 (C.A.).

En janvier 1991, les intimés ont intenté une action contre SaskPower, Pro-Crane et le gouvernement de la Saskatchewan. Il était allégué contre le gouvernement que celui-ci avait manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l'*Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, ch. O-1, en omettant d'inspecter la grue correctement. Le gouvernement, Pro-Crane et SaskPower se sont fondés sur l'art. 168 de la Loi pour demander à la Commission de décider, notamment, si les actions étaient interdites par la Loi. Les intimés ont demandé une ordonnance de prohibition visant à empêcher la Commission de rendre une telle décision. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan et la Cour d'appel ont toutes deux rejeté l'argument des intimés selon lequel la Commission n'avait pas compétence pour décider si les actions étaient interdites par la Loi: voir *Pasiechnyk c. Procrane Inc.* (1991), 94 Sask. R. 288 (B.R.), conf. par (1992), 97 Sask. R. 286 (C.A.).

<sup>4</sup> The Board held that the government, Pro-Crane and SaskPower were "employers" within the meaning of the Act, and accordingly the actions were barred by the Act. The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed the respondents' application for judicial review. The Saskatchewan Court of Appeal allowed the respondents' appeal with respect to the action against the government but not with respect to the actions against Pro-Crane and SaskPower. This appeal involves only the action against the Government of Saskatchewan.

La Commission a conclu que le gouvernement, Pro-Crane et SaskPower étaient des [TRADUCTION] «employeurs» au sens de la Loi et que les actions étaient donc interdites par la Loi. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté la demande de contrôle judiciaire des intimés. La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel des intimés en ce qui concernait l'action intentée contre le gouvernement, mais non en ce qui concernait les actions intentées contre Pro-Crane et SaskPower. Le présent pourvoi ne concerne que l'action intentée contre le gouvernement de la Saskatchewan.

#### Relevant Statutory Provisions

#### Les dispositions législatives pertinentes

<sup>5</sup> *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1

*Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1

## [TRADUCTION]

## 2. In this Act:

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

(f) "employer" includes any person, corporation, firm, association or body having in its service any worker engaged in any work in, about or in connection with an industry and includes:

f) «employeur» S'entend de toute personne physique ou morale, de toute entreprise ou association, ou de tout organisme qui utilise les services d'un travailleur qui, par son travail, participe directement ou indirectement à une industrie. Sont compris:

(ii) the Crown in right of Saskatchewan and in right of Canada insofar as the latter in its capacity as an employer submits to the operation of this Act, any provincial permanent board or commission appointed in respect of any employment whatever and municipal corporations and school boards, and commissions and boards having the management of any work or service operated for a municipal corporation;

(ii) la Couronne du chef de la Saskatchewan et du chef du Canada dans la mesure où cette dernière se soumet, en sa qualité d'employeur, à l'application de la présente loi, toute commission permanente provinciale établie relativement à un emploi quelconque, et les corporations municipales, conseils scolaires et commissions ainsi que les organismes gérant tout ouvrage ou tout service exploité pour le compte d'une corporation municipale;

(g) "employment" includes employment in an industry or any part, branch or department of an industry, irrespective of whether the worker's duties are performed at, near or away from the employer's plant or business premises;

g) «emploi» S'entend notamment de l'emploi dans une industrie ou une partie, division ou section d'une industrie, peu importe que les fonctions du travailleur soient exercées dans les locaux, près des locaux ou loin des locaux de l'usine ou du commerce de l'employeur;

(j) "industry" means an industry to which this Act applies and includes establishment, undertaking, trade and business;

j) «industrie» S'entend d'une industrie à laquelle la présente loi s'applique et notamment d'un établissement, d'une entreprise, d'un métier et d'un commerce;

(k) "injury" means:

k) «blessure» S'entend

(i) the results of a wilful and intentional act, not being the act of the worker;

(i) du résultat d'un acte délibéré et intentionnel qui n'est pas le fait du travailleur;

(ii) the results of a chance event occasioned by a physical or natural cause; and

(ii) du résultat d'un événement fortuit d'origine matérielle ou naturelle;

(iii) any disablement;

(iii) de toute incapacité;

arising out of and in the course of employment;

résultant d'un emploi ou survenant au cours de celui-ci;

(t) “worker” means a person who has entered into or works under a contract of service or apprenticeship, . . .

3. — (1) This Act applies to all employers and workers engaged in, about or in connection with any industry in Saskatchewan except those industries excluded by a regulation or order of the Lieutenant Governor in Council or by section 10.

. . .

22. — (1) The board shall have exclusive jurisdiction to examine, hear and determine all matters and questions arising under this Act and any other matter in respect of which a power, authority or discretion is conferred upon the board and, without limiting the generality of the foregoing, the board shall have exclusive jurisdiction to determine:

. . .

(b) whether any injury has arisen out of or in the course of an employment;

. . .

(h) whether any industry or any part, branch or department of any industry is within the scope of this Act and the class to which it is assigned;

(i) whether any worker is within the scope of this Act.

(2) The decision and finding of the board under this Act upon all questions of fact and law are final and conclusive and no proceedings by or before the board shall be restrained by injunction, prohibition or other proceeding or removable by *certiorari* or otherwise in any court.

. . .

28. Where, in an industry, a worker suffers an injury, he is entitled to compensation which shall be paid by the board out of the fund.

. . .

44. No employer and no worker or any dependent of a worker has a right of action against an employer or a worker with respect to an injury sustained by a worker in the course of his employment.

. . .

t) «travailleur» S’entend d’une personne qui a conclu un contrat de louage de services ou d’apprentissage [...] ou qui travaille conformément à un tel contrat, . . .

3. — (1) La présente loi s’applique à tous les employeurs et à tous les travailleurs participant directement ou indirectement à une industrie en Saskatchewan, à l’exception des industries exclues par un règlement du lieutenant-gouverneur en conseil ou par l’article 10.

. . .

22. — (1) La commission a compétence exclusive pour examiner, entendre et trancher toutes les affaires et les questions se rapportant à la présente loi et toute autre affaire relativement à laquelle un pouvoir, une autorisation ou une discrétion lui sont conférés et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, elle a compétence exclusive pour décider:

. . .

b) si une blessure résulte d’un emploi ou est survenue au cours de celui-ci;

. . .

h) si une industrie ou une partie, division ou section d’une industrie relève de la présente loi, et de quelle catégorie elle relève;

i) si un travailleur relève de la présente loi.

(2) La décision rendue par la commission en vertu de la présente loi relativement à toutes les questions de fait et de droit est définitive et péremptoire, et aucune procédure engagée par la commission ou devant elle ne peut être entravée par injonction, prohibition ou autre procédure, ni être évoquée par *certiorari* ou autrement devant un tribunal.

. . .

28. Lorsque, dans une industrie, un travailleur subit une blessure, il a droit à une indemnité qui doit lui être versée sur le fonds par la commission.

. . .

44. Aucun employeur ni aucun travailleur ou personne à la charge de ce dernier n’a de droit d’action contre un employeur en ce qui concerne une blessure subie par un travailleur au cours de son emploi.

. . .

167. The right to compensation provided by this Act is in lieu of all rights of action, statutory or otherwise, to which a worker or his dependants are or may be entitled against the employer of the worker for or by reason of any injury sustained by him while in the employment of the employer.

168. Any party to any action may apply to the board for adjudication and determination of the question of the plaintiff's right to compensation under this Act or as to whether the action is one barred by this Act, and that adjudication and determination is final and conclusive.

180. Except as otherwise provided in this Act, all rights of action against the employers for injuries to workers, either at common law or under *The Workmen's Compensation Act*, are abolished.

### Judgments Below

#### *The Workers' Compensation Board*

The Board found that the actions against all three defendants were barred. The Board accepted that the Act was not intended to protect persons from lawsuits merely because of their status as "employers". Hence they formulated the requirement that the employer or its employees be engaged in an industry. In the case of the Government, its industry was "regulating". Because the Government must act through its employees, any right of action that the respondents might have against the Government would arise from acts or defaults of government employees while they were engaged in the government's industry of regulating.

The Board gave three reasons for rejecting the "dual capacity" theory advanced by the respondents: first, it does not recognize that the Government, Procrane and SaskPower are corporations and can therefore only act through their employees. Thus, they were really being sued in their capacity as employers. Second, the statute bars "all" rights of action in which workers are injured in the course of employment, with no exception for

167. Le droit à une indemnité prévu par la présente loi remplace tous les droits d'action, prévus par la loi ou autrement, auxquels le travailleur ou les personnes à sa charge ont ou peuvent avoir contre l'employeur du travailleur en raison d'une blessure subie par ce dernier pendant qu'il travaillait pour l'employeur.

168. Toute partie à une action peut demander à la commission de se prononcer sur la question du droit du demandeur à une indemnité en vertu de la présente loi ou sur la question de savoir si l'action est interdite par la présente loi, et cette décision est définitive et péremptoire.

180. Sous réserve d'une disposition contraire de la présente loi, tous les droits d'action contre les employeurs pour des blessures subies par des travailleurs, soit en common law ou en vertu de la *Workmen's Compensation Act*, sont supprimés.

### Les juridictions inférieures

#### *La Commission*

La Commission a conclu que les actions intentées contre les trois défendeurs étaient interdites. Elle a reconnu que la Loi ne visait pas à soustraire des personnes à toutes poursuites judiciaires simplement en raison de leur qualité d'«employeurs». C'est pourquoi elle a formulé l'exigence que l'employeur ou ses employés participent directement à une industrie. Dans le cas du gouvernement, son industrie était la «réglementation». Comme le gouvernement doit agir par l'intermédiaire de ses employés, tout droit d'action que les intimés pourraient avoir contre le gouvernement résulterait d'actes ou d'omissions d'employés du gouvernement alors qu'ils participaient directement à l'industrie gouvernementale de réglementation.

La Commission a exposé trois raisons de rejeter la théorie du «cumul des fonctions» avancée par les intimés: premièrement, elle ne reconnaît pas que le gouvernement, Pro-Crane et SaskPower sont des personnes morales et ne peuvent donc agir que par l'intermédiaire de leurs employés. Ainsi, ils étaient réellement poursuivis en leur qualité d'employeurs. Deuxièmement, la loi interdit «tous» les droits d'action lorsque les travailleurs

actions based solely on non-employment grounds. Third, this doctrine would allow injured workers to bring actions against their employers on some other ground of liability, thereby defeating the intention of workers' compensation legislation.

*Saskatchewan Court of Queen's Bench* (1993), 115 Sask. R. 111

8 Scheibel J. found that the Board had correctly concluded that Procrane, SaskPower and the Government were employers with workers engaged in an industry. He found that because an industry is an undertaking of any kind, what the government does is its industry. In the present case, the government's industry was administering and enforcing occupational health and safety standards. If the facts alleged by the respondents were true, then they were injured as a result of a failure in connection with that industry, and that the Government therefore came within the parameters of the Act.

9 Turning to the standard of review, Scheibel J. found that because the Board is subject to a true privative clause the test for review is therefore the patently unreasonable test. He found that the Board's decision had not been shown to be patently unreasonable; nor did the Board exceed its jurisdiction. The decision would withstand not only the patently unreasonable test, but also a test of correctness.

*Court of Appeal* (1995), 131 Sask. R. 275

10 Vancise J.A. noted that the Board has unique or specialized expertise and a full privative clause. However, he found that the question the Board had to answer under s. 168 was jurisdictional, because s. 168 delimits the Board's power, and because the relevant legal framework for the question of whether the government can be sued in tort in its capacity as regulator, despite the statutory bar, was *The Occupational Health and Safety Act* and the

sont blessés au cours de leur emploi, sans aucune exception pour les actions fondées uniquement sur des motifs non liés à l'emploi. Troisièmement, cette théorie permettrait aux travailleurs blessés d'intenter des actions contre leur employeur pour un autre motif de responsabilité, ce qui irait à l'encontre de l'objet de la législation en matière d'accidents du travail.

*La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (1993), 115 Sask. R. 111

Le juge Scheibel a statué que la Commission avait conclu à juste titre que Pro-Crane, SaskPower et le gouvernement étaient des employeurs dont les travailleurs participaient directement à une industrie. Il a décidé que, vu qu'une industrie est une entreprise de tout genre, ce que le gouvernement fait constitue son industrie. En l'espèce, l'industrie du gouvernement consistait à appliquer des normes d'hygiène et de sécurité au travail. Si les faits allégués par les intimés sont véridiques, ils ont alors été blessés à la suite d'une omission relative à cette industrie, et le gouvernement était donc visé par la Loi.

Au sujet de la norme de contrôle, le juge Scheibel a conclu que, du fait que la Commission est assujettie à une clause privative véritable, le critère de contrôle est celui du caractère manifestement déraisonnable. Il a jugé qu'on n'avait pas prouvé que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable, ni que la Commission avait excédé sa compétence. La décision résisterait non seulement au critère du caractère manifestement déraisonnable, mais également à celui de la décision correcte.

*La Cour d'appel* (1995), 131 Sask. R. 275

Le juge Vancise a fait remarquer que la Commission a une expertise exceptionnelle et bénéficie d'une clause privative intégrale. Toutefois, il a conclu que la question à laquelle la Commission devait répondre en vertu de l'art. 168 était une question de compétence, parce que l'art. 168 délimite le pouvoir de la Commission et que c'étaient l'*Occupational Health and Safety Act* et la common law, et non pas la Loi, qui constituaient le

common law, not the Act. Since *The Occupational Health and Safety Act* is outside the Board's jurisdiction, he found that the correctness standard of review was applicable.

In determining that the Board's decision was incorrect, Vancise J.A., accepted the "dual capacity" doctrine, according to which an action against the government qua regulator is not barred, even though an action against the government qua employer would be barred.

Wakeling J.A. dissented only on the issue of whether the actions against the Government of Saskatchewan should be allowed to proceed. He began by noting that since the first appellate decision in the matter decided that the Board had jurisdiction to hear and determine the issue, the test to be applied to the result was whether it was patently unreasonable. He also found that s. 168 clearly gave the Board jurisdiction to deal with the issue.

Wakeling J.A. was also of the opinion that the Board's decision was not patently unreasonable, and, was, in fact, correct. In rejecting the "dual capacity" doctrine, he noted that the Act expresses a concern with how the claim arises, and not the nature of the liability. The Act does not distinguish between kinds of claims, but bars all claims against employers.

### Issues

There are three issues in this appeal:

1. the standard of review;
2. if the standard of review is patent unreasonableness was the decision of the Board patently unreasonable; and

cadre juridique pertinent pour déterminer si le gouvernement peut, malgré l'interdiction de la Loi, faire l'objet de poursuites en matière de responsabilité délictuelle en sa qualité d'autorité réglementaire. Comme l'*Occupational Health and Safety Act* ne relève pas de la compétence de la Commission, il a statué que la norme de contrôle fondée sur la décision correcte était applicable.

Pour statuer que la décision de la Commission était incorrecte, le juge Vancise a reconnu la théorie du «cumul des fonctions», selon laquelle une action contre le gouvernement en sa qualité d'autorité réglementaire n'est pas interdite, même si une action contre le gouvernement en sa qualité d'employeur l'est.

Le juge Wakeling était dissident uniquement sur la question de savoir si on devrait permettre que les actions contre le gouvernement de la Saskatchewan soient instruites. Il a commencé par souligner que, puisque la première décision rendue en appel dans l'affaire voulait que la Commission ait compétence pour se prononcer sur la question, le critère à appliquer au résultat était de savoir s'il était manifestement déraisonnable. Il a également conclu que l'art. 168 conférait clairement à la Commission compétence pour traiter la question.

