



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2002 Vol. 2

1^{er} cahier, 2002 Vol. 2

Cited as [2002] 2 S.C.R. 3-183

Renvoi [2002] 2 R.C.S. 3-183

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY

CHANTAL DEMERS

VALERIE DESJARLAIS

RODRIGO ESCAYOLA

ANDRES GARIN

LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD

YVES NADEAU

MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON

LESLI TAKAHASHI

CAMERON TAYLOR

TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET

PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture).....146

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether provisions are *intra vires* province — Whether power to order alteration or even destruction of cultural object is beyond provincial powers when it affects native cultural objects — Whether pith and substance of provisions fall within property and civil rights or Indians and lands reserved to Indians — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

Indians — Protection of native cultural heritage — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether legislation constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

R. v. Cinous.....3

Criminal law — Defences — Self-defence — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Whether defence of self-defence should have been left to jury — Whether defence of self-defence possessed an “air of reality” — Evidential standard applicable to air of reality test.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Trial judge’s charge to jury on defence of self-defence containing errors — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Smith v. Co-operators General Insurance Co.129

Limitation of actions — Insurance — Limitation period in Ontario insurance law — Insurer stopping payments of accident benefits to insured and informing her that she could apply for mediation — Mediation unsuccessful — Insured filing action against insurer more than two years after its refusal to continue to pay benefits — Insurer claiming insured’s action time-barred by two-year limitation period in s. 281(5) of Insurance Act — Limitation period only begins upon proper refusal by insurer — Whether insurer entitled to assert limitation defence — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 281(5) — Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996, O. Reg. 776/93, ss. 71, 72.

SOMMAIRE

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture).....146

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi provinciale est-elle *intra vires*? — Le pouvoir d’ordonner la modification ou même la destruction d’objets culturels excède-t-il la compétence de la province quand il touche des objets culturels autochtones? — La substance des dispositions de la loi est-elle la propriété et les droits civils ou les Indiens et les terres réservées pour les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

Indiens — Protection du patrimoine culturel autochtone — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

R. c. Cinous.....3

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d’un complice abattu d’un coup de feu — Le moyen fondé sur la légitime défense aurait-il dû être soumis à l’appréciation du jury? — La légitime défense était-elle vraisemblable? — Norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d’une cour d’appel — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d’un complice abattu d’un coup de feu — Exposé du juge du procès au jury sur la légitime défense entaché d’erreurs — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Smith c. Cie d’assurance générale Co-operators129

Prescription — Assurance — Délai de prescription prévu dans le droit des assurances de l’Ontario — Assureur cessant de verser à l’assurée des indemnités d’accident et l’informant de la possibilité de demander la médiation — Échec de la médiation — Assurée intentant une action contre l’assureur plus de deux ans après qu’il eut refusé de continuer à lui verser des indemnités — Assureur faisant valoir que l’action de l’assurée est prescrite en raison du délai de prescription de deux ans prévu à l’art. 281(5) de la Loi sur les assurances — Délai de prescription ne commençant à courir qu’à partir du moment où l’assureur exprime un refus valable — L’assureur peut-il invoquer la prescription comme

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

moyen de défense? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 281(5) — Annexe sur les indemnités d'accident légales — Accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93, art. 71, 72.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2002

2^e volume, 2002

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jacques Cinous *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. CINOUS

Neutral citation: 2002 SCC 29.

File No.: 27788.

2001: April 18; 2002: March 21.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Criminal law — Defences — Self-defence — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Whether defence of self-defence should have been left to jury — Whether defence of self-defence possessed an “air of reality” — Evidential standard applicable to air of reality test.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Trial judge's charge to jury on defence of self-defence containing errors — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with the first degree murder of a criminal accomplice, M. He testified that he had been involved in the theft and resale of computers along with M and another accomplice, Y. The accused said that about a month before the killing, convinced that M had stolen his gun, he decided that he would have no more contact with either Y or M and told them that there would be no more thefts. The accused also testified that he began to hear rumours that Y and M wanted to kill him,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jacques Cinous *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ : R. c. CINOUS

Référence neutre : 2002 CSC 29.

N° du greffe : 27788.