Le juge Wakeling était également d'avis que la décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable et qu'en fait elle était correcte. En rejetant la théorie du «cumul des fonctions», il a fait remarquer que la Loi s'intéresse à la façon dont l'action prend naissance et non pas à la nature de la responsabilité. La Loi n'établit pas de distinction entre des catégories d'actions, mais elle interdit toute action contre des employeurs.

### Les questions en litige

Il y a trois questions en litige dans la présente affaire:

1. La norme de contrôle;
2. Si la norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable, la décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable?

11

12

13

14

3. if the standard of review is correctness, was the Board correct in determining that the action against the government was statute barred?

15 I have decided that the standard of review is patent unreasonableness and therefore the third issues does not arise.

### Analysis

#### *Standard of Review*

16 To determine the standard of review, I must first decide whether the subject matter of the decision of the administrative tribunal was subject to a privative clause having full privative effect. If the conclusion is that a full privative clause applies, then the decision of the tribunal is only reviewable if it is patently unreasonable or the tribunal has made an error in the interpretation of a legislative provision limiting the tribunal's powers. In either circumstance the tribunal will have exceeded its jurisdiction. These principles are summarized in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086:

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

These two propositions derive their force in part from s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. A legislature cannot completely insulate a tribunal from the superintending and reforming power of the superior courts. To attempt this would be to attempt to constitute the tribunal as a superior court: *Crevier*

3. Si la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, la Commission a-t-elle rendu une décision correcte en jugeant que l'action contre le gouvernement était interdite par la loi en cause?

J'ai décidé que la norme de contrôle à appliquer est celle du caractère manifestement déraisonnable et que, par conséquent, la troisième question ne se pose pas.

### Analyse

#### *La norme de contrôle*

Pour déterminer la norme de contrôle applicable, je dois d'abord déterminer si l'objet de la décision du tribunal administratif était assujéti à une clause privative ayant un effet privatif intégral. Si je conclus qu'une clause privative intégrale s'applique, la décision du tribunal n'est alors susceptible de contrôle que si elle est manifestement déraisonnable ou si le tribunal a commis une erreur dans l'interprétation d'une disposition législative limitant ses pouvoirs. Dans l'un ou l'autre cas, le tribunal administratif aura excédé sa compétence. Ces principes sont résumés dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086:

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'excède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, un simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

La force de ces deux propositions découle en partie de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le législateur ne peut pas complètement soustraire un tribunal administratif au pouvoir de surveillance et de réforme des cours supérieures. Tenter de le faire reviendrait à tenter de faire du tribunal en cause

*v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

A “full” or “true” privative clause is one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded. See *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 332, and *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 590. Where the legislation employs words that purport to limit review but fall short of the traditional wording of a full privative clause, it is necessary to determine whether the words were intended to have full privative effect or a lesser standard of deference. See *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 264, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

The presence of a privative clause does not preclude review on the basis of an error of law if the provision under review is one that limits jurisdiction. The test as to whether the provision in question is one that limits jurisdiction is: was the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board? In applying the test, a functional and pragmatic approach is to be taken. See *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, at pp. 628-29. Factors such as the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise and the nature of the problem are all relevant in arriving at the intent of the legislature. See *Bibeault, supra*, at pp. 1088-89.

The respondents submit that s. 168 gives a unique power to the Board to direct the Superior Court not to hear an action. Because of the inherent jurisdiction of the Superior Court to control its own process, s. 168 should be interpreted narrowly, they say. This argument mischaracterizes

une cour supérieure: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

Une clause privative «intégrale» ou «véritable» est celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas. Voir *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 332, et *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la p. 590. Lorsque la loi utilise des mots qui visent à limiter le contrôle, mais qui ne correspondent pas au libellé traditionnel d’une clause privative intégrale, il faut déterminer si ces mots visaient un effet privatif intégral ou une norme de retenue moins élevée. Voir *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la p. 264, et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

La présence d’une clause privative n’empêche pas le contrôle fondé sur une erreur de droit si la disposition faisant l’objet du contrôle est une disposition limitative de compétence. Le critère servant à déterminer si la disposition en cause est une disposition limitative de compétence est le suivant: La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission? Pour appliquer ce critère, il faut avoir recours à une méthode fonctionnelle et pragmatique. Voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, aux pp. 628 et 629. Des facteurs comme l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, son domaine d’expertise et la nature du problème qui lui est soumis sont tous pertinents pour déterminer l’intention du législateur. Voir *Bibeault*, précité, aux pp. 1088 et 1089.

Les intimés font valoir que l’art. 168 confère à la Commission un pouvoir exceptionnel de donner à la cour supérieure l’ordre de ne pas instruire l’action. En raison de la compétence inhérente que possède la cour supérieure pour contrôler sa propre procédure, l’art. 168 devrait être interprété stricte-

17

18

19

the nature of the provisions at issue here. Section 168 does not give the Board the power to “direct” the Superior Court; it simply gives the Board the authority to answer a question about whether the action is statute-barred. In this context, it is significant that the Act does not speak of staying actions before the Superior Court, but rather, abolishes rights of action, as discussed below. Thus the effect of the respondents’ submissions would be to impair the power of a provincial legislature to abolish common law rights of action by according them constitutional protection under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Moreover, every decision taken by an administrative tribunal in defining the extent of its jurisdiction will have an effect on the jurisdiction of the superior courts. But this effect does not, without more, make the question “jurisdictional”. For instance, a decision of a workers’ compensation board as to whether a disease is work-related or is an industrial disease is arguably a matter that is typically within the boundaries of the jurisdiction of such a board. Yet, clearly, that decision will also have an impact on the jurisdiction of ordinary courts over the matter. Thus, the question is not what is the effect on the jurisdiction of the superior courts, but whether the provision at issue is one which limits the tribunal’s jurisdiction.

ment, affirment-ils. Cet argument qualifie mal la nature des dispositions dont il est question en l’espèce. L’article 168 ne confère pas à la Commission le pouvoir de «donner ordre» à la cour supérieure; il ne fait qu’investir la Commission du pouvoir de répondre à la question de savoir si l’action est interdite par la loi en cause. Dans ce contexte, il est révélateur que la Loi ne parle pas de suspendre les actions devant la cour supérieure, mais qu’elle supprime plutôt des droits d’action, comme nous le verrons plus loin. Ainsi, l’argumentation des intimés aurait pour effet de diminuer le pouvoir du législateur provincial de supprimer des droits d’action reconnus en common law en leur accordant la protection de la Constitution en vertu de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, chaque décision prise par un tribunal administratif pour définir l’étendue de sa compétence aura une incidence sur la compétence des cours supérieures. Toutefois, cette incidence, sans plus, ne fait pas de la question une question «de compétence». Par exemple, on pourrait soutenir que la décision d’une commission des accidents du travail, quant à savoir si une maladie est liée au travail ou est une maladie professionnelle, est une question qui relève habituellement de la compétence de cette commission. Pourtant, il est clair que cette décision aura également une incidence sur la compétence des tribunaux ordinaires en la matière. Par conséquent, il s’agit non pas de savoir quelle est l’incidence sur la compétence des cours supérieures, mais de savoir si la disposition en cause est une disposition qui limite la compétence du tribunal administratif.

20 In this appeal the respondent submits that s. 22 which employs the language of a true privative clause does not apply to the matters which the Board is called upon to decide under s. 168. That provision, it is said, provides for its own free standing standard of review in the words “final and conclusive”. These words, it is argued, import a lesser standard of deference.

Dans le présent pourvoi, les intimés soutiennent que l’art. 22 qui utilise le libellé d’une clause privative véritable ne s’applique pas aux affaires que la Commission est appelée à trancher en vertu de l’art. 168. Cette disposition, dit-on, prescrit sa propre norme de contrôle indépendante en recourant aux mots [TRADUCTION] «définitive et péremptoire». Ces mots, allègue-t-on, impliquent une norme de retenue moins élevée.

21 I see little merit in this submission. Section 22 was clearly intended to and applies to all issues that fall to be decided under the Act unless the issue is one that limits jurisdiction. I do not accept

Cet argument me semble peu fondé. L’article 22 était nettement destiné à s’appliquer et s’applique à toutes les questions qui doivent être tranchées en vertu de la Loi, à moins qu’il ne s’agisse d’une

the respondent's submission that the presence of the words "final and conclusive" in s. 168 indicates that the section was to have its own "stand-alone" privative clause. On the contrary, in my view, those words were used to make it clear that the question in s. 168 fell within the purview of s. 22 and was committed to the Board whose decision would be final and conclusive. In other words, the wording of s. 168 responds directly to the test: did the legislature intend to commit the matter exclusively to the Board?

Although this expression of intention by the legislature appears to be clear, it must be tested by reference to the other factors involved in the functional and pragmatic approach which this Court adopted in *Bibeault, supra*. In my opinion, the conclusion that matters arising under s. 168 are committed to the Board for final and exclusive decision is supported by the history and purpose of the Act as well as the nature and function of the Board. I turn to examine these factors.

#### *History and Purpose of Workers' Compensation*

The history and purpose of workers' compensation supports the proposition that the Board in this case had exclusive jurisdiction to decide the question of whether the statutory bar applies, because this question is intimately related to one side of the historic trade-off embodied in the system.

Workers' compensation is a system of compulsory no-fault mutual insurance administered by the state. Its origins go back to 19th century Germany, whence it spread to many other countries, including the United Kingdom and the United States. In Canada, the history of workers' compensation begins with the report of the Honourable Sir William Ralph Meredith, one-time Chief Justice of Ontario, who in 1910 was appointed to study systems of workers' compensation around the world and recommend a scheme for Ontario. He pro-

question qui limite la compétence. Je n'accepte pas l'argument des intimés selon lequel la présence des mots [TRADUCTION] «définitive et péremptoire» à l'art. 168 indique que l'article devait avoir sa propre clause privative «indépendante». Au contraire, à mon avis, ces mots ont été utilisés pour préciser que la question visée à l'art. 168 relevait de l'art. 22 et était renvoyée à la Commission, dont la décision serait définitive et péremptoire. Autrement dit, le libellé de l'art. 168 satisfait directement au critère: le législateur a-t-il voulu renvoyer l'affaire exclusivement à la Commission?

Bien que cette expression d'intention par le législateur paraisse claire, il faut la confronter aux autres facteurs que comporte la méthode fonctionnelle et pragmatique que notre Cour a utilisée dans *Bibeault*, précité. À mon sens, la conclusion que les questions qui se posent en vertu de l'art. 168 sont renvoyées à la Commission pour qu'elle rende une décision définitive et péremptoire à leur sujet est étayée par l'historique et l'objet de la Loi ainsi que par la nature et les fonctions de la Commission. Je passe maintenant à l'examen de ces facteurs.

#### *L'historique et l'objet de l'indemnisation des accidents du travail*

L'historique et l'objet de l'indemnisation des accidents du travail étayent la proposition selon laquelle la Commission avait, en l'espèce, compétence exclusive pour trancher la question de savoir si l'interdiction de la Loi s'applique, parce que cette question est intimement liée à l'un des aspects du compromis historique incorporé dans le régime.

L'indemnisation des accidents du travail est un régime d'assurance mutuelle obligatoire sans égard à la responsabilité, qui est administré par l'État. Son origine remonte à l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle, d'où elle s'est étendue à de nombreux autres pays, dont le Royaume-Uni et les États-Unis. Au Canada, l'historique de l'indemnisation des accidents du travail commence par le rapport présenté par sir William Ralph Meredith, ancien juge en chef de l'Ontario, qui, en 1910, s'est vu confier le mandat d'étudier les régimes d'indemnisation des

22

23

24

posed compensating injured workers through an accident fund collected from industry and under the management of the state. His proposal was adopted by Ontario in 1914. The other provinces soon followed suit. Saskatchewan enacted *The Workmen's Compensation Act, 1929*, S.S. 1928-29, c. 73, in 1929.

25

Sir William Meredith also proposed what has since become known as the "historic trade-off" by which workers lost their cause of action against their employers but gained compensation that depends neither on the fault of the employer nor its ability to pay. Similarly, employers were forced to contribute to a mandatory insurance scheme, but gained freedom from potentially crippling liability. Initially in Ontario, only the employer of the worker who was injured was granted immunity from suit. The Act was amended one year after its passage to provide that injured Schedule 1 workers could not sue any Schedule 1 employer. This amendment was likely designed to account for the multi-employer workplace, where employees of several employers work together.

26

The importance of the historic trade-off has been recognized by the courts. In *Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, 1983* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (Nfld. C.A.), Goodridge C.J. compared the advantages of workers' compensation against its principal disadvantage: benefits that are paid immediately, whether or not the employer is solvent, and without the costs and uncertainties inherent in the tort system; however, there may be some who would recover more from a tort action than they would under the Act. Goodridge C.J. concluded at p. 524:

While there may be those who would receive less under the Act than otherwise, when the structure is viewed in

accidents du travail dans le monde et de recommander un régime pour l'Ontario. Il a proposé d'indemniser les travailleurs blessés au moyen d'une caisse des accidents gérée par l'État, dont les fonds seraient perçus auprès de l'industrie. Sa proposition a été adoptée par l'Ontario en 1914. Les autres provinces ont suivi peu après. La Saskatchewan a adopté sa *Workmen's Compensation Act, 1929*, S.S. 1928-29, ch. 73, en 1929.

Sir William Meredith a également proposé ce qu'on en est venu à appeler le «compromis historique» aux termes duquel les travailleurs perdraient leur cause d'action contre leur employeur, mais obtiendraient une indemnité qui ne dépendrait ni de la responsabilité de l'employeur ni de sa capacité de payer. De même, les employeurs étaient tenus de contribuer à un régime d'assurance obligatoire, mais ils échappaient à une responsabilité potentiellement écrasante. Au début en Ontario, seul l'employeur du travailleur blessé jouissait de l'immunité contre les poursuites judiciaires. La Loi a été modifiée, un an après son adoption, de manière à prévoir que les travailleurs blessés mentionnés à l'annexe 1 ne pourraient poursuivre en justice aucun des employeurs mentionnés à l'annexe 1. Cette modification visait vraisemblablement à tenir compte des lieux de travail où les employés de plusieurs employeurs travaillent ensemble.

Les tribunaux ont reconnu l'importance de ce compromis historique. Dans *Reference re Validity of Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, 1983* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501 (C.A.T.-N.), le juge en chef Goodridge a comparé les avantages de l'indemnisation des accidents du travail à son principal désavantage: les prestations qui sont versées immédiatement, que l'employeur soit solvable ou non, et sans les frais et les incertitudes inhérents au régime de responsabilité civile délictuelle; toutefois, certains pourraient peut-être obtenir une indemnité plus élevée au moyen d'une action en responsabilité civile délictuelle qu'en vertu de la Loi. Le juge en chef Goodridge conclut, à la p. 524:

[TRADUCTION] Bien qu'il puisse y avoir ceux qui recevraient moins en vertu de la Loi que d'une autre

total, this is but a negative feature of an otherwise positive plan and does not warrant the condemnation of the legislation that makes it possible.

I would add that this so-called negative feature is a necessary feature. The bar to actions against employers is central to the workers' compensation scheme as Meredith conceived of it: it is the other half of the trade-off. It would be unfair to allow actions to proceed against employers where there was a chance of the injured worker's obtaining greater compensation, and yet still to force employers to contribute to a no-fault insurance scheme.