2001 : 18 avril; 2002 : 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Le moyen fondé sur la légitime défense aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury? — La légitime défense était-elle vraisemblable? — Norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Exposé du juge du procès au jury sur la légitime défense entaché d'erreurs — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'un complice, M. Il a témoigné qu'il s'était adonné au vol et à la revente d'ordinateurs avec M et un autre complice, Y. L'accusé a raconté qu'à peu près un mois avant le meurtre, étant convaincu que M lui avait subtilisé son arme, il avait décidé de mettre fin à ses relations avec Y et M et les avait informés qu'il ne commettrait plus de vols. Il a ajouté qu'il avait commencé à entendre des rumeurs selon lesquelles Y et M voulaient le supprimer et qu'un

and that he was warned by a friend to watch out for them. One morning Y and M called the accused and asked him to participate in a computer theft and the accused agreed to meet with them that evening at his apartment. The accused testified that when Y and M arrived, they kept their jackets on and whispered to one another as they sat in the living room and he saw Y constantly placing his hand inside his coat, which made the accused suspicious that the two were armed. The accused said he decided to participate in the theft to see if they really intended to kill him. They left the apartment and got into the accused's van. The accused said that he knew M and Y wanted to kill him when he saw the gloves that they were wearing. Y had on different gloves than the ones he had arrived with at the apartment and M got into the van wearing surgical latex gloves. The accused said he associated this type of gloves with situations where bloodshed was expected. The accused testified that in the van Y avoided making eye contact with him and kept touching his jacket as if he had a gun. He said he interpreted Y's hand inside his jacket as a threat. The accused said he was sure that he was going to be killed and that the shot would more than likely come from behind — from M. However, since he was driving, he could not get to his own gun quickly enough, were anything to happen. He pulled into a populated and well-lit gas station, where he bought a bottle of windshield washer fluid. After returning to the van, he opened the back door, "saw the opportunity", pulled out his gun and shot M in the back of the head. The accused testified that this was an instinctive reaction to a situation of danger. He said that it did not occur to him to run away or to call the police. At trial, the judge allowed the defence of self-defence to be put to the jury. The accused was nonetheless found guilty of second degree murder. The Court of Appeal held that the defence was not properly explained to the jury. It overturned the conviction and ordered a new trial.

Held (Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction restored.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Bastarache, and LeBel JJ.: A defence should be put to a jury if, and only if, there is an evidential foundation for it. A trial judge must thus put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused, but he has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation — or air of reality. This is so even if the defence is the only

ami l'avait prévenu de se méfier d'eux. Un matin, Y et M ont appelé l'accusé pour lui demander de prendre part à un vol d'ordinateurs et celui-ci a accepté de les rencontrer le soir même à son appartement. L'accusé a affirmé que, lorsque Y et M sont arrivés chez lui, ils se sont assis au salon sans enlever leurs blousons et se sont parlé à voix basse. Il a dit qu'il avait vu Y glisser constamment sa main à l'intérieur de son blouson, ce qui l'a amené à soupçonner que les deux visiteurs étaient armés. Il a déclaré avoir décidé de participer au vol pour savoir s'ils voulaient vraiment le supprimer. Ils ont quitté l'appartement et sont montés à bord de la fourgonnette de l'accusé. Celui-ci a dit avoir compris que M et Y voulaient le supprimer lorsqu'il a aperçu les gants qu'ils portaient. Y ne portait plus les mêmes gants qu'à son arrivée à l'appartement et, lorsqu'il est monté dans la fourgonnette, M portait des gants chirurgicaux en latex. L'accusé a dit que ces gants correspondaient à ceux qui, selon lui, sont utilisés lorsqu'on prévoit qu'il y aura une effusion de sang. L'accusé a témoigné que, dans la fourgonnette, Y évitait de croiser son regard et portait constamment la main à son blouson comme s'il y dissimulait une arme à feu. Il a dit qu'il s'était senti menacé en voyant Y garder la main à l'intérieur de son blouson. Il a ajouté qu'il était certain qu'il allait être supprimé et que le coup viendrait selon toute vraisemblance de l'arrière et serait tiré par M. Comme il était au volant, il ne pourrait pas saisir son arme à temps pour se défendre. Il s'est rendu à une station-service achalandée et bien éclairée où il a acheté du liquide lave-glace. Après être retourné à la fourgonnette, il a ouvert la portière arrière et « en a profité » pour sortir son arme et abattre M d'une balle derrière la tête. L'accusé a prétendu qu'il avait réagi instinctivement face au danger. Il a dit qu'il n'avait pas songé à prendre la fuite ou à appeler la police. Au procès, le juge a permis que le moyen fondé sur la légitime défense soit soumis à l'appréciation du jury. L'accusé a néanmoins été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a statué que le jury n'avait pas reçu des explications suffisantes concernant le moyen de défense invoqué. Elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusé est rétablie.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et LeBel : Il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Le juge du procès doit donc soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non, mais il est formellement tenu de soustraire à l'appréciation du

defence open to the accused. The air of reality test imposes a burden on the accused that is merely evidential, rather than persuasive. In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true. The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue.

The pre- and post-*Pappajohn* authorities support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question is whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The terms “no evidence”, “some evidence” or “any evidence” can be used to describe the applicable evidential standard, provided these terms are understood as elliptical references to the full question. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

The air of reality test must be applied to each of the three elements of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, which have both a subjective and an objective component. With regard to the first element it would be possible for the jury reasonably to conclude that the accused believed that he was going to be attacked, and that this belief was reasonable in the circumstances. There is an air of reality to the subjective component of the defence as there is direct evidence on the accused's beliefs, in the form of the accused's testimony. A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the many threatening indicators to which he

jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant ou qui n'est pas vraisemblable. Il en est ainsi même lorsque ce moyen de défense est le seul que peut invoquer l'accusé. Le critère de la vraisemblance n'impose à l'accusé qu'une charge de présentation, et non une charge de persuasion. Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé. En ce qui concerne cette question préliminaire, le juge du procès n'a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Le juge du procès s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s'il est probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte.

La jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Pappajohn* appuie le recours à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense a un fondement probant justifiant qu'il soit soumis à l'appréciation du jury. La question est de savoir s'il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement, s'il y ajoutait foi. Les expressions « absence de preuve », « une preuve » ou « quelque élément de preuve » peuvent être employées pour décrire la norme de preuve applicable, pourvu qu'elles soient considérées comme des tournures elliptiques qui renvoient à la question intégrale. Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d'appuyer les inférences requises pour acquitter l'accusé? Tel est l'état actuel du droit, qui s'applique uniformément à tous les moyens de défense.

Le critère de la vraisemblance doit être appliqué à chacun des trois éléments constitutifs de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel*, qui ont chacun une composante subjective et une composante objective. En ce qui concerne le premier élément, le jury pourrait raisonnablement inférer que l'accusé croyait qu'il serait attaqué et que cette croyance était raisonnable dans les circonstances. La composante subjective du moyen de défense est vraisemblable, étant donné qu'une preuve directe sous la forme du témoignage de l'accusé étaye la croyance de ce dernier. Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les nombreux indices de menace dont il a fait part en

testified, to the reasonableness of his perception that he was going to be attacked. With respect to the second element of self-defence, reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, for the same reason there is also an air of reality to the accused's perception that the attack would be deadly. The accused's testimony is unambiguously to the effect that he feared a deadly attack. A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the indications that Y and M were armed, the rumours of a plan to assassinate him, the suspicious behaviour, and the wearing of the gloves, to the reasonableness of his perception that he was in mortal danger. With respect to the third element of self-defence, namely a reasonable belief in the absence of alternatives to killing, it must be established both that the accused believed that he could not preserve himself except by shooting the victim, and that he held this belief on reasonable grounds. There is an air of reality to the accused's claim that, at the time he shot the victim, he actually believed that he had no alternative. The accused's extensive direct testimony regarding his subjective perceptions at the relevant time amounts to more than a "mere assertion" of the element of the defence. However, the belief that the accused had no other option but to kill must have been objectively reasonable. Section 34(2) requires that the accused have believed on reasonable grounds that there was no alternative course of action open to him at that time, so that he reasonably thought he was obliged to kill in order to preserve himself from death or grievous bodily harm. In this case, there is absolutely no evidence from which a jury could reasonably infer the reasonableness of a belief in the absence of alternatives.

As the three conditions of self-defence were not all met on the facts of this case, the defence lacked the "air of reality" required and should never have been put to the jury. Any errors in the charge to the jury relating to it are therefore irrelevant. The curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied and the conviction upheld.

Per Gonthier and Binnie JJ.: The reasons of the majority were agreed with. In this case, the only way the defence could succeed is if the jury climbed into the skin of the accused and accepted as reasonable a sociopathic view of appropriate dispute resolution. There is otherwise no air of reality, however broadly or narrowly defined,

témoignant, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il serait attaqué était raisonnable. Pour la même raison, en ce qui concerne le deuxième élément de la légitime défense, savoir l'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves, il est également vraisemblable qu'il a cru que l'attaque serait mortelle. L'accusé a clairement affirmé, dans son témoignage, qu'il craignait de subir une attaque mortelle. Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les indices que Y et M étaient armés, les rumeurs circulant au sujet d'un projet de le supprimer, le comportement suspect et le port des gants, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il était en danger de mort était raisonnable. En ce qui concerne le troisième élément de la légitime défense, savoir la croyance raisonnable que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime, il faut établir que l'accusé croyait qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en abattant la victime, et qu'il avait des motifs raisonnables de le croire. L'affirmation de l'accusé, selon laquelle il croyait vraiment n'avoir aucun autre moyen de s'en sortir au moment où il a abattu la victime, est vraisemblable. Le témoignage direct et détaillé de l'accusé concernant ses perceptions subjectives à l'époque pertinente est plus qu'une « simple affirmation » que l'élément constitutif du moyen de défense existe. Cependant, la croyance de l'accusé qu'il n'avait d'autre choix que de tuer la victime doit avoir été objectivement raisonnable. Le paragraphe 34(2) exige que l'accusé ait eu des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait alors aucun autre moyen de s'en sortir, de sorte qu'il était raisonnable qu'il estime devoir tuer la victime pour se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir.