Montgomery J. also commented on the purposes of workers compensation in *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (Ont. H.C.). He stated at p. 279 that the scheme is based on four fundamental principles:

- (a) compensation paid to injured workers without regard to fault;
- (b) injured workers should enjoy security of payment;
- (c) administration of the compensation schemes and adjudication of claims handled by an independent commission, and
- (d) compensation to injured workers provided quickly without court proceedings.

I would note that these four principles are interconnected. For instance, security of payment is assured by the existence of an injury fund that is maintained through contributions from employers and administered by an independent commission, the Workers' Compensation Board. The principle of quick compensation without the need for court proceedings similarly depends upon the fund and the adjudication of claims by the Board. The principle of no-fault recovery assists the goal of speedy compensation by reducing the number issues that must be adjudicated. The bar to actions is not ancillary to this scheme but central to it. If there were no bar, then the integrity of the system would

manière, quand on en considère l'économie dans son ensemble, c'est seulement une caractéristique négative d'un régime par ailleurs positif et cela ne justifie pas de condamner la loi qui le rend possible.

J'ajouterais que cette caractéristique soi-disant négative est une caractéristique nécessaire. L'interdiction des actions contre des employeurs est d'une importance cruciale pour le régime d'indemnisation des accidents du travail conçu par Meredith: c'est l'autre revers du compromis. Il serait injuste de permettre que des actions soient intentées contre des employeurs lorsqu'il existe une chance que le travailleur blessé obtienne une indemnité plus élevée, et, en même temps, de forcer les employeurs à contribuer à un régime d'assurance sans égard à la responsabilité.

Le juge Montgomery a également commenté les objets de l'indemnisation des accidents du travail dans la décision *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (H.C. Ont.). Il a affirmé, à la p. 279, que le régime repose sur quatre principes fondamentaux:

[TRADUCTION]

- a) l'indemnisation des travailleurs sans égard à la responsabilité;
- b) les travailleurs blessés devraient jouir de la sécurité de paiement;
- c) l'administration des régimes d'indemnisation et le traitement des demandes effectués par une commission indépendante;
- d) l'indemnisation rapide des travailleurs blessés, sans poursuites judiciaires.

Je souligne que ces quatre principes sont étroitement liés. Par exemple, la sécurité de paiement est assurée par l'existence d'une caisse des accidents maintenue au moyen des contributions des employeurs et gérée par une commission indépendante, la commission des accidents du travail. Le principe de l'indemnisation rapide sans nécessité de recourir à des poursuites judiciaires dépend également de la caisse et du traitement des demandes par la Commission. Le principe du recouvrement sans égard à la responsabilité aide à réaliser l'objectif d'indemnisation rapide par la réduction du nombre de questions à trancher. L'interdiction de poursuivre en justice est non pas accessoire à ce

be compromised as employers sought to have their industries exempted from the requirement of paying premiums toward an insurance system that did not, in fact, provide them with any insurance.

28 The cases also support the conclusion that the legislature intended to commit exclusively to the Board the question of whether the statutory bar applied. In *Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] S.C.R. 46, Duff J. (as he then was) found that the proper inference from provisions similar to the ones in issue here was that the authority to pass on the issue was solely vested in the Board. He commented, at p. 54:

The autonomy of the board is, I think, one of the central features of the system set up by the Workmen's Compensation Act. One at least of the more obvious advantages of this very practical method of dealing with the subject of compensation for industrial accidents is that the waste of energy and expense in legal proceedings and a canon of interpretation governed in its application by refinement upon refinement leading to uncertainty and perplexity in the application of the Act are avoided.

29 Anglin J. (as he then was) agreed at p. 61:

It seems to be quite clear that the question of the plaintiffs' right to bring and maintain this action "arises under" Part I and also that it is

a matter or thing in respect to which power, authority or discretion is conferred on the Board.

In my opinion by giving to the board

exclusive jurisdiction to examine into, hear and determine

all such matters and questions the legislature intended to oust and did oust the jurisdiction of the ordinary courts to entertain them, and required that they should be examined into, heard and determined solely by the board.

30 Since *Dominion Cannery*, courts have consistently held that the question of whether the statu-

régime mais essentielle à celui-ci. En l'absence d'interdiction, l'intégrité du régime serait compromise, car les employeurs chercheraient à faire exempter leurs industries de l'obligation de verser des cotisations pour un régime d'assurance qui, en fait, ne leur offre aucune assurance.

La jurisprudence étaye aussi la conclusion que le législateur a voulu renvoyer exclusivement à la Commission la question de savoir si l'interdiction de la Loi s'appliquait. Dans l'arrêt *Dominion Cannery Ltd. c. Costanza*, [1923] R.C.S. 46, le juge Duff (plus tard Juge en chef) a estimé qu'il convenait de déduire de dispositions semblables à celles qui sont en cause dans le présent pourvoi que le pouvoir de trancher la question n'était attribué qu'à la Commission. Il a fait observer ceci à la p. 54:

[TRADUCTION] L'autonomie de la commission est, je pense, l'une des principales caractéristiques du régime établi par la Workmen's Compensation Act. Au moins un des avantages les plus évidents de cette méthode très pratique de traiter la question de l'indemnisation des accidents du travail est d'éviter le gaspillage d'énergie et d'argent dans des poursuites judiciaires et un principe d'interprétation, régi dans son application, par de nombreuses subtilités qui engendrent de l'incertitude et de la perplexité dans l'application de la Loi.

Le juge Anglin (plus tard Juge en chef) se dit d'accord avec cela, à la p. 61:

[TRADUCTION] Il semble tout à fait que la question du droit des demandeurs d'intenter la présente action «résulte de» la partie I et également qu'il s'agit

d'une question ou d'une chose à l'égard de laquelle un pouvoir discrétionnaire ou autre est conféré à la Commission.

À mon avis, en conférant à la Commission

compétence exclusive pour examiner, entendre et trancher

toutes ces affaires et questions, le législateur a voulu éliminer et a effectivement éliminé la compétence des tribunaux ordinaires pour les instruire et a exigé qu'elles soient examinées, entendues et tranchées uniquement par la Commission.

Depuis l'arrêt *Dominion Cannery*, les tribunaux ont constamment jugé que la question de savoir si

tory bar applied to an action was finally committed to the board. See, for instance, *Peter v. Yorkshire Estate Co.*, [1926] 2 W.W.R. 545 (P.C.); *Alcyon Shipping Co. v. O'Krane*, [1961] S.C.R. 299; *Farrell v. Workmen's Compensation Board*, [1962] S.C.R. 48; *Mack Trucks Manufacturing Co. v. Forget*, [1974] S.C.R. 788, and, more recently, *Crowsnest Air Ltd. v. Workers' Compensation Board (Sask.) and Stolar* (1995), 128 Sask. R. 144 (C.A.).

In *Alcyon Shipping*, the Court rejected the submission that the Board could determine whether a defendant was an "employer" in the administration of the Act but that the court could determine the matter independently. Judson J. found in *Dominion Cannery* a recognition of the exclusive jurisdiction of the Board. He said at pp. 304-5:

As far as I know, this principle has never been in doubt since this decision. If it is departed from it will involve a serious breach in the administration of the *Workmen's Compensation Acts* across the country.

#### *Purpose and role of the Board*

The Board occupies the central position in the workers' compensation system. The system has three main aspects: (1) compensation and rehabilitation of injured workers, (2) the bar to actions, and (3) the injury fund. As seen above, all three are essential to the system as it was conceived by Meredith and implemented by each provincial legislature. The Board has a role in respect of each of these aspects. Thus the Board has exclusive jurisdiction to determine whether an injury arose out of or in the course of employment (s. 22(1)(a)); whether any industry is within the scope of the Act (s. 22(1)(h)); whether a worker is within the scope of the Act (s. 22(1)(i)); the existence, degree, and permanence of functional impairment (s. 22(1)(c) and (d)); the degree of diminution of earning capacity caused by an injury (s. 22(1)(e)). The Board has the same powers as the Court of Queen's Bench for compelling the attendance of

l'interdiction légale s'appliquait à une action relevant en fin de compte de la Commission. Voir, par exemple, *Peter c. Yorkshire Estate Co.*, [1926] 2 W.W.R. 545 (C.P.), *Alcyon Shipping Co. c. O'Krane*, [1961] R.C.S. 299, *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48, *Mack Trucks Manufacturing Co. c. Forget*, [1974] R.C.S. 788, et plus récemment, *Crowsnest Air Ltd. c. Workers' Compensation Board (Sask.) and Stolar* (1995), 128 Sask. R. 144 (C.A.).

Dans l'arrêt *Alcyon Shipping*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la Commission pouvait décider si un défendeur était un «employeur» aux fins de l'application de la Loi, mais que la cour de justice pouvait trancher la question indépendamment. Le juge Judson a perçu dans l'arrêt *Dominion Cannery* une reconnaissance de la compétence exclusive de la Commission. Il a affirmé, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] Autant que je sache, ce principe n'a jamais été mis en doute depuis cette décision. Si on y déroge, cela ouvrira une brèche importante dans l'application des lois sur les accidents du travail dans le pays.

#### *L'objet et le rôle de la Commission*

La Commission est au cœur même du régime d'indemnisation des accidents du travail. Ce régime comporte trois aspects principaux: (1) l'indemnisation et la réadaptation des travailleurs blessés, (2) l'interdiction de poursuivre en justice, et (3) la caisse des accidents. Comme nous l'avons vu précédemment, les trois sont essentiels au régime conçu par Meredith et implanté par chaque législateur provincial. La Commission a un rôle à jouer à l'égard de chacun de ces aspects. Ainsi, la Commission a compétence exclusive pour déterminer si une blessure résulte d'un emploi ou est survenue en cours de celui-ci (al. 22(1)a)), si une industrie relève de la Loi (al. 22(1)h)); si un travailleur relève de la Loi (al. 22(1)i)), l'existence, le degré et le caractère permanent de la déficience fonctionnelle (al. 22(1)c) et (d)), le degré de diminution de la capacité de gagner sa vie causé par une blessure (al. 22(1)e)). La Commission possède les mêmes pouvoirs que la Cour du Banc de la Reine pour obliger les témoins à comparaître et les

31

32

witnesses and examining them (s. 23). It can order a medical examination of the worker (s. 57).

33 The Board also sets the level of compensation. It is directed to establish a rating schedule for permanent functional impairments (s. 67(1)). The Board determines what earnings a worker has lost and awards compensation on that basis (s. 68). It also determines the appropriate level of compensation to dependents where a worker dies (ss. 82 to 98.2). The Board can review the level of compensation being paid to workers and their dependents (ss. 104 and 105). The Board is also responsible for furnishing medical aid, including treatment and artificial limbs (ss. 106 to 115.2).

34 The second aspect of the system, the bar to actions, is at issue in this case. Section 168 clearly grants the Board jurisdiction to determine when the bar applies.

35 The third aspect of the system, the injury fund, also comes under the authority of the Board. The Board has the responsibility to maintain the fund and collect assessments from employers. It establishes classes of industries (s. 121(1)), and can subdivide those classes according to the hazard they present (s. 121(2)). The Board then assesses employers in each class a percentage of their payroll that it considers sufficient to pay for injuries to workers in industries in that class (s. 135(1)). There are provisions allowing for additional assessments on employers who have fatal accidents (s. 135.1).

#### *The Expertise of the Board*

36 The expertise of workers' compensation boards was recognized early on. In *Dominion Cannery*, Idington J. noted at p. 53 that:

The past experience of the members of the board, no doubt was sufficient guide and we should at least give

interroger (art. 23). Elle peut ordonner que le travailleur subisse un examen médical (art. 57).

La Commission fixe également le niveau d'indemnisation. Elle doit établir un tableau de tarification pour les déficiences fonctionnelles permanentes (par. 67(1)). La Commission détermine quel salaire un travailleur a perdu et accorde une indemnité en conséquence (art. 68). Elle détermine également le niveau d'indemnisation approprié des personnes à charge lorsqu'un travailleur décède (art. 82 à 98.2). La Commission peut réviser le niveau d'indemnisation des travailleurs et des personnes à leur charge (art. 104 et 105). La Commission est également chargée de fournir une aide médicale, y compris des traitements et des prothèses (art. 106 à 115.2).

C'est le deuxième aspect du régime, soit l'interdiction de poursuivre en justice, qui est en cause dans le présent pourvoi. L'article 168 confère clairement à la Commission compétence pour déterminer quand s'applique l'interdiction.

Le troisième aspect du régime, à savoir la caisse des accidents, relève également de la Commission. Celle-ci a la responsabilité de maintenir la caisse et de percevoir des cotisations auprès des employeurs. Elle établit des catégories d'industries (par. 121(1)) et peut subdiviser ces catégories selon les dangers qu'elles présentent (par. 121(2)). La Commission cote ensuite les employeurs de chaque catégorie selon un pourcentage de leur masse salariale qu'elle considère suffisant pour indemniser les travailleurs blessés des industries de cette catégorie (par. 135(1)). Il existe des dispositions qui permettent de percevoir des cotisations supplémentaires auprès d'employeurs qui comptent des accidents mortels (art. 135.1).

#### *L'expertise de la Commission*

L'expertise des commissions des accidents du travail a été reconnue dès le début. Dans l'arrêt *Dominion Cannery*, le juge Idington fait observer, à la p. 53:

[TRANSLATION] L'expérience passée des membres de la commission constituait sans aucun doute un guide suffi-

them credit therefor, and knowledge, by this time, of the Act, superior, I imagine, to ours.

At the time that the application under s. 168 was heard, the Board was composed of at least three members appointed by the Lieutenant Governor in Council (s. 13(1)). The chairman was appointed from among the members by the Lieutenant Governor in Council (s. 14(1)). The members held office at pleasure, except for the chairman, who was appointed for five years and was eligible for reappointment (s. 15). As it stands today, the Board has a maximum of five full-time members, including a chairperson and an even number of members, half of whom represent employers and half of whom represent workers (s. 13(1)). The employer representatives are chosen from a list of names submitted by employer associations, and the worker representatives are chosen from a list of names submitted by labour organizations (s. 13(1.1)). The chairperson holds office for five years and may be reappointed; the other members hold office for four years and may be reappointed (s. 15). In addition to the specific powers described above, the Act imposes on the Board the general duty of treating workers and their dependants in a fair and reasonable manner (s. 21.1(1)). The Board is assisted in its work by a large professional staff headed by an executive director who is the chief administrative officer of the Board. The Board also establishes and publishes policy directives (s. 21.1(2)).

The composition, tenure, and powers of the Board demonstrate that it has very considerable expertise in dealing with all aspects of the workers' compensation system. Not only does the Board have day-to-day expertise in handling claims for compensation, in setting assessment rates and promoting workplace safety; but it also has expertise in ensuring that the purposes of the

sant et nous devrions au moins leur donner crédit pour cette raison et leur reconnaître, en même temps, une connaissance de la Loi qui soit, j'imagine, supérieure à la nôtre.