Étant donné que les trois conditions d'application de la légitime défense n'étaient pas toutes remplies d'après les faits de la présente affaire, ce moyen de défense n'avait pas la vraisemblance requise et n'aurait jamais dû être soumis au jury. Toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est donc sans importance. Il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Les juges Gonthier et Binnie : Les motifs des juges majoritaires sont acceptés. En l'espèce, le moyen de défense ne pourrait être retenu que si le jury se mettait dans la peau de l'accusé et jugeait raisonnable sa conception antisociale du règlement des conflits. Sinon, l'affirmation voulant que l'accusé ait eu des motifs

to the assertion that the accused believed on reasonable grounds that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm, as required by s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*. The objective reality of his situation would necessarily be altogether ignored, contrary to the intention of Parliament as interpreted in our jurisprudence. A criminal code that permitted preemptive killings within a criminal organization on the bare assertion by the killer that no course of action was reasonably available to him while standing outside a motor vehicle other than to put a shot in the back of the head of another member sitting inside the parked vehicle at a well-lit and populated gas station is a criminal code that would fail in its most basic purpose of promoting public order.

Per Iacobucci, Major and Arbour JJ. (dissenting): The test upon which a trial judge must decide whether a defence has an "air of reality" so as to be left to the jury only involves a determination of whether there is "some evidence" in support of the defence, and should not otherwise involve a measure of the sufficiency of that evidence. In other words, when examining whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could convict, it is the "no evidence" test, rather than the "sufficient evidence" test, which must be applied. The test should be substantially the same as the one applied to cases of directed verdicts of acquittal or motions for non-suit, as well as committal for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code*. The test for committal for trial, directed verdicts of acquittal and the withdrawing of a defence from the jury strives to respect the long-standing divisions of tasks between judges and jury, and favours great deference to the wisdom of the jury. Discharges at the preliminary inquiry and directed verdicts of acquittal also promote judicial economy and may serve as an early barrier to the danger of a wrongful conviction. Not so where a defence is withdrawn from the jury.

The "air of reality" test was never meant to lead to directed verdicts of conviction, but was mostly designed to avoid confusing the jury, particularly in cases of inconsistent alternative defences. Where only one defence is raised and guilt is otherwise admitted, if any real meaning is to be given to the right to a trial by jury, the application of the test should be strictly limited to situations where a technical evidentiary requirement necessary to fulfill the accused's evidential burden for a specific defence is lacking, or when there is a complete absence of evidence on

raisonnables de croire qu'il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, comme l'exige l'al. 34(2)(b) du *Code criminel*, ne saurait être vraisemblable, ni au sens large ni au sens strict du terme. Contrairement à l'intention du législateur qui se dégage de notre jurisprudence, la réalité objective de la situation de l'accusé serait forcément passée sous silence. Un code criminel ne saurait atteindre son objectif le plus fondamental, qui est de promouvoir l'ordre public, s'il permettait l'assassinat préventif dans le cas où l'assassin affirme simplement que, au moment où il était debout à l'extérieur d'un véhicule stationné à une station-service achalandée et bien éclairée, il n'avait raisonnablement d'autre choix que d'abattre d'une balle derrière la tête un autre membre de son gang, qui était assis à l'intérieur du véhicule.

Les juges Iacobucci, Major et Arbour (dissidents) : Pour décider si un moyen de défense est suffisamment vraisemblable pour qu'un jury en soit saisi, le juge du procès n'a qu'à déterminer s'il existe « une preuve » à l'appui de ce moyen de défense; il ne lui appartient pas de décider si cette preuve est par ailleurs suffisante. En d'autres termes, il faut appliquer le critère de « l'absence de preuve » et non celui de la « preuve suffisante » pour déterminer s'il existe une preuve qui permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de prononcer un verdict de culpabilité. Le critère appliqué doit être essentiellement le même que dans le cas d'un verdict imposé d'acquiescement ou d'une demande de non-lieu, ainsi que dans le cas d'un renvoi à procès fondé sur le par. 548(1) du *Code criminel*. Le critère applicable pour ordonner un renvoi à procès, prononcer un verdict imposé d'acquiescement et soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury tente de respecter le partage de longue date des tâches entre le juge et le jury et incite à s'en remettre énormément à la sagesse du jury. La libération à l'enquête préliminaire et le verdict imposé d'acquiescement contribuent également à la réalisation d'économies sur le plan judiciaire et peuvent permettre d'éviter, dès le départ, qu'un verdict de culpabilité injustifié soit prononcé. Il n'en va pas ainsi lorsqu'un moyen de défense est soustrait à l'appréciation du jury.