À l'époque à laquelle la demande fondée sur l'art. 168 a été entendue, la Commission était composée d'au moins trois membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil (par. 13(1)) qui désignait aussi le président de la Commission parmi les membres (par. 14(1)). À l'exception du président nommé pour un mandat renouvelable de cinq ans, les membres occupaient leur charge à titre amovible (par. 15). Aujourd'hui, la Commission se compose, au plus, de cinq membres à temps plein, dont un président et un nombre pair de membres, dont une moitié représente les employeurs et l'autre moitié représente les travailleurs (par. 13(1)). Les représentants des employeurs sont choisis à partir d'une liste de noms soumise par les associations d'employeurs, et les représentants des travailleurs sont choisis à partir d'une liste de noms soumise par les syndicats (par. 13(1.1)). Le président occupe son poste pendant cinq ans et peut être renommé à ce poste; les autres membres occupent leur poste pendant quatre ans et peuvent être renommés à leur poste (art. 15). En plus des pouvoirs particuliers décrits ci-dessus, la Loi impose à la Commission l'obligation générale de traiter les travailleurs et les personnes à leur charge de manière juste et raisonnable (par. 21.1(1)). La Commission est assistée dans son travail par de nombreux professionnels ayant à leur tête un directeur général qui est l'administrateur principal de la Commission. La Commission établit et publie également des directives d'orientation (par. 21.1(2)).

La composition et les pouvoirs de la Commission ainsi que la durée des fonctions de ses membres montrent bien qu'elle possède une expertise vraiment considérable en matière de traitement de tous les aspects du régime d'indemnisation des accidents du travail. Non seulement la Commission possède-t-elle une expertise courante en matière de traitement des demandes d'indemnisation, d'établissement des taux de cotisation et de promotion de la sécurité au travail, mais encore elle possède une expertise pour ce qui est d'assurer

37

38

Act are not defeated. As Wakeling J.A. commented at p. 301 in his dissenting reasons:

[The Board members] are well equipped to draw on a background of experience to determine how the Act will best function so as to assure a continued consistent development of the intended purposes of the Act. I have no reason to doubt they are well qualified to decide the various issues the legislation is designed to present them.

*The Problem before the Board*

39

The Act contains three provisions that bar actions. Section 44 takes away the right of action of an employer or a worker against an employer or a worker for an injury sustained by a worker in the course of his employment. Section 167 simply provides that the right to compensation in the Act is in lieu of all rights of action that a worker may have against his or her employer by reason of an injury sustained in the course of employment. Section 180 abolishes all rights of action against employers for injuries to workers. It is significant that these sections use language that has a particular definition in the context of the workers' compensation scheme. "Employer", "worker", and "injury" are all given specific and detailed definitions in the Act. The concept of being "in the course of his employment" is central to a worker's eligibility for compensation: an injury is not an "injury" for the purposes of the Act unless it arises out of and in the course of employment. There are certain deeming provisions in the act relating to all of these concepts.

40

A determination that an action is statute barred will thus involve a determination of the very issues that go into determining whether the injured person is eligible for compensation. This does not mean, however, that every potential defendant is relieved of liability once the injured person has been found eligible for compensation. The Act contemplates that some rights of action will remain: it provides that where a worker has a cause of action and is also entitled to compensation, he

que le respect des objectifs de la Loi. Comme le fait remarquer le juge Wakeling dans ses motifs de dissidence, à la p. 301:

[TRADUCTION] [Les membres de la Commission] ont tout ce qu'il faut, sur le plan de l'expérience, pour déterminer comment la Loi peut le mieux assurer une évolution continue et cohérente des objectifs qu'elle vise. Je n'ai aucune raison de douter qu'ils ont toute la compétence voulue pour trancher les diverses questions que la mesure législative est destinée à leur soumettre.

*Le problème dont était saisie la Commission*

La Loi contient trois dispositions qui interdisent les poursuites judiciaires. L'article 44 supprime le droit d'action d'un employeur ou d'un travailleur contre un employeur ou un travailleur relativement à une blessure subie par un travailleur au cours de son emploi. L'article 167 prévoit simplement que le droit à une indemnité inscrit dans la Loi remplace tous les droits d'action qu'un travailleur peut avoir contre son employeur à la suite d'une blessure subie au cours de son emploi. L'article 180 supprime tous les droits d'action contre des employeurs pour des blessures subies par des travailleurs. Il est révélateur que ces articles utilisent des termes qui ont un sens particulier dans le contexte du régime d'indemnisation des accidents de travail. Les termes [TRADUCTION] «employeur», «travailleur» et «blessure» font tous l'objet d'une définition précise et détaillée dans la Loi. La notion d'[TRADUCTION] «au cours de son emploi» est essentielle à l'admissibilité du travailleur à une indemnité: une blessure n'est une «blessure» aux fins de la Loi que si elle résulte d'un emploi ou est survenue au cours de l'emploi. Il y a dans la Loi certaines dispositions déterminatives qui se rapportent à toutes ces notions.

La décision qu'une action est interdite par la Loi exigera donc qu'on tranche les questions mêmes qu'implique la question de savoir si la personne blessée est admissible à une indemnité. Cela ne signifie pas, cependant, que tout défendeur éventuel est exonéré de toute responsabilité une fois qu'on a conclu que la personne blessée est admissible à une indemnité. La Loi prévoit que certains droits d'action demeureront: elle prévoit que, lorsqu'un travailleur a une cause d'action et a égale-

or she can receive compensation and also bring the action (s. 39), but the Board will be subrogated to the claim (s. 40).

Essentially, then, the question before the Board on an application under s. 168 is whether the plaintiff is eligible for compensation, and whether the defendant is immune from suit by virtue of being a contributor to the workers' compensation system. In both cases, the Board is passing on a matter that relates intimately to the purposes and structure of the workers' compensation system, and that is expressed in terms whose meaning is inseparable from their meaning elsewhere in the Act.

There can be no question that the question of eligibility for compensation is one that is within the Board's exclusive jurisdiction. It is also clear upon examination that the issue of whether an action is barred is equally within the Board's exclusive jurisdiction. It would undermine the purposes of the scheme for the courts to assume jurisdiction over that question. It could lead to one of the problems that workers' compensation was created to solve, namely, the problem of employers becoming insolvent as a result of high damage awards. The system of collective liability was created to prevent that, and thus to ensure security of compensation to the workers. Individual immunity is the necessary corollary to collective liability. The interposition of the courts could also lead to uncertainty about recovery. Anglin J. recognized this in *Dominion Cannery*, where he suggested that the purpose of the Act reserving to the Board exclusive jurisdiction over the question of whether an action was barred was to avoid a worker's being completely denied recovery should the Board determine that he or she was not entitled to compensation but the court determine that he was.

In view of the above, the issue as to whether the proposed action is barred is one that is committed

ment droit à une indemnité, il peut recevoir une indemnité et également intenter l'action en cause (art. 39), mais que la Commission sera subrogée dans cette action (art. 40).

41  
Essentiellement, alors, la question dont la Commission est saisie dans une demande fondée sur l'art. 168 est de savoir si le demandeur est admissible à une indemnité et si le défendeur est à l'abri de toutes poursuites judiciaires du fait qu'il cotise au régime d'indemnisation des accidents du travail. Dans les deux cas, la Commission se prononce sur une question qui se rapporte étroitement aux objectifs et à l'économie du régime d'indemnisation des accidents du travail et cela est exprimé dans des termes dont le sens est inséparable de celui qu'ils ont ailleurs dans la Loi.

42  
Il ne fait aucun doute que la question de l'admissibilité à une indemnité est une question qui relève de la compétence exclusive de la Commission. De plus, il ressort clairement de l'analyse que la question de savoir si une action est interdite relève également de la compétence exclusive de la Commission. Si les tribunaux s'arrogeaient la compétence sur cette question, cela minerait les objectifs du régime. Il pourrait en résulter l'un des problèmes que l'indemnisation des accidents du travail vise à résoudre, c'est-à-dire celui de l'insolvabilité des employeurs à la suite de l'attribution de dommages-intérêts élevés. Le régime de responsabilité collective a été instauré afin d'empêcher cela et de garantir ainsi aux travailleurs une sécurité en matière d'indemnisation. L'immunité de chacun est le corollaire nécessaire de la responsabilité collective. Si les tribunaux s'interposaient, cela pourrait aussi créer de l'incertitude en matière de recouvrement. Le juge Anglin a reconnu cela dans l'arrêt *Dominion Cannery*, où il a laissé entendre que l'objectif visé par la Loi, en réservant à la Commission la compétence exclusive pour déterminer si une action est interdite, était d'éviter qu'un travailleur soit privé de tout recouvrement si la Commission juge qu'il n'a pas droit à une indemnité, mais que la cour décide le contraire.

43  
Compte tenu de ce qui précède, la question de savoir si l'action projetée est interdite est une ques-

to the Board for final decision and is not reviewable unless it is patently unreasonable.

*Is the Decision Patently Unreasonable?*

44

In reaching its decision the Board noted that while the relevant provisions could be read to bar all actions against “employers”, such a conclusion was incorrect. Rather, the Board was of the opinion that the object, purpose and scope of the Act necessitated limiting the scope of the statutory bar to cases where the employer is engaged in an industry at the time of the accident. Accordingly, in coming to its decision, the Board asked itself four questions:

1. Was the plaintiff a worker within the meaning of the Act?
2. If so, was the injury sustained in the course of his or her employment?
3. Is the defendant an employer within the meaning of the Act?
4. If the defendant is an employer within the meaning of the Act, does the claim arise out of acts or defaults of the employer or the employer’s employees while engaged in, about or in connection with the industry or employment in which the employer or worker of such employer causing the injury is engaged?

45

In my view an examination of the Act shows that these were the appropriate questions, and that when the Board answered them as they did, the decision could not be said to be patently unreasonable.

46

Although the government may not be an “industry” in the ordinary sense of the term, when interpreted within the context of the workers’ compensation scheme established under the Act, it must be understood to be an industry. Section 2(f) defines an “employer” to be any person, corporation, etc, “having in its service any worker engaged in any work in, about or in connection with an industry”.

tion qui est renvoyée à la Commission pour qu’elle rende une décision définitive à cet égard, et n’est susceptible de contrôle judiciaire que si elle est manifestement déraisonnable.

*La décision est-elle manifestement déraisonnable?*

Pour arriver à sa décision, la Commission a fait remarquer que, bien que les dispositions pertinentes puissent être interprétées comme empêchant toute action contre les «employeurs», une telle conclusion était incorrecte. La Commission était plutôt d’avis que l’objet et la portée de la Loi exigeaient qu’on limite l’interdiction légale aux cas où l’employeur participe directement à une industrie au moment de l’accident. Par conséquent, pour rendre sa décision, la Commission s’est posé quatre questions:

1. Le demandeur était-il un travailleur au sens de la Loi?
2. Dans l’affirmative, la blessure a-t-elle été subie au cours de son emploi?
3. Le défendeur est-il un employeur au sens de la Loi?
4. Si le défendeur est un employeur au sens de la Loi, l’action intentée résulte-t-elle d’actes ou d’omissions de la part de l’employeur ou d’employés de l’employeur qui participent directement ou indirectement à l’industrie ou à l’emploi auxquels est rattaché l’employeur ou le travailleur d’un tel employeur à l’origine de la blessure?

À mon avis, l’analyse de la Loi montre que c’étaient les bonnes questions à se poser et que, lorsque la Commission y a répondu de la façon dont elle l’a fait, on ne pouvait pas dire que sa décision était manifestement déraisonnable.

Bien que le gouvernement puisse ne pas être une «industrie» au sens ordinaire du terme dans le contexte du régime d’indemnisation des accidents du travail établi en vertu de la Loi, il doit être considéré comme étant une industrie. L’alinéa 2f) définit le mot [TRADUCTION] «employeur» comme étant notamment toute personne physique ou morale «qui utilise les services d’un travailleur qui,

Thus the concept of being an “employer” is linked to the concept of an “industry”. Section 2(f)(ii) specifically includes the Crown in right of Saskatchewan as an employer. The definition of “employment” is linked with “industry” in a similar manner in s. 2(g). Section 2(k) limits the definition of “injury” to injuries “arising out of and in the course of employment.”

It is clear that the government is expressly included as an “employer” under the Act and pays premiums into the fund; yet, if the respondents are correct in their submission that regulating is not an “industry,” then it follows that the Act does not apply to the government, because the Act only applies to employers that are engaged in an industry. It also follows that when government employees are injured, their injuries cannot be “injuries,” because they cannot arise out of “employment”, which must be in an “industry”. So they would not be entitled to compensation. Again, under s. 28, only workers who are “in an industry” are entitled to compensation for injuries. Once again, the conclusion is inescapable: the government worker would be denied compensation.

The majority of the Court of Appeal sought to parse the function of government on the basis of what is called the “dual capacity” theory. According to this theory it is necessary to divide the role of government in accordance with its public duty and private duty. The fact that this dichotomy exists in determining the tort liability of public authorities is cited as justification for equating the regulatory aspect of a government’s function with its public law duty. Furthermore, the respondents submit that it is only with respect to functions that attract a private law duty that the government is an employer.

par son travail, participe directement ou indirectement à une industrie». La notion d’«employeur» est donc liée à la notion d’«industrie». Le sous-alinéa 2f(ii) inclut précisément la Couronne du chef de la Saskatchewan comme employeur. À l’alinéa 2g), la définition du mot [TRADUCTION] «emploi» est liée à l’«industrie» d’une manière semblable. L’alinéa 2k) limite la définition de [TRADUCTION] «blessure» à celles «résultant d’un emploi ou survenant au cours de celui-ci».

Il est évident que le gouvernement est inclus expressément comme «employeur» au sens de la Loi et qu’il verse des cotisations à la caisse des accidents; pourtant, si les intimés ont raison de faire valoir que la réglementation n’est pas une «industrie», il s’ensuit alors que la Loi ne s’applique pas au gouvernement, parce qu’elle ne s’applique qu’aux employeurs qui participent directement à une industrie. Il s’ensuit également que, lorsque des employés du gouvernement sont blessés, leurs blessures ne peuvent pas être des «blessures», puisqu’elles ne peuvent pas résulter de leur «emploi», qui doit être dans une «industrie». Ainsi, ils n’auraient pas droit à une indemnité. Encore une fois, en vertu de l’art. 28, seuls les travailleurs qui sont [TRADUCTION] «dans une industrie» ont droit à une indemnité pour des blessures. Là encore, la conclusion est inévitable: le travailleur gouvernemental se verrait refuser toute indemnité.

La Cour d’appel à la majorité a essayé d’analyser la fonction du gouvernement selon ce qu’on appelle la théorie du «cumul des fonctions». D’après cette théorie, il faut diviser le rôle du gouvernement selon l’obligation de droit public et l’obligation de droit privé qui lui incombent. L’existence de cette dichotomie dans la détermination de la responsabilité civile délictuelle des autorités publiques est citée pour justifier l’assimilation de l’aspect réglementaire de la fonction d’un gouvernement à son obligation de droit public. En outre, les intimés soutiennent que c’est seulement à l’égard des fonctions qui entraînent une obligation de droit privé que le gouvernement est un employeur.

47

48

49

I respectfully disagree with this analysis. The public duty versus private duty dichotomy is employed in cases such as *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, to determine whether there is a duty of care which can support a private cause of action in tort. In order to do so, it must be possible to engraft on the public law duty a private law duty. The rationale of the distinction is that certain kinds of activities of a public body that are policy oriented do not give rise to a private law duty while operational-type activities do. These principles have no application here. The existence of a private law duty and hence a cause of action is not in issue. It is assumed that there is a cause of action at common law but the question is whether it is barred by s. 168. Government activity in regulating an industry involves both public and private duties. These activities are carried out on behalf of the government by individuals who, for the most part, are employed by the government. The government may be an employer whether the individual is making policy decisions or carrying them out. The fact that some policy-oriented activities are not actionable is not relevant to the issue that was before the Board.