L'application du critère de la vraisemblance n'a jamais été censée conduire à des verdicts imposés de culpabilité, mais vise surtout à éviter qu'il y ait confusion dans l'esprit des jurés, spécialement lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués. Lorsqu'un seul moyen de défense est invoqué et que la culpabilité est par ailleurs reconnue, le respect du droit à un procès avec jury exige que le critère ne soit appliqué que si l'accusé n'a pas satisfait à une exigence technique en matière de preuve à laquelle il devait satisfaire pour s'acquiescer de sa charge

one or more of the essential ingredients of the defence. Only in those cases can it be said that the defence is not available in law, and only in this manner can the proper role of the jury be respected. It is important to distinguish cases where there is a complete lack of evidence from those cases where there is some evidence, but the court does not consider it strong enough to raise a reasonable doubt. Especially where appellate review is involved, the "air of reality" analysis, when applied to the sole defence raised and available to the accused, should focus only on the presence or absence of evidence, as opposed to its quality, sufficiency, or weight.

The only principled and practical justification for withdrawing a defence is to avoid confusing the jury. When the requisite legal elements of a single defence are properly explained to the jury, there is little risk of confusion on the part of the jury solely because the evidence in support of the defence is weak and unpersuasive. The cost of risking a wrongful conviction and possibly violating the accused's constitutionally protected rights by inadvisably withdrawing a defence from the jury is a high one. Since this Court has consistently been of the view that the possible advantages that would be gained by adopting a higher threshold for the test respecting directed verdicts of acquittal are not sufficient to justify a change in the test, then there is no possible justification for the adoption of a higher threshold in the "air of reality" context, where such an adoption would involve fewer advantages and more risks.

While reasonableness constitutes a legal requirement of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, the law is clear that it is for the jury to decide whether an accused's perceptions were reasonable. The fact that reasonableness involves an objective, rather than a purely subjective, assessment does not authorize judges to substitute their own appreciation of that critical factual element for that of the jury. For there to be some evidence of reasonableness, there must merely be some evidence of the circumstances surrounding the conduct at issue, so that its reasonableness can be assessed in context. Since reasonableness is a question for the jury, an accused is entitled to have a properly instructed jury assess his reasonableness when the defence of self-defence is put forward. In this case the factual record is complete and the accused explained, and was cross-examined about, the events, his thoughts, his feelings, assumptions

de présentation relativement à un moyen de défense particulier ou s'il y a absence totale de preuve concernant un seul ou plusieurs des éléments essentiels du moyen de défense. Ce n'est que dans ces cas que l'on peut dire que le moyen de défense ne peut pas être invoqué en droit, et ce n'est que de cette manière que le rôle que doit jouer le jury peut être respecté. Il importe de distinguer les cas où il y a absence totale de preuve de ceux où il existe une preuve, mais où le tribunal juge que cette preuve n'est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. Lorsqu'elle porte sur le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué et qui a été effectivement invoqué par l'accusé, l'analyse de la vraisemblance, surtout si elle est effectuée dans le cadre d'un examen en appel, doit être axée uniquement sur l'existence ou l'inexistence d'une preuve, et non pas sur la qualité, le caractère suffisant ou la valeur probante de la preuve soumise.

La seule raison qui justifie, en pratique et en principe, de soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury est d'éviter de semer la confusion dans l'esprit des jurés. Lorsque les conditions légales d'application d'un moyen de défense sont bien expliquées au jury, le seul fait que la preuve offerte à l'appui de ce moyen de défense soit faible et non convaincante risque peu de semer la confusion dans l'esprit des jurés. Si on soustrait de façon inopportune un moyen de défense à l'appréciation du jury, cela risque fortement d'entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée et une atteinte aux droits que la Constitution garantit à l'accusé. Étant donné que la Cour a toujours été d'avis que les avantages qui pourraient résulter du resserrement du critère applicable au verdict imposé d'acquiescement ne sont pas suffisants pour justifier une modification de ce critère, il n'y a aucune raison d'appliquer une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance s'il est susceptible d'en découler plus de risques que d'avantages.

Bien que le caractère raisonnable soit une condition d'application de la légitime défense aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la loi précise clairement qu'il appartient au jury de décider si les perceptions d'un accusé étaient raisonnables. Ce n'est pas parce que la détermination du caractère raisonnable comporte une appréciation objective, et non purement subjective, que le juge peut substituer sa propre évaluation de cet élément factuel crucial à celle du jury. Pour qu'il existe une preuve de raisonnabilité, il suffit qu'il existe une preuve des circonstances ayant entouré le comportement en cause, qui permette de déterminer si ce comportement était raisonnable au moment où il a été adopté. Vu que la question du caractère raisonnable relève du jury, l'accusé qui invoque la légitime défense a droit à ce qu'un jury ayant reçu des directives appropriées en apprécie le caractère raisonnable. En l'espèce, le dossier factuel

and rationale for acting as he did. Given the evidence, whether or not he acted reasonably, subjectively and objectively, is a matter of judgment, and that judgment is the *raison d'être* of the jury system. Where a reasonableness requirement is involved in a defence, the "air of reality" test must focus on assessing whether there is any evidence of an explanation for the accused's perceptions and conduct. The court should not embark upon an assessment of the reasonableness, or potential reasonableness, of this explanation for that is precisely the task that the law reserves for the jury.

For the purpose of assessing whether the accused's defence had "an air of reality" in this case, it must be determined whether there is any evidence relevant to the three elements of self-defence. The accused introduced evidence that he believed he was being assaulted and he also provided an explanation for this belief. His testimony detailed the circumstances which gave rise to his state of mind on the night of the offence, as well as the broader context which he said led him to believe that M and Y were assaulting him, including the rumours that he had previously heard and his belief that M had stolen his gun. The accused's belief that the behaviour of Y and of M was increasingly unusual as the evening progressed was also evidence of an explanation for the accused's ultimate perception that he was in fact being threatened or that an attempt to kill him was in progress. Whether on these facts, the accused's perception was reasonable is for the jury. Secondly, the factors which led the accused to believe that he was being assaulted also caused him, according to his evidence, to apprehend death. There were numerous factors and their relevance to the accused was clearly explained in his testimony. They amount to some evidence upon which the jury may make its own assessment of reasonableness, since the jurors were provided with the full background and explanation for the accused's perceptions. Lastly, the accused testified that he believed that shooting M was the only way to preserve his life on the night in question. His testimony was clearly to the effect that he believed himself to be in a situation of "kill or be killed", so that shooting M was, in his mind, the only way to get out of the situation. The accused explained why he believed that he could not simply walk away from the situation. Whether or not that explanation is compelling, and whether or not the accused's belief was reasonable, will once again be a matter for the jury.

est complet et l'accusé a fourni des explications et a été contre-interrogé au sujet des événements, des pensées, des sentiments, des suppositions et des raisons qui l'ont poussé à agir comme il l'a fait. Compte tenu de la preuve, la question de savoir si l'acte qu'il a accompli est subjectivement et objectivement raisonnable est une question de jugement et ce jugement est la raison d'être de l'institution du jury. Lorsque la raisonnabilité est une condition d'application d'un moyen de défense, l'analyse de la vraisemblance doit être axée sur la question de savoir s'il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l'accusé a perçu les choses comme il l'a fait et pourquoi il a adopté le comportement reproché. Il n'appartient pas au tribunal de se demander si cette explication est raisonnable ou potentiellement raisonnable, étant donné que la loi confie précisément cette tâche au jury.

Pour décider si, en l'espèce, le moyen de défense invoqué par l'accusé était vraisemblable, il faut déterminer s'il existe quelque preuve pertinente relativement aux trois éléments constitutifs de la légitime défense. L'accusé a produit des éléments de preuve établissant qu'il se croyait attaqué et il a aussi expliqué ce qui l'avait amené à croire qu'il était attaqué. Dans son témoignage, il a expliqué en détail les circonstances qui avaient été à l'origine de son état d'esprit le soir du meurtre, ainsi que le contexte général qui l'avait amené à croire qu'il était attaqué par M et Y, y compris les rumeurs qu'il avait entendues auparavant et le fait qu'il croyait que M lui avait volé son arme. La croyance de l'accusé que Y et M avaient un comportement de plus en plus inhabituel le soir en question est également un élément de preuve qui explique pourquoi l'accusé a eu, en fin de compte, l'impression qu'il était effectivement menacé ou qu'une tentative de le tuer était en cours. Il appartient au jury de décider si, compte tenu de ces faits, la perception de l'accusé était raisonnable. Ensuite, les facteurs qui ont amené l'accusé à croire qu'il était attaqué, l'ont également amené, selon son témoignage, à craindre pour sa vie. Ces facteurs étaient nombreux et, dans son témoignage, l'accusé a clairement expliqué ce qu'ils avaient signifié pour lui. Ils constituent une preuve qui permet au jury de procéder à sa propre évaluation du caractère raisonnable, étant donné qu'il a obtenu des explications complètes sur les perceptions de l'accusé et le contexte dans lequel il a eu ces perceptions. Enfin, l'accusé a témoigné qu'il avait cru qu'abattre M était le seul moyen de sauver sa vie le soir en question. Il ressort clairement de son témoignage qu'il se croyait dans la situation où, s'il ne tuait pas quelqu'un, c'est lui qui serait tué, de sorte qu'abattre M était, dans son esprit, le seul moyen de s'en sortir. L'accusé a expliqué pourquoi il croyait qu'il ne pouvait pas simplement prendre la fuite. Il appartiendra également au jury de décider si cette explication est convaincante et si la croyance de l'accusé était raisonnable.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Bastarache J.