50

The Court of Appeal also referred to *Mack Trucks Manufacturing Co.*, *supra*, a decision of this Court which affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal. In that case, Mack Trucks loaned one of its trucks to a Schedule 1 employer. An employee of the latter, while driving the truck, was involved in an accident with an employee of another Schedule 1 employer who was injured. The Ontario Workers' Compensation Board paid the injured employee compensation under the Act and brought a subrogated claim against Mack Trucks as registered owner of the vehicle. Mack Trucks pleaded that the action was barred by the provisions of *The Workmen's Compensation Act*,

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette analyse. La dichotomie entre l'obligation de droit public et l'obligation de droit privé est utilisée dans des arrêts comme *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), et *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, pour déterminer s'il existe une obligation de diligence susceptible d'étayer une cause privée d'action en responsabilité civile délictuelle. Pour ce faire, il doit être possible de greffer une obligation de droit privé à l'obligation de droit public. La raison d'être de cette distinction est que certains types d'activités d'un organisme public qui sont orientés vers des programmes ne donnent pas naissance à une obligation de droit privé, alors que des activités de type opérationnel le font. Ces principes ne s'appliquent pas en l'espèce. L'existence d'une obligation de droit privé et donc d'une cause d'action n'est pas en cause. On suppose qu'il y a une cause d'action en common law, mais il s'agit de savoir si elle est interdite par l'art. 168. L'activité du gouvernement lorsqu'il réglemente une industrie comporte à la fois des obligations de droit public et des obligations de droit privé. Ces activités sont exercées au nom du gouvernement par des individus qui, dans la plupart des cas, sont des employés du gouvernement. Le gouvernement peut être un employeur, peu importe que l'individu prenne des décisions de politique générale ou qu'il les exécute. Le fait que certaines activités orientées vers des programmes ne donnent pas ouverture à des poursuites judiciaires n'est pas pertinent quant à la question dont la Commission a été saisie.

La Cour d'appel s'est également reportée à l'arrêt *Mack Trucks Manufacturing Co.*, précité, dans lequel notre Cour a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, Mack Trucks avait prêté l'un de ses camions à un employeur mentionné à l'annexe 1. Un employé de ce dernier a, pendant qu'il conduisait le véhicule, été impliqué dans un accident avec un employé d'un autre employeur mentionné à l'annexe 1, qui a été blessé. La Workers' Compensation Board de l'Ontario a versé à l'employé blessé une indemnité en vertu de la Loi et a intenté une action par subrogation contre Mack Trucks à titre de propriétaire enregistré du véhicule. Mack Trucks a plaidé que

R.S.O. 1960, c. 437. Lacourcière J. gave effect to this plea and dismissed the action. The Court of Appeal allowed the appeal but stayed the action pending a determination by the Board as to whether the action was barred. The Board determined that the action was not barred and the Court of Appeal rendered judgment in favour of the Board for damages which had been assessed by the trial judge. In its reasons, which were affirmed in this Court, the Court of Appeal held that the determination as to whether an action lay was exclusively within the jurisdiction of the Board. The decision has little, if any, precedential value on the question whether an action is barred. That question was not before either the Court of Appeal or this Court. Neither the correctness nor patent unreasonableness of the Board's decision was raised in either the Court of Appeal or this Court. With respect to any precedential value of the Board's decision, it is pertinent that the facts were quite different from the facts of this case. As well, the Board was dealing with a different statute.

Other cases were cited but they are either irrelevant or clearly distinguishable. The majority of the Court of Appeal in its decision concluded that the appropriate standard of review was correctness. On that basis the majority came to the conclusion that the decision of the Board was wrong. While I respectfully disagree with that conclusion, I hasten to add that I need not find that the Board was correct in order to uphold its decision. Applying the standard which I have determined is appropriate, I conclude that clearly the decision of the Board is not patently unreasonable.

### Conclusion

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of

l'action était interdite par les dispositions de la *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1960, ch. 437. Le juge Lacourcière a accepté ce plaidoyer et rejeté l'action. La Cour d'appel a accueilli l'appel, mais a suspendu l'action en attendant que la Commission se prononce sur la question de savoir si l'action était interdite. La Commission a statué que l'action n'était pas interdite et la Cour d'appel a rendu jugement en faveur de la Commission quant aux dommages-intérêts qui avaient été fixés par le juge de première instance. Dans ses motifs, qui ont été confirmés par notre Cour, la Cour d'appel a jugé qu'il relevait de la compétence exclusive de la Commission de déterminer si une action pouvait être intentée. Cette décision a peu de valeur comme précédent, si tant est qu'elle en ait, quant à savoir si une action est interdite. Cette question n'a été soumise ni à la Cour d'appel ni à notre Cour. Ni le caractère correct ni le caractère manifestement déraisonnable de la décision de la Commission n'ont été soulevés devant la Cour d'appel ou notre Cour. En ce qui concerne toute valeur que la décision de la Commission peut avoir comme précédent, il convient de souligner que les faits étaient fort différents de ceux du présent pourvoi. De même, la Commission avait affaire à une autre loi.

D'autres arrêts ont été cités, mais ils ne sont pas pertinents ou peuvent clairement être distingués de la présente affaire. Dans son arrêt, la Cour d'appel à la majorité a statué que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte. Compte tenu de cela, les juges formant la majorité sont arrivés à la conclusion que la décision de la Commission était erronée. Bien qu'en toute déférence je ne sois pas d'accord avec cette conclusion, je m'empresse d'ajouter que je n'ai pas besoin de conclure que la Commission avait raison pour confirmer la validité de sa décision. Appliquant la norme que j'ai jugée appropriée, je conclus qu'il est clair que la décision de la Commission n'est pas manifestement déraisonnable.

### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement

Scheibel J. The appellants are entitled to costs both here and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

53 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues Justices Sopinka and McLachlin and, although I generally agree with Sopinka J.'s approach to the matter, I nevertheless come to a different conclusion.

54 The tragic factual circumstances that have led to these proceedings are irrelevant to the two legal questions at issue. The first has to do with the appropriate standard of review applicable to the determination of the Saskatchewan Workers' Compensation Board (the "Board") that an action was barred by *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1 (the "Act"). The second concerns whether, for the application of the Act and the statutory bar therein, a distinction can be drawn between the government of Saskatchewan acting in its capacity as employer and the government *qua* regulator. I will address these two issues in turn.

#### The Standard of Review

55 I agree with my colleague Sopinka J. that this matter should be determined in conformity with the functional and pragmatic approach set forth in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. I would simply add the following precision. When applying this approach, the emphasis should be not on the legislative intent behind the privative clause, but rather on the general intent underlying the legislative scheme as a whole. Since, as a matter of constitutional law, a legislature may not, however clearly it expresses itself, protect an administrative body from review on matters of jurisdiction (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234), it also cannot be left to decide freely which matters are jurisdictional and which come within the Board's exclusive jurisdiction. Hence, as Sopinka J. notes in his reasons, even if the wording of ss. 22 and 168 of the Act may appear conclusive, the analysis must be pushed further. In doing so, however, my col-

du juge Scheibel. Les appelants ont droit aux dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Sopinka et McLachlin, et bien que je partage généralement le point de vue du juge Sopinka sur la façon d'aborder la question, j'arrive néanmoins à une conclusion différente.

Les circonstances tragiques à l'origine des présentes procédures ne sont pas pertinentes quant aux deux questions de droit en litige. La première concerne la norme de contrôle applicable à une décision de la Workers' Compensation Board de la Saskatchewan (la «Commission»), suivant laquelle une action était interdite par la *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1 (la «Loi»). La seconde est de savoir si, pour l'application de la Loi et de l'interdiction qu'elle prescrit, une distinction peut être faite entre le gouvernement de la Saskatchewan en tant qu'employeur et ce même gouvernement en tant qu'autorité réglementaire. Je vais examiner ces deux questions à tour de rôle.

#### La norme de contrôle

Je suis d'accord avec mon collègue le juge Sopinka qu'il y a lieu de statuer sur la présente affaire conformément à la méthode fonctionnelle et pragmatique énoncée dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. J'ajouterais simplement la précision suivante. Lors de l'application de cette méthode, il faut mettre l'accent non pas sur l'intention du législateur quant à la clause privative, mais plutôt sur l'intention générale qui sous-tend le régime législatif dans son ensemble. Étant donné que, du point de vue constitutionnel, le législateur ne peut pas, quelle que soit la clarté des termes employés, soustraire un organisme administratif à tout contrôle relatif à des questions de compétence (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la p. 234), il ne lui est pas loisible non plus de décider librement quelles questions sont des questions de compétence et lesquelles relèvent de la compétence exclusive de l'organisme en question. Par consé-

league comes to the conclusion that the question submitted to the Board was within its exclusive jurisdiction. It is with this finding that I disagree.

Applying the functional and pragmatic test to the present case, I conclude that the question as to whether an action is barred by the Act (s. 168) may or may not be within the Board's exclusive jurisdiction depending on the precise nature of the question and its relation to the Board's expertise. While I agree that the Board is an "expert tribunal" and has exclusive jurisdiction to determine, for instance, whether someone is an employer within the meaning of the Act, or whether an injury is work-related — and therefore may in such cases decide exclusively whether an action is barred by the Act (*Dominion Cannery Ltd. v. Costanza*, [1923] S.C.R. 46; *Farrell v. Workmen's Compensation Board*, [1962] S.C.R. 48) — I find that the question submitted to the Board in this case is of a different nature.

The Board was asked to determine if, while the Government of Saskatchewan may not be sued as an employer by reason of s. 44 of the Act, it may, nevertheless, be sued at common law in its capacity as regulator, acting pursuant to *The Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, c. O-1, as well as *The Building Trades Protection Act*, R.S.S. 1978, c. B-8. This is a question for which the Board has no special expertise. It essentially involves fundamental issues of tort law and public law, not particular knowledge of work related accidents and the compensation system. In a similar situation, Beetz J. wrote in *Bibeault*, *supra*, at p. 1097:

... the concepts of alienation and operation by another are civil law concepts that require no special expertise

quent, comme le juge Sopinka le fait remarquer dans ses motifs, même si le texte des art. 22 et 168 de la Loi peut paraître concluant, il faut pousser l'analyse plus loin. Ce faisant, toutefois, mon collègue arrive à la conclusion que la question soumise à la Commission relevait de sa compétence exclusive. C'est avec cette conclusion que je suis en désaccord.

Applicant le critère de la méthode fonctionnelle et pragmatique à la présente affaire, je conclus que la question de savoir si une action est interdite par la Loi (art. 168) peut ou non relever de la compétence exclusive de la Commission selon la nature exacte de la question qui lui est soumise et son lien avec l'expertise de la Commission. Bien que je sois d'accord pour dire que la Commission est un «tribunal spécialisé» et qu'elle a une compétence exclusive pour déterminer, par exemple, si quelqu'un est un employeur au sens de la Loi ou si une blessure est liée au travail — et donc qu'en pareil cas sa compétence pour déterminer si un recours est interdit constitue une compétence exclusive (*Dominion Cannery Ltd. c. Costanza*, [1923] R.C.S. 46; *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, [1962] R.C.S. 48) —, je conclus que la question soumise à la Commission en l'espèce est de nature différente.

La Commission devait décider si, bien que le gouvernement de la Saskatchewan ne puisse être poursuivi à titre d'employeur en raison de l'art. 44 de la Loi, il peut, néanmoins, être poursuivi en vertu de la common law à titre d'autorité réglementaire, conformément à *The Occupational Health and Safety Act*, R.S.S. 1978, ch. O-1, de même qu'à la *Building Trades Protection Act*, R.S.S. 1978, ch. B-8. C'est là un problème à l'égard duquel la Commission n'a aucune expertise particulière. Il soulève essentiellement des questions fondamentales de responsabilité civile délictuelle et de droit public, et ne requiert pas de connaissance particulière des accidents du travail et du régime d'indemnisation. Dans une situation semblable, le juge Beetz a écrit dans l'arrêt *Bibeault*, précité, à la p. 1097:

... les concepts de l'aliénation et de la concession sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune com-

56

57

on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the labour commissioner's expertise, as would a decision respecting the representative nature of a petitioning association . . .

58 In that case, the question was whether s. 45 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, which concerns the survival of the collective agreement in the case of the alienation of an undertaking also applied to a situation of subcontracting. One should note that the answer undoubtedly had an important impact on labour relations and collective bargaining under the Code. Yet, applying the functional and pragmatic test, this Court concluded that the matter did not come within the Board's exclusive jurisdiction for lack of specific expertise. In my view, the same reasoning applies here in order to distinguish, for instance, a decision of the Board barring an action because an injury has arisen "in the course of an employment" within the meaning of the Act — and which would fall within the Board's protected jurisdiction — from a decision, such as the one in this case, that does not involve the Board's expertise.

59 In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 596, Iacobucci J. wrote that it is "necessary to focus on the specific question of law at issue to determine whether it falls within the tribunal's expertise". The difficulty I have with my colleague Sopinka J.'s reasons in the present case is that, failing to do so, he treats in the same fashion every situation where consideration might be given as to whether an action is barred by the Act. In so doing, he is led to conclude at para. 42 that any such question must be left to the exclusive jurisdiction of the Board by fear that "[t]he interposition of the courts could . . . lead to uncertainty about recovery", as well as "of employers becoming insolvent as a result of high damage awards". This may indeed be the risk if we were to decide that every question involving the application of the statutory bar of action fell outside the Board's exclusive jurisdiction. But this is not what was decided by the Court of Appeal, nor is it what we are asked to decide.

pétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire du travail comme peuvent le faire la détermination du caractère représentatif d'une association requérant son accréditation . . .

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'art. 45 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, qui concerne le maintien de la convention collective en cas d'aliénation d'une entreprise, s'appliquait aussi à un cas de sous-traitance. Il y a lieu de noter que la réponse à cette question avait indubitablement une incidence marquée sur les relations de travail et la négociation collective sous le régime du Code. Pourtant, appliquant le critère de la méthode fonctionnelle et pragmatique, notre Cour a décidé que, en l'absence d'expertise particulière, la question ne relevait pas de la compétence exclusive de la Commission. Selon moi, le même raisonnement s'applique ici pour distinguer, par exemple, une décision de la Commission d'interdire une action parce qu'une blessure est survenue [TRADUCTION] «au cours [d'un emploi]» au sens de la Loi — et qui relèverait alors de la compétence protégée de la Commission —, d'une décision qui, comme en l'espèce, ne met pas en cause l'expertise de la Commission.

Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la p. 596, le juge Iacobucci écrit qu'«il faut [. . .] examiner la question de droit en litige pour déterminer si elle relève de la compétence du tribunal». Le problème que me posent les motifs de mon collègue le juge Sopinka en l'espèce est qu'en omettant de faire cela il traite sur le même pied toute situation où l'on pourrait se demander si une action est interdite par la Loi. Ce faisant, il en arrive à la conclusion, au par. 42, que toute question de ce type doit relever de la compétence exclusive de la Commission de crainte que «[s]i les tribunaux s'interposaient, cela pourrait [. . .] créer de l'incertitude en matière de recouvrement» et qu'il y ait «insolvabilité des employeurs à la suite de l'attribution de dommages-intérêts élevés». Cela pourrait assurément être un risque si nous devons décider que toute question portant sur l'application de l'interdiction légale de poursuivre en justice excède la compétence exclusive de la Commission.

The issue here is whether, considering the purpose of the Act and the expertise of the Board, the possibility to draw a distinction between the government in its capacity as employer and the government as regulator, is a question that falls within the Board's exclusive jurisdiction. In the absence of any special expertise on the matter I find no reason to leave that specific question to the exclusive jurisdiction of the Board.