Referred to: *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850); *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Lavallee, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Holmes v. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588; *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358; *R. v. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Atward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Mazza v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 907; *Landry v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 552; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289, aff'd [1979] 1 S.C.R. 100; *Kwaku Mensah v. The King*, [1946]

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Commonwealth c. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850); *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

R. c. Lavallee, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Mancini c. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Holmes c. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588; *R. c. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358; *R. c. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Atward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Mazza c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 907; *Landry c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 552; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289, conf. par [1979] 1 R.C.S. 100; *Kwaku Mensah c. The King*,

A.C. 83; *R. v. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Trotter* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. M.O.*, [2000] 2 S.C.R. 594, 2000 SCC 49, rev'g (1999), 138 C.C.C. (3d) 476; *R. v. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361; *R. v. Rarru (No. 2)* (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. v. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499, aff'd [1998] 1 S.C.R. 123; *R. v. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, rev'g (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84, 16 C.R. (5th) 276; *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287, leave to appeal denied, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Duclos*, [1995] Q.J. No. 678 (QL); *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205, rev'g (1990), 55 C.C.C. (3d) 313; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Gee*, [1982] 2 S.C.R. 286; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen*

[1946] A.C. 83; *R. c. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Trotter* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289; *R. c. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129; *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. M.O.*, [2000] 2 R.C.S. 594, 2000 CSC 49, inf. (1999), 138 C.C.C. (3d) 476; *R. c. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361; *R. c. Rarru (No. 2)* (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. c. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499, conf. par [1998] 1 R.C.S. 123; *R. c. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, inf. (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276; *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. c. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Duclos*, [1995] A.Q. n° 678 (QL); *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205, inf. (1990), 55 C.C.C. (3d) 313; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70; *R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section*

and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, *Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Pointe-Claire (Ville) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d), (f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 17, 34(2), 232, 265(4), 548(1), 686(1)(a)(ii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (b)(iii) [*idem*].

Authors Cited

Braithwaite, W. J. "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Supreme Court L.R.*, 177.
 Keane, Adrian N. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 2000.
McCormick on Evidence, 5th ed. by John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
Merriam-Webster's Dictionary of Law. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, Inc., 1996.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
 Weiser, Irit. "The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens" (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
 Williams, Glanville. *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963.
 Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597.

locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17, 34(2), 232, 265(4), 548(1), 686(1a)(ii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], b)(iii) [*idem*].

Doctrine citée

Braithwaite, W. J. « Developments in Criminal Law and Procedure : The 1979-80 Term » (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177.
 Keane, Adrian N. *The Modern Law of Evidence*, 5th ed. London : Butterworths, 2000.
McCormick on Evidence, 5th ed. by John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.
Merriam-Webster's Dictionary of Law. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, Inc., 1996.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2000.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995.
 Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
 Weiser, Irit. « The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens » (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1983.
 Williams, Glanville. *The Proof of Guilt : A Study of the English Criminal Trial*, 3rd ed. London : Stevens & Sons, 1963.
 Williams, John M. « Mistake of Fact : The Legacy of *Pappajohn v. The Queen* » (1985), 63 *R. du B. can.* 597.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 397, [2000] Q.J. No. 6 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting.

Lori Renée Weitzman and Manon Ouimet, for the appellant.

Christian Gauthier and Louis Gélinas, for the respondent.

Bernard Laprade and François Lacasse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. — The narrow issue on this case is whether the defence of self-defence should have been left to the jury. On the law, this depends on whether the defence possessed an “air of reality”.

We conclude that on the authorities, a defence possesses an air of reality if a properly instructed jury acting reasonably could acquit the accused on the basis of the defence. Applying this test, we find that the defence of self-defence did not possess an air of reality on the evidence presented at trial. It follows that the trial judge's error in the charge to the jury on self-defence was immaterial and that the accused's conviction must be affirmed.