Having concluded that the matter is not one that falls within the Board's protected jurisdiction, it follows that the proper criterion for review should be correctness, not patent unreasonableness.

#### The Correctness of the Board's Decision

I remark at the outset that, had I come to a different conclusion on the issue of the criterion for review, I would perhaps have considered allowing the appeal in the manner suggested by my colleague Sopinka J. However, having found the proper criterion to be correctness, I conclude, like the Court of Appeal, that the Board fatally erred in declaring that any action against the government *qua* regulator is barred by the Act.

To decide the matter, it is essential to start from the premise that there is a possible right of action at common law. It is undisputed that the government owes, under certain circumstances, a duty of care, and that this duty may give rise to an action for negligence (*Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)). As the respondents state in their factum at para. 117, "[g]overnmental liability is founded upon the reasonable reliance it engenders in the public when it represents that it will inspect to ensure that a situation is safe for the public and then fails to do so". The question is, therefore, whether there is something in the Act

Mais ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour d'appel, et ce n'est pas non plus ce qu'on nous demande de décider. La question à trancher en l'espèce est de savoir si, compte tenu de l'objet de la Loi et de l'expertise de la Commission, la possibilité d'établir une distinction entre le gouvernement en sa qualité d'employeur et le gouvernement en sa qualité d'autorité réglementaire est une question qui relève de la compétence exclusive de la Commission. En l'absence de toute expertise particulière sur la question, je ne vois pas pourquoi cette question devrait relever de la compétence exclusive de la Commission.

Vu ma conclusion que la question ne relève pas de la compétence protégée de la Commission, il s'ensuit que le critère de contrôle à appliquer devrait être le critère de la décision correcte et non celui du caractère manifestement déraisonnable.

#### La décision de la Commission était-elle correcte?

Je note au départ que, si j'en étais venue à une conclusion différente sur la question du critère de contrôle, j'aurais peut-être envisagé d'accueillir l'appel comme le propose mon collègue le juge Sopinka. Cependant, comme j'estime que le critère applicable est celui de la décision correcte, je conclus, à l'instar de la Cour d'appel, que la Commission a commis une erreur fatale en déclarant que toute action contre le gouvernement à titre d'autorité réglementaire est interdite par la Loi.

Pour trancher la question, il est essentiel de partir de la prémisse de l'existence d'un droit d'action en common law. On ne conteste pas que le gouvernement a, dans certaines circonstances, une obligation de diligence, et que cette obligation peut donner naissance à une action pour négligence (*Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)). Comme les intimés l'affirment dans leur mémoire, au par. 117, [TRADUCTION] «[]a responsabilité du gouvernement repose sur la confiance raisonnable qu'il crée chez les membres du public lorsqu'il affirme qu'il fera des inspections pour garantir leur sécurité dans une situation donnée et

60

61

62

that should be read as abolishing this particular right of action. I find that there is not.

63 The first consideration goes to the wording of the Act. In support of the bar, the Board relies on ss. 44, 167 and 180 which, using similar language, explicitly exclude all rights of action “against the employers”. I do not see how these sections can be of any help in deciding the issue before us. In fact, reliance on these sections simply begs the question as to whether the government can be sued in a capacity other than that of an employer. I find nothing in the Act which expressly bars such a right of action.

64 The second consideration is whether the purpose of the Act militates against such a right of action. I note here that, in the absence of any provision excluding the common law right of action, the reasons that could serve to justify an implicit exclusion would have to be fairly strong, if not compelling. Reference has been made to the “historic trade-off” between employers and employees that resulted in a no-fault compensation scheme to which employers would contribute on the condition that actions against them by employees would be barred. This argument, however, cannot carry us very far considering the particular issue in this case. Apart from the Government’s obvious concern with possible claims of the kind considered here, I can foresee no reason why employers would complain of such actions and want the regime abolished for that reason. The “historic trade-off”, as it is called, would not be compromised by the possibility of actions against government *qua* regulator.

65 In his reasons, my colleague Sopinka J. expresses concern that acceptance of the dual capacity doctrine would lead to absurd results. At para. 47, he even suggests that to permit actions against government *qua* regulator may lead to government employees being excluded altogether from the regime. I do not see how this is necessarily so. The respondents do not claim that the gov-

qu’il ne les fait pas». La question est donc de savoir s’il y a une disposition de la Loi qui devrait être interprétée comme supprimant ce droit d’action particulier. Je n’en vois aucune.

Il faut d’abord examiner le texte de la Loi. La Commission invoque, à l’appui de l’interdiction, les art. 44, 167 et 180 qui, en des termes similaires, excluent expressément tout droit d’action [TRADUCTION] «contre les employeurs». Je ne vois pas quelle utilité ces articles peuvent avoir pour résoudre la question dont nous sommes saisis. En fait, le recours à ces articles ne fait que soulever la question de savoir si le gouvernement peut être poursuivi à un titre autre que celui d’employeur. Or, je ne vois rien dans la Loi qui interdise expressément un tel droit d’action.

On doit ensuite se demander si l’objet de la Loi milite contre un tel droit d’action. Je souligne ici que, en l’absence d’une disposition excluant le droit d’action reconnu en common law, les motifs susceptibles de justifier une exclusion implicite devraient être importants, voire impérieux. Il a été fait référence au «compromis historique» entre employeurs et employés, qui a abouti à un régime d’indemnisation sans égard à la faute auquel les employeurs contribueraient à la condition que les employés n’aient aucun droit d’action contre eux. Cet argument, toutefois, ne peut guère nous mener loin si on considère la question particulière qui se pose en l’espèce. Outre la crainte évidente du gouvernement à l’égard d’actions comme celle examinée ici, je ne vois aucune raison pour laquelle les employeurs se plaindraient de telles actions et voudraient que le régime soit aboli pour ce motif. Le «compromis historique», comme on l’appelle, ne serait pas menacé par la possibilité que des actions soient intentées contre le gouvernement en sa qualité d’autorité réglementaire.

Dans ses motifs, mon collègue le juge Sopinka dit craindre que l’acceptation de la théorie du «cumul des fonctions» ne mène à des absurdités. Au paragraphe 47, il laisse même entendre que permettre les actions contre le gouvernement en sa qualité d’autorité réglementaire pourrait mener à l’exclusion totale des employés gouvernementaux du régime. Je ne vois pas comment il devrait

ernment is never an employer, but rather that the government may, in a given situation, be considered as employer with regard to its employees, and yet be considered as a regulator its relationship with others (at least with those of the regulated industry such as the respondents in this case). This may lead to some questions as to the status of government in a particular situation, but these would be questions for the Board to decide as a matter coming within its exclusive jurisdiction.

After careful examination, I do not find anything in the Act to exclude expressly or implicitly the common law right of action against the government in its capacity as regulator. I would, therefore, dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of Justice Sopinka and Justice L'Heureux-Dubé. I agree with Sopinka J. that the appeal should be allowed, but wish to add these comments.

The basis of the respondent's argument is the dual capacity argument: if the government is sued in its capacity of employer, the Workers' Compensation Board (the "Board") may exclude actions in courts on the patently unreasonable standard; if the government is sued in its capacity as regulator, then the courts have equal expertise and the Board cannot exclude court actions. This would undermine the power of the Board to determine whether actions are barred. It would introduce uncertainty into the system. Ultimately, it has the potential to undermine the historic trade-off between secure no-fault compensation for all injuries and fault-based recovery in the courts that underlies workers' compensation legislation. Dual capacity arguments are not difficult to make. They were made in the case at bar with respect to all three defendants, although pursued on appeal only regarding the government. Employers under the Act, whether governmental or non-governmental, may be sued

nécessairement en être ainsi. Les intimés prétendent non pas que le gouvernement n'est jamais un employeur, mais plutôt que le gouvernement peut, dans une situation donnée, être considéré comme un employeur quant à ses employés et être quand même considéré comme une autorité réglementaire par rapport à d'autres (du moins ceux de l'industrie réglementée comme les intimés en l'espèce). Cela peut soulever certaines questions quant au statut du gouvernement dans une situation donnée, mais il s'agirait là de questions que la Commission aurait à trancher en vertu de sa compétence exclusive.

Après avoir examiné soigneusement la question, je ne vois rien dans la Loi qui exclue expressément ou implicitement le droit reconnu en common law d'intenter une action contre le gouvernement en sa qualité d'autorité réglementaire. Je rejeterais donc le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai lu les motifs du juge Sopinka et du juge L'Heureux-Dubé. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour accueillir le pourvoi mais je tiens à ajouter les commentaires qui suivent.

Les arguments invoqués par les intimés sont fondés sur la théorie du cumul des fonctions: si le gouvernement est poursuivi en sa qualité d'employeur, la Workers' Compensation Board (la "Commission") peut interdire les poursuites judiciaires en application du critère du caractère manifestement déraisonnable et si le gouvernement est poursuivi en sa qualité d'autorité réglementaire, les tribunaux ont également l'expertise nécessaire et la Commission ne peut pas faire obstacle aux poursuites judiciaires. L'application de cette théorie porterait atteinte au pouvoir de la Commission de décider si les poursuites judiciaires sont interdites. Elle introduirait l'incertitude dans le régime. En définitive, elle pourrait remettre en cause le compromis historique qui sous-tend la législation sur l'indemnisation des accidents du travail, soit le compromis entre la sécurité d'une indemnisation sans égard à la responsabilité pour toutes les blessures et l'obligation de s'adresser aux tribunaux

66

67

68

in various capacities — as lessors, as occupiers, as supervisors and as regulators — to mention only a few. If the Board, confronted by a dual capacity claim, does not have expertise on matters like the tort liability of a lessor or the law of occupier's liability, and its decisions to bar such actions can consequently be overruled on a standard of correctness, frequent appeals and collateral court proceedings can be expected.

pour obtenir une indemnisation fondée sur la faute. Il n'est pas difficile d'invoquer le cumul des fonctions. Des arguments fondés sur cette théorie ont été avancés au sujet des trois défendeurs dans la présente affaire encore qu'en appel, ils aient été exclusivement dirigés contre le gouvernement. Les employeurs visés par la Loi, qu'il s'agisse du gouvernement ou de tout autre employeur, peuvent être poursuivis à divers titres — propriétaire, occupant, surveillant ou autorité réglementaire pour ne mentionner que ceux-là. Si la Commission devant laquelle le cumul des fonctions est invoqué n'a pas d'expertise en ce qui a trait à la responsabilité délictuelle du propriétaire ou l'application des règles de droit relatives à la responsabilité de l'occupant et si sa décision d'exclure de telles actions peut par la suite être renversée suivant le critère de la décision correcte, il faut s'attendre à ce que les appels et les procédures judiciaires incidentes se multiplient.

69

These considerations, coupled with the embrace wording of s. 180 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, barring "all rights of action against employers" (emphasis added) convince me that the legislators intended to endow the Board with exclusive power to decide whether employee actions arising from workplace mishaps proceed, regardless of how they may be legally characterized, thus enabling the Board to monitor the system and ensure that the historical trade-off is not undermined. Viewed thus, the question before the Board is whether the facts of the case and the relationship between the parties support the conclusion that the action is barred, not whether there are different ways to characterize legally the action. The Board need not become embroiled in issues of legal characterization. Unless there is no factual basis for the Board's conclusion that the rights of the parties should be determined exclusively under the workers' compensation regime, making the Board's decision to take jurisdiction unreasonable, that decision should stand.

Vu les considérations qui précèdent et la large portée du libellé de l'art. 180 de la *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, qui supprime [TRADUCTION] «tous les droits d'action contre les employeurs» (je souligne), je suis convaincue que le législateur voulait investir la Commission du pouvoir exclusif de décider si les employés peuvent intenter des actions à la suite d'accidents survenus en milieu de travail, sans égard à leur qualification juridique, ce qui l'autorise à exercer un contrôle sur le régime et à assurer le respect du compromis historique. Dans cette optique, la Commission doit trancher la question de savoir si les faits en cause et les rapports entre les parties permettent de conclure que l'action est interdite et non se demander si l'action peut être qualifiée de diverses manières sur le plan juridique. La Commission n'a pas à se mêler de questions relatives à la qualification juridique. À moins que la conclusion de la Commission voulant que les droits des parties doivent être tranchés exclusivement sous le régime d'indemnisation des accidents du travail ne soit dénuée de tout fondement factuel, ce qui conférerait un caractère déraisonnable à la décision de la Commission d'exercer sa compétence, cette décision doit être maintenue.

A similar fact-oriented test for jurisdictional competition in the area of labour agreements was enunciated by this Court in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 68: “whether the conduct giving rise to the dispute between the parties arises expressly or inferentially out of the collective agreement between them”. The parallel test for exclusive jurisdiction under the provisions of the Act at issue in this case would seem to be whether the conduct giving rise to the dispute between the parties arises out of the regime established by the Act, having regard to the events giving rise to the claim and the relationship between the parties. I am satisfied that the facts in this case brought the dispute within that ambit.

I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

*Appeal allowed, L’HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant the Workers’ Compensation Board: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

*Solicitor for the appellant the Government of Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the respondents Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill and Larry Marcyniuk: Merchant Law Group, Regina.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the respondent Pro-Crane Inc.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.*

*Solicitors for the respondent Saskatchewan Power Corporation: Rendek, McCrank, Regina.*

Un critère pareillement axé sur les faits a été formulé pour trancher les conflits de compétence en matière de conventions collectives par notre Cour dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, au par. 68: «la question est de savoir si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les unit». Le critère parallèle pour déterminer s’il y a compétence exclusive selon la Loi qui nous occupe semble être de savoir si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle du régime établi par la Loi, compte tenu des événements à l’origine de la demande et des rapports entre les parties. Je suis convaincue que les faits en l’espèce font entrer le litige dans ces limites.

Je suis d’avis de trancher le pourvoi comme le propose le juge Sopinka.

*Pourvoi accueilli, le juge L’HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l’appelante la Workers’ Compensation Board: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureur de l’appelant le gouvernement de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs des intimés Elaine Pasiechnyk, Rhonda McFarlane, Ronald MacMillan, Gordon Thompson, Orval Shevshenko, Clifford Sovdi, Aaron Hill et Larry Marcyniuk: Merchant Law Group, Regina.*

*Procureur de l’intimé le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l’intimée Pro-Crane Inc.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.*

*Procureurs de l’intimée la Saskatchewan Power Corporation: Rendek, McCrank, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: The Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Westray Families: Wagner & Associates Inc., Halifax.*

*Solicitors for the interveners Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs and Doreen Vodnoski: Bishop & McKenzie, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta: La Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes les familles Westray: Wagner & Associates Inc., Halifax.*

*Procureurs des intervenantes Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs et Doreen Vodnoski: Bishop & McKenzie, Edmonton.*

# INDEX

## ACCESS TO INFORMATION

Privacy — Personal information — Request made for sign-in logs of government department — Personal identifying features deleted from information — Whether information should be disclosed — Whether part of information can be withheld because “personal information” — Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 19(1), (2), 21(1)(b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3(i), (j), 8(2)(m).

DAGG V. CANADA (MINISTER OF FINANCE), 403.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Privative clause — Compensation scheme barring actions against employers if compensation received — Compensation received and action launched alleging breach of statutory duty — Workers’ Compensation Board determining actions statute barred — Standard of review (patent unreasonableness or correctness) applicable — If patent unreasonableness, was the Board’s decision patently unreasonable — If correctness, was the Board’s decision correct — Workers’ Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 2(f)(ii), (g), (j), (k)(i), (ii), (iii), (t), 3(1), 22(1)(b), (h), (i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.

PASIECHNYK V. SASKATCHEWAN (WORKERS’ COMPENSATION BOARD), 890.

---

## AIR LAW

Provincial liquor control — Markups — Gallonage fees — Provincial liquor control authorities charging airlines markups and gallonage fees on alcohol imported into Canada for use on domestic flights — Whether liquor “intoxicating liquor” within meaning of Importation of Intoxicating Liquors Act — Whether liquor imported “into any province” within meaning of Act — Whether provincial liquor monopoly constitutionally inapplicable to airlines — Whether airlines entitled to recover gallonage fees and markups paid — Whether punitive damages or compound interest warranted — Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C., 1985, c. I-3, ss. 2, 3.

AIR CANADA V. ONTARIO (LIQUOR CONTROL BOARD), 581.

---

## APPEAL

1. Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Court of Appeal judge dismissing application for stay without prejudice to renewal of application before Supreme Court judge — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Successive applications should be permitted only in special circumstances — Application for stay before Supreme Court judge dismissed — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

ESMAIL V. PETRO-CANADA, 3.

2. Supreme Court of Canada — Stay pending leave to appeal — Application for stay of proceedings with respect to Court of Appeal’s order from which leave to appeal is being sought — Rationale of recent amendment to s. 65.1(1) of Supreme Court Act being to enable parties to apply to judge of court appealed from — Party applying first to Supreme Court judge must provide valid reason why rationale for s. 65.1 not applicable to application — Application for stay made first to Supreme Court judge dismissed without prejudice to its being renewed before Court of Appeal judge — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65(1).

RICHTER & PARTNERS INC. V. ERNST & YOUNG, 5.

---

## CIVIL PROCEDURE

1. Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify abandonment of appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.

CANADA POST CORP. V. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS, 294.

2. Appeal — Abandonment of appeal — Whether Court of Appeal has jurisdiction to rectify an abandonment of an appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 503.1, 523.

CONSTRUCTION GILLES PAQUETTE LTÉE V. ENTREPRISES VÉGO LTÉE, 299.

---

## COMPETITION

Search warrants issued under Competition Act — Act not providing for appeal from issuance of search warrants.

CÔTÉ V. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH), 714.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to counsel — Caution read on arrest but no mention made of right to immediate legal counsel or of toll-free telephone to duty counsel — Whether accused's rights to immediate legal counsel violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. V. FEENEY, 13.

2. Charter of Rights — Search and seizure — Police looking for suspect in serious crime — Police entering home uninvited and without warrant — Whether accused's privacy interest violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. FEENEY, 13.

3. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Statement given by accused on questioning after caution read but before opportunity to consult legal counsel given — Finger prints taken on arrest — Objects seized from home — Charter breaches serious — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. FEENEY, 13.

4. Charter of Rights — Principles of fundamental justice (s. 7) — Failure to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether breach of s. 7 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

R. V. LA, 680.

---

## CORPORATIONS

Directors — Indoor management rule — Appellant providing director of respondent company with funds to invest in company — Appellant entitled to rely on indoor management rule — Respondent bound by director's representations — Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 19.

MARTIN V. ARTYORK INVESTMENTS LTD., 290.

---

## COSTS

Costs not awarded in original judgment — Re-hearing sought to determine issue of costs — Extension of time granted for making application for re-hearing — Re-hearing granted — Costs awarded at re-hearing.

ST. MARY'S INDIAN BAND V. CRANBROOK (CITY) (RE-HEARING), 678.

---

## COURTS

Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Indictment quashed at trial on basis that it was unknown to law — Order appealed to the Court of Appeal not tantamount to acquittal — Appeal to this Court allegedly an appeal as of right — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal.

R. V. BEDFORD, 292.

---

## CRIMINAL LAW

1. Defences — *Res judicata* — Aggravated assault and robbery — Conviction entered on robbery offence — Whether conviction on included offence of aggravated assault can be entered.

R. V. DOLIENTE, 11.

2. Arrest — Warrantless arrest occurring at home — Police entering home forcibly — No subjective or objective reason for concluding suspect had committed indictable offence — Arrest effected after evidence found — Conditions required for valid arrest.

R. V. FEENEY, 13.

3. Dangerous offenders — Indeterminate sentence — Sexual assaults — Accused declared dangerous offender and sentenced to indeterminate detention — Whether trial judge erred by failing to focus on seriousness of predicate offences — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence reasonably supported by evidence — Whether dangerous offender designation and corresponding indeterminate sentence premised on errors of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 752, 753.

R. V. CURRIE, 260.

4. Sentencing — Imposition of consecutive sentences.

R. V. SENIOR, 288.

5. Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — *Habeas corpus* — Applicant ordered extradited and seeking writs of *habeas corpus* by successive applications — First application rejected on merits as if writ had been issued — Court of Appeal

**CRIMINAL LAW—Continued**

dismissing appeal and leave to appeal to Supreme Court of Canada refused — Whether applicant having appeal as of right with respect to judgments dismissing appeals in subsequent applications — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(3), (5).

UNITED STATES OF AMERICA V. DESFOSSÉS, 326.

6. Murder — Accused convicted of first degree murder — Court of Appeal judgment upholding conviction affirmed.

R. V. ALLENDER, 333.

7. Jury — Deliberations — Accused convicted of manslaughter — Whether trial judge's exhortation to jury interfered with jury's deliberations — Whether new trial should be ordered.

R. V. JACK, 334.

8. Attempt — Conspiracy — Whether impossibility constitutes defence to charge of attempt or conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 465(1)(c).

UNITED STATES OF AMERICA V. DYNAR, 462.

9. Appeal — Question of law — Indecency — Theatrical performance — Whether a given performance unlawful a question of law alone.

R. V. MARA, 630.

10. Indecency — Theatrical performance — Lap dancing — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager of tavern charged with allowing indecent performances — Whether performances indecent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

R. V. MARA, 630.

11. Indecency — Theatrical performance — Mens rea — Tavern owner hiring manager to oversee all aspects of entertainment — Sexual contact occurring between nude dancers and patrons in tavern — Owner and manager charged with allowing indecent performances — Whether Court of Appeal erred in overturning trial judge's finding of fact that owner did not have sufficient mens rea — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 167(1).

R. V. MARA, 630.

12. Evidence — Duty to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether Crown relieved of duty to disclose.

R. V. LA, 680.

13. Trial — Reopening of Crown's case — Trial judge allowing Crown to call new witness after defence had closed its case in murder trial — Whether accused prejudiced by reopening of Crown's case — Whether new trial should be directed.

R. V. G. (S.G.), 716.

**CRIMINAL LAW—Concluded**

14. Evidence — Admissibility of character evidence — Trial judge allowing Crown to cross-examine accused charged with murder as to presence of stolen goods in her house and her sexual relationship with one of boys who carried out killing — Whether evidence of bad character properly admissible.

R. V. G. (S.G.), 716.

15. Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge erred in not putting defence to jury — Whether there was sufficient evidence to give defence "air of reality".

R. V. ESAU, 777.

16. Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Defence not raised by accused at trial — Whether defence can be raised on appeal.

R. V. ESAU, 777.

17. Aiding or abetting — Trafficking and possession of illegal drugs — Accused assisting undercover officer to purchase drugs — Whether or not person assisting purchase of illegal drugs aiding or abetting trafficker — Whether or not entitled to benefit from exception to trafficking accorded purchasers — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(1).

R. V. GREYEVES, 825.

18. Fraud upon the government — Elements of offence — Accepting benefit as government official to exercise influence on government — Accused who had made representations to government on behalf of two companies in his capacity as their lawyer continued to do so after being appointed senator — Accused receiving fees from companies and granted loan by principal shareholder — Whether offence under s. 121(1)(a) of Criminal Code requires "corrupt" state of mind — Whether trial judge erred in his appreciation of mens rea of offence — If so, whether conviction should be entered or new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121(1)(a).

R. V. COGGER, 845.

**EXTRADITION**

1. Offences — Money laundering — Attempt — Conspiracy — Fugitive charged in U.S. with attempting to launder money and conspiracy to launder money — Whether fugitive's conduct would have amounted to offence under Canadian law if it had occurred in Canada — Whether conduct would have amounted to criminal attempt or criminal conspiracy under Canadian law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 24(1), 462.31(1), 465(1)(c) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 19.2(1).

UNITED STATES OF AMERICA V. DYNAR, 462.

**EXTRADITION—Concluded**

2. Hearing — Right to a fair hearing — Disclosure — Applicable procedural safeguards at extradition hearing.

UNITED STATES OF AMERICA V. DYNAR, 462.

**INCOME TAX**

Deductions — Capital cost allowance — Assets of subsidiary company transferred to parent company on winding-up at year's end — Parent company holding assets and receiving revenue from them for five days — Assets then transferred to new company — Whether s. 88 winding-up provisions deeming flow through acquisition by parent company at capital cost creating rights for parent — Whether parent company can deduct capital cost allowance for assets transferred from subsidiary — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1), 88 — Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 1102(1), (14).

HICKMAN MOTORS LTD. V. CANADA, 336.

**INDIANS**

1. Reserves — Permits to use Indian reserve lands — Right-of-way — Validity of permit granting public utility right-of-way for electric power transmission lines across Indian reserve — Right-of-way granted for such period of time as required for purpose of transmission line — Nature and duration of rights granted under permit — Whether rights granted within scope of s. 28(2) of Indian Act — Whether permit valid — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 28(2), 37.

OPETCHESAHT INDIAN BAND V. CANADA, 119.

2. Reserves — Definition of "reserve" amended to include "designated lands" released or surrendered "otherwise than absolutely" — Reserve lands surrendered at market value for airport but with the proviso that land would revert to reserve if not used for public purposes — Whether lands surrendered for airport "designated lands" — Whether common law real property principles apply to surrender of Indian reserve lands — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1) "reserve", "surrendered lands", 37(1), 38(1), (2) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "designated lands", "reserve", 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)(a).

ST. MARY'S INDIAN BAND V. CRANBROOK (CITY), 657.

**INTERPRETATION**

1. Civil Code of Québec — Usefulness of Minister of Justice's commentaries in interpreting provisions of Civil Code of Québec — Parliamentary history.

DORÉ V. VERDUN (CITY), 862.

2. Civil Code of Québec — Difference between English and French versions — Scope of English version of provision narrower than that of French version — Interpretation principle based on meaning shared by both versions rejected — French version preferred to English version because consistent with legislature's intention — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930.

DORÉ V. VERDUN (CITY), 862.

3. Legislation — Conflict — Provision of Cities and Towns Act applicable "any provision of law to the contrary notwithstanding" — Subsequent provision of Civil Code of Québec on same subject applicable "Notwithstanding any stipulation to the contrary" — Whether more recent provision takes precedence — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

DORÉ V. VERDUN (CITY), 862.

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Suspension of judgment — Operation of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment.

R. V. FEENEY (APPLICATION), 117.

**LABOUR LAW**

Dismissal — Severance pay — Employee terminated while receiving disability benefits — Employer offering severance package of salary minus disability benefits being received — Whether disability benefits should be deducted from damages for breach of employment contract during the notice period.

SYLVESTER V. BRITISH COLUMBIA, 315.

**MARITIME LAW**

Arrest of cargo — Damages — Wrongful arrest — Cargo's owner posting security to secure release of cargo — Arrest and security undertaking later set aside — Whether cargo's owner entitled to damages for loss of interest in posting security — Whether cargo's owner entitled to damages for wrongful arrest of cargo in

**MARITIME LAW—Concluded**

absence of bad faith or gross negligence on part of arresting party — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Rules 344, 1003.

ARMADA LINES LTD. V. CHALEUR FERTILIZERS LTD., 617.

---

**MUNICIPAL LAW**

Civil remedies against municipality — Bodily injury — Prescription — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in Civil Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

DORÉ V. VERDUN (CITY), 862.

---

**NEGLIGENCE**

1. Negligent misrepresentation — Auditors' report prepared for company — Report required by statute — Individual investors alleging investment losses and losses in value of existing shareholdings incurred because of reliance on audit reports — Whether auditors owed individual investors a duty of care with respect to the investment losses and the losses in the value of existing shareholdings — Whether the rule in *Foss v. Harbottle* affects the appellants' action.

HERCULES MANagements LTD. V. ERNST & YOUNG, 165.

2. Medical malpractice — Causation — Mother contracting chickenpox while pregnant — Child born with disabilities resulting from mother's chickenpox — Mother suing doctor for costs associated with raising child — Whether loss caused by doctor's failure to advise properly of risk — Appropriate test of causation.

ARNDT V. SMITH, 539.

---

**PRESCRIPTION**

Bodily injury — Municipality — Victim injured in fall on city sidewalk — Whether three-year prescription provided for in

**PRESCRIPTION—Concluded**

Civil Code of Québec in respect of bodily injury applicable — Whether art. 2930 of Civil Code of Québec takes precedence over s. 585 of Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 2930 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 585.

DORÉ V. VERDUN (CITY), 862.

---

**REAL PROPERTY**

Remedies — Constructive trust — Agency — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

SOULOS V. KORKONTZILAS, 217.

---

**TRUSTS AND TRUSTEES**

Constructive trust — Agency — Fiduciary duties — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

SOULOS V. KORKONTZILAS, 217.

---



# INDEX

## ACCÈS À L'INFORMATION

Protection de la vie privée — Renseignements personnels — Demande de feuilles de présences d'un ministère gouvernemental — Éléments d'identification personnelle supprimés des renseignements remis — Les renseignements devraient-ils être communiqués? — Peut-on refuser de communiquer une partie des renseignements pour le motif qu'il s'agit de «renseignements personnels»? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4, 19(1), (2), 21(1)b), 25, 31, 41, 48, 49, 54 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3i), j), 8(2)m).

DAGG C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES), 403.

## APPEL

1. Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Rejet de la demande de sursis par un juge de la Cour d'appel sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour suprême — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Demandes successives autorisées que dans des circonstances spéciales — Demande de sursis devant un juge de la Cour suprême rejetée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

ESMAIL C. PETRO-CANADA, 3.

2. Cour suprême du Canada — Sursis jusqu'à ce que soit tranchée la demande d'autorisation de pourvoi — Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de la Cour d'appel faisant l'objet de la demande d'autorisation de pourvoi — Modification récente à l'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême ayant pour objet de permettre aux parties de s'adresser à un juge de la juridiction inférieure — Partie s'adressant d'abord à un juge de la Cour suprême tenue de fournir des raisons valables pour justifier une dérogation à l'art. 65.1 — Demande de sursis présentée d'abord à un juge de la Cour suprême rejetée sous réserve du droit de la présenter à nouveau devant un juge de la Cour d'appel — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65(1).

RICHTER & PARTNERS INC. C. ERNST & YOUNG, 5.

## COMPAGNIES

Administrateurs — Règle des allégations interdites — Appelant fournissant à l'administrateur de la compagnie intimée des fonds à investir dans celle-ci — Appelant ayant droit d'invoquer la règle des allégations interdites — Intimée liée par les déclarations de l'administrateur — Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 19.

MARTIN C. ARTYORK INVESTMENTS LTD., 290.

## CONCURRENCE

Mandats de perquisition fondés sur la Loi sur la concurrence — Loi ne prévoyant pas d'appel contre la délivrance de mandats de perquisition.

CÔTÉ C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES), 714.

## DÉPENS

Dépens non adjugés dans le jugement original — Nouvelle audition demandée pour trancher la question des dépens — Prorogation de délai accordée pour demander la tenue d'une nouvelle audition — Nouvelle audition accordée — Dépens adjugés à la nouvelle audition.

BANDE INDIENNE DE ST. MARY'S C. CRANBROOK (VILLE) (NOUVELLE AUDITION), 678.

## DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Clause privative — Régime d'indemnisation interdisant les poursuites contre les employeurs lorsqu'une indemnisation a été reçue — Indemnisation reçue et poursuite intentée alléguant la violation d'une obligation imposée par la loi — La Workers' Compensation Board a conclu que les poursuites étaient interdites par la loi — Norme de contrôle (caractère manifestement déraisonnable ou décision correcte) à appliquer — Si c'est la norme du caractère manifestement déraisonnable, la décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable? — Si c'est la norme de la décision correcte, la décision de la Commission était-elle correcte? — Workers' Compensation Act, 1979,

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 2f(ii), g), j), k(i), (ii), (iii), t), 3(1), 22(1b), h), i), (2), 28, 44, 57, 167, 168, 180.

PASIECHNYK C. SASKATCHEWAN (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 890.

**DROIT AÉRIEN**

Régie provinciale des alcools — Suppléments au prix — Droits sur le nombre de gallons — Autorités provinciales chargées de la régie des alcools exigeant des compagnies aériennes des suppléments au prix et des droits sur le nombre de gallons relativement à l'alcool importé au Canada pour fins de consommation à bord de vols intérieurs — L'alcool est-il de la «boisson enivrante» au sens de la Loi sur l'importation des boissons enivrantes? — L'alcool est-il importé «dans une province» au sens de cette loi? — Le monopole provincial de l'alcool est-il constitutionnellement inapplicable aux compagnies aériennes? — Les compagnies aériennes peuvent-elles recouvrer les droits sur le nombre de gallons et les suppléments au prix qu'elles ont payés? — Des dommages-intérêts punitifs ou des intérêts composés sont-ils justifiés? — Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. (1985), ch. I-3, art. 2, 3.

AIR CANADA C. ONTARIO (RÉGIE DES ALCOOLS), 581.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Droit à un avocat — Mise en garde lors de l'arrestation sans qu'aucune mention ne soit faite du droit de consulter immédiatement un avocat ou d'obtenir un numéro de téléphone sans frais pour appeler un avocat de garde — Y a-t-il eu violation des droits de l'accusé à l'assistance immédiate d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. FEENEY, 13.

2. Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Policiers à la recherche d'une personne soupçonnée de crime grave — Policiers entrant dans un domicile sans être invités et sans mandat — Y a-t-il eu violation du droit à la vie privée de l'accusé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. FEENEY, 13.

3. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Accusé interrogé faisant une déclaration après avoir reçu lecture d'une mise en garde, mais avant d'avoir eu la possibilité de consulter un avocat — Prise d'empreintes digitales effectuée après l'arrestation — Objets saisis au domicile — Graves violations de la Charte — L'utilisation des éléments de preuve serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. FEENEY, 13.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

4. Charte des droits — Principes de justice fondamentale (art. 7) — Défaut de divulguer — Élément de preuve perdu par inadvertance — Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

R. C. LA, 680.

**DROIT CRIMINEL**

1. Moyens de défense — Chose jugée — Voies de fait graves et vol qualifié — Déclaration de culpabilité inscrite relativement à l'infraction de vol qualifié — Est-il possible d'inscrire une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction incluse de voies de fait graves?

R. C. DOLIENTE, 11.

2. Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée dans un domicile — Policiers entrant par la force dans le domicile — Absence de motif subjectif ou objectif de conclure que le suspect a commis un acte criminel — Arrestation effectuée après la découverte d'éléments de preuve — Conditions pour qu'une arrestation soit valide.

R. C. FEENEY, 13.

3. Délinquants dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée — Agressions sexuelles — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée — Le juge du procès a-t-il fait erreur en omettant d'axer son examen sur la gravité des infractions sous-jacentes? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles raisonnablement étayées par la preuve? — La déclaration de délinquant dangereux et la peine de détention pour une période indéterminée correspondante étaient-elles fondées sur des erreurs de droit? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 752, 753.

R. C. CURRIE, 260.

4. Détermination de la peine — Cumul des sentences.

R. C. SENIOR, 288.

5. Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — *Habeas corpus* — L'extradition du requérant a été ordonnée et celui-ci a présenté des demandes successives de brefs d'*habeas corpus* — La première demande a été rejetée au fond comme si le bref avait été délivré — La Cour d'appel a rejeté l'appel et la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi — Le requérant dispose-t-il d'un appel de plein droit contre les jugements ayant rejeté les appels des demandes subséquentes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(3), (5).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. DESFOSSÉS, 326.

**DROIT CRIMINEL—Suite**

6. Meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel maintenant la déclaration de culpabilité.

R. C. ALLENDER, 333.

7. Jury — Délibérations — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — L'exhortation du juge du procès au jury a-t-elle gêné les délibérations du jury? — Y a-t-il lieu d'ordonner un nouveau procès?

R. C. JACK, 334.

8. Tentative — Complot — L'impossibilité constitue-t-elle un moyen de défense opposable à une accusation de tentative ou de complot en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 465(1)c.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. DYNAR, 462.

9. Appel — Question de droit — Indécence — Représentation théâtrale — La question de savoir si un spectacle donné est illégal est-elle une question de droit seulement?

R. C. MARA, 630.

10. Indécence — Représentation théâtrale — Danse-contact — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients d'une taverne — Propriétaire et gérant d'une taverne accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — Les spectacles étaient-ils indécents? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

R. C. MARA, 630.

11. Indécence — Représentation théâtrale — Mens rea — Gérant engagé par le propriétaire d'une taverne pour surveiller tous les aspects des divertissements — Contacts sexuels entre danseuses nues et clients de la taverne — Propriétaire et gérant accusés d'avoir permis la présentation de spectacles indécents — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant la conclusion de fait du juge du procès que le propriétaire n'avait pas eu une mens rea suffisante? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 167(1).

R. C. MARA, 630.

12. Preuve — Obligation de divulgation — Élément de preuve perdu par inadvertance — Le ministère public est-il déchargé de l'obligation de divulgation?

R. C. LA, 680.

13. Procès — Réouverture de la preuve du ministère public — Ministère public autorisé par le juge du procès à faire entendre un nouveau témoin après la clôture de la preuve de la défense dans un procès pour meurtre — La réouverture de la preuve du ministère public a-t-elle causé un préjudice à l'accusée? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

R. C. G. (S.G.), 716.

**DROIT CRIMINEL—Fin**

14. Preuve — Admissibilité d'une preuve de moralité — Ministère public autorisé par le juge du procès à contre-interroger une personne accusée de meurtre sur la présence de biens volés dans sa maison et sur ses relations sexuelles avec l'un des garçons qui ont commis le meurtre — La preuve de mauvaise moralité était-elle admissible à bon droit?

R. C. G. (S.G.), 716.

15. Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas ce moyen de défense au jury? — Y avait-il une preuve suffisante pour que le moyen de défense invoqué soit «vraisemblable»?

R. C. ESAU, 777.

16. Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Moyen de défense non invoqué par l'accusé au procès — Peut-il être invoqué en appel?

R. C. ESAU, 777.

17. Aider ou encourager — Trafic et possession de drogue illégale — Accusé aidant un agent d'infiltration à acheter de la drogue — La personne qui aide à l'achat de drogue illégale aide-t-elle ou encourage-t-elle le trafiquant? — A-t-elle le droit de bénéficier de l'exception relative au trafic qui s'applique aux acheteurs? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1).

R. C. GREYEVES, 825.

18. Fraude contre le gouvernement — Éléments de l'infraction — Acceptation d'un bénéfice à titre de fonctionnaire en contrepartie de l'exercice d'influence sur le gouvernement — Démarches auprès du gouvernement amorcées par l'accusé à titre d'avocat pour le compte de deux sociétés et poursuivies après sa nomination au Sénat — Acceptation par l'accusé d'honoraires versés par les sociétés et d'un prêt consenti par le principal actionnaire — L'infraction prévue à l'art. 121(1)a) du Code criminel exige-t-elle un état d'esprit «corrompu»? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son appréciation de la mens rea de l'infraction? — Dans l'affirmative, devrait-on inscrire une déclaration de culpabilité ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121(1)a).

R. C. COGGER, 845.

**DROIT DU TRAVAIL**

Congédiement — Indemnité de départ — Employé licencié pendant qu'il recevait des prestations d'invalidité — Offre de l'employeur de verser une indemnité de départ constituée du salaire moins les prestations d'invalidité reçues — Les prestations d'invalidité reçues pendant la période visée par le préavis

**DROIT DU TRAVAIL—Fin**

devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour violation du contrat d'emploi?

SYLVESTER C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 315.

---

**DROIT MARITIME**

Saisie de cargaison — Dommages-intérêts — Saisie illégale — Propriétaire de la cargaison déposant un cautionnement pour obtenir la mainlevée de la saisie de la cargaison — Saisie et engagement pris en matière de cautionnement annulés par la suite — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour la perte d'intérêts résultant du dépôt d'un cautionnement? — Le propriétaire de la cargaison a-t-il droit à des dommages-intérêts pour saisie illégale de la cargaison en l'absence de mauvaise foi ou de négligence grave de la part de la partie saisissante? — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles 344, 1003.

ARMADA LINES LTD. C. CHALEUR FERTILIZERS LTD., 617.

---

**DROIT MUNICIPAL**

Recours civils contre une municipalité — Préjudice corporel — Prescription — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

DORÉ C. VERDUN (VILLE), 862.

---

**EXTRADITION**

1. Infractions — Recyclage de produits de la criminalité — Tentative — Complot — Fugitif accusé aux É.-U. de tentative de recycler des produits de la criminalité et de complot pour recycler des produits de la criminalité — La conduite du fugitif aurait-elle constitué une infraction en vertu du droit canadien si elle avait eu lieu au Canada? — La conduite aurait-elle constitué une tentative criminelle ou un complot criminel en vertu du droit canadien? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 24(1), 462.31(1), 465(1)c) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 19.2(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. DYNAR, 462.

---

**EXTRADITION—Fin**

2. Audience — Droit à un procès équitable — Divulgaration — Garanties procédurales applicables à une audience d'extradition.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. DYNAR, 462.

---

**FIDUCIES ET FIDUCIAIRES**

Fiducie par interprétation — Mandat — Obligations fiduciaires — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

SOULOS C. KORKONTZILAS, 217.

---

**IMMEUBLES**

Réparation — Fiducie par interprétation — Mandat — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

SOULOS C. KORKONTZILAS, 217.

---

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Déductions — Déduction pour amortissement — Actif de filiale transféré à la société mère lors d'une liquidation en fin d'année — Actif possédé par la société mère qui en tire un revenu pendant cinq jours — Actif alors transféré à une nouvelle société — Les dispositions de l'art. 88 relatives à la liquidation réputées opérer une acquisition par transfert vers la société mère au coût en capital créent-elles des droits en faveur de la société mère? — La société mère peut-elle faire une déduction pour amortissement relativement aux biens transférés de la filiale? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1), 88 — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1102(1), (14).

HICKMAN MOTORS LTD. C. CANADA, 336.

---

**INDIENS**

1. Réserves — Permis autorisant l'utilisation de terres des réserves indiennes — Droit de passage — Validité du permis conférant un droit de passage pour des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve indienne — Droit de passage accordé pour la période où il est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie — Nature et durée des droits conférés par le permis — Est-ce que ces droits pouvaient être conférés en vertu de l'art. 28(2) de la Loi sur les Indiens? — Le permis est-il valide? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 28(2), 37.

BANDE INDIENNE DES OPETCHESAHT C. CANADA, 119.

2. Réserves — Définition de «réserve» modifiée afin d'y inclure les «terres désignées» cédées «autrement qu'à titre absolu» — Terres faisant partie d'une réserve cédées à leur valeur marchande pour la construction d'un aéroport, mais avec la stipulation que les terres retourneraient à la réserve si elles n'étaient pas utilisées à des fins d'utilité publique — Les terres cédées pour la construction de l'aéroport sont-elles des «terres désignées»? — Les principes du droit des biens en common law sont-ils applicables à la cession de terres faisant partie d'une réserve indienne? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1) «réserve», «terres cédées», 37(1), 38(1), (2) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réserve», «terres désignées», 37(1), (2), 38(1), (2), 83(1)a).

BANDE INDIENNE DE ST. MARY'S C. CRANBROOK (VILLE), 657.

**INTERPRÉTATION**

1. Code civil du Québec — Utilité des Commentaires du ministre de la Justice dans l'interprétation des dispositions du Code civil du Québec — Travaux préparatoires.

DORÉ C. VERDUN (VILLE), 862.

2. Code civil du Québec — Divergence entre les versions française et anglaise — Version anglaise du texte ayant une portée plus restreinte que la version française — Principe d'interprétation favorisant le sens commun des deux versions écarté — Version française préférée à la version anglaise parce que conforme à l'intention du législateur — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930.

DORÉ C. VERDUN (VILLE), 862.

3. Législation — Conflit — Disposition de la Loi sur les cités et villes applicable «nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire» — Disposition subséquente du Code civil du Québec portant sur le même sujet applicable «Malgré toute disposition contraire» — La disposition la plus récente a-t-elle priorité? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

DORÉ C. VERDUN (VILLE), 862.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Suspension de jugement — Mise à exécution d'un jugement relatif à l'exigence d'un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation suspendue pour une période de 6 mois à compter de la date du jugement.

R. C. FEENEY (DEMANDE), 117.

**NÉGLIGENCE**

1. Déclaration inexacte faite par négligence — Rapport de vérification préparé pour une société — Rapport exigé par la loi — Investisseurs alléguant à titre individuel avoir subi des pertes en matière de placement et des pertes quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification — Les vérificateurs avaient-ils une obligation de diligence envers les investisseurs à titre individuel quant aux pertes subies en matière de placement et aux pertes subies quant à la valeur de leurs participations existantes? — La règle de *Foss c. Harbottle* influe-t-elle sur l'action des appelants?

HERCULES MANAGERMENTS LTD. C. ERNST & YOUNG, 165.

2. Faute médicale — Causalité — Mère ayant contracté la varicelle pendant sa grossesse — Enfant né avec une incapacité résultant de la varicelle de la mère — La mère a intenté une action contre le médecin pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever l'enfant — La perte a-t-elle été causée par l'omission du médecin de bien l'informer du risque? — Critère approprié de la causalité.

ARNDT C. SMITH, 539.

**PRESCRIPTION**

Préjudice corporel — Municipalité — Victime blessée en chutant sur un trottoir d'une ville — La prescription de trois ans prévue au Code civil du Québec en matière de préjudice corporel est-elle applicable? — L'article 2930 du Code civil du Québec a-t-il préséance sur l'art. 585 de la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 2930 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 585.

DORÉ C. VERDUN (VILLE), 862.

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA, 294.

**PROCÉDURE CIVILE—Fin**

2. Appel — Désertion d'appel — La Cour d'appel a-t-elle compétence pour remédier à la désertion d'appel? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 503.1, 523.

CONSTRUCTION GILLES PAQUETTE LTÉE C. ENTREPRISES VÉGO LTÉE, 299.

---

**TRIBUNAUX—Fin**

Cour d'appel n'équivalait pas à un acquittement — On prétend que le pourvoi à notre Cour serait un appel de plein droit — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre ce pourvoi?

R. C. BEDFORD, 292.

---

**TRIBUNAUX**

Compétence — Cour suprême du Canada — Acte d'accusation annulé au procès pour le motif que l'infraction reprochée était inconnue en droit — L'ordonnance portée en appel à la



*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