I. Facts

The accused, Jacques Cinous, was charged with the first degree murder of a criminal accomplice, Michaelson Vancol (“Mike”), at a gas station in Montréal on the evening of February 3, 1994. Despite his claim to having acted in self-defence,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 143 C.C.C. (3d) 397, [2000] J.Q. n° 6 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents.

Lori Renée Weitzman et Manon Ouimet, pour l'appelante.

Christian Gauthier et Louis Gélinas, pour l'intimé.

Bernard Laprade et François Lacasse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE — La question précise qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si le moyen fondé sur la légitime défense aurait dû être soumis à l'appréciation du jury, ce qui dépend, en droit, de la vraisemblance ou de l'invraisemblance du moyen de défense invoqué.

Après avoir examiné la jurisprudence, nous concluons qu'un moyen de défense est vraisemblable s'il peut permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'acquiescer l'accusé. Appliquant ce critère, nous estimons que le moyen fondé sur la légitime défense n'était pas vraisemblable selon la preuve présentée au procès. L'erreur que le juge du procès a commise dans son exposé au jury sur la légitime défense était donc sans importance et la déclaration de culpabilité de l'accusé doit être confirmée.

I. Les faits

L'accusé, Jacques Cinous, a été inculpé du meurtre au premier degré d'un complice, Michaelson Vancol (« Mike »), survenu à une station-service de Montréal le soir du 3 février 1994. Bien qu'il ait prétendu avoir agi en état de légitime défense,

1

2

3

the accused was found guilty of second degree murder on October 21, 1995.

4 The accused testified that he and a friend, Josue Laforest (“Kent”), had been involved in the theft and resale of computers since August 1993, an activity from which he earned approximately \$5,000 per week. Another accomplice, Yves Louis (“Ice”), and the victim were also involved in some of these thefts.

5 Approximately one month before the killing, at the beginning of January 1994, the accused described an incident during which his gun disappeared. According to the accused, one night that January, he, Ice and Mike went out to steal some computers. The presence of a security guard and other employees on the targeted premises forced them to abandon the theft. The accused testified that when he returned home that evening, he found that his gun was missing. This was a 9-millimetre gun the accused said he had acquired some weeks after his release from jail, in April 1993, and had carried with him every day since. Convinced that Mike had stolen the weapon, the accused said that he decided that from then on he would have no more contact with either Ice or Mike. This gun has never resurfaced. There is no evidence that it was stolen or that Mike in fact stole it. It was not on Mike the night of the killing and is not alleged to have been involved in the events of that night.

6 The accused testified that he spoke with Ice and Mike on the phone the day after the gun disappeared. Since he wanted no more to do with them, he said he would leave the money he owed them with his cousin (\$800 for each of them). He also told them that there would be no more thefts because the police had him under surveillance. The accused testified that Ice and Mike nevertheless called him every day, several times a day, and would show up at the door at unexpected times wanting to do thefts with him. He also testified that four or five days after the gun went missing, he began to hear rumours that Mike and Ice wanted to kill him, and that he was warned by a friend to watch out for them. He had his cousin, whom he lived with, block their phone calls. He testified that he managed to avoid them for three

l'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 21 octobre 1995.

L'accusé a témoigné que, depuis août 1993, lui et un ami, Josue Laforest (« Kent »), s'étaient adonnés au vol et à la revente d'ordinateurs et que cette activité lui rapportait environ 5 000 \$ par semaine. La victime et un autre complice, Yves Louis (« Ice »), avaient également participé à certains de ces vols.

L'accusé a relaté un incident survenu au début de janvier 1994 — au cours duquel son arme avait disparu — soit à peu près un mois avant le meurtre. Il a raconté que, pendant une soirée du mois de janvier, Ice, Mike et lui étaient allés voler des ordinateurs. La présence d'un agent de sécurité et d'autres employés sur les lieux visés les avait contraints à abandonner leur projet. L'accusé a témoigné que, à son retour à la maison ce soir-là, il s'était rendu compte qu'il n'avait plus son arme. Il s'agissait d'une arme de calibre 9 mm dont il avait fait l'acquisition quelques semaines après sa sortie de prison en avril 1993 et qu'il portait toujours sur lui. Convaincu que Mike lui avait volé son arme, l'accusé aurait alors décidé de mettre fin à ses relations avec Ice et Mike. L'arme n'a jamais été retrouvée. Rien ne prouve qu'elle a été volée ni que ce soit Mike qui l'a en fait subtilisée. Mike ne l'avait pas sur lui le soir du meurtre et on ne prétend pas qu'elle a été utilisée ce soir-là.

L'accusé a dit avoir téléphoné à Ice et à Mike le lendemain de la disparition de son arme. Comme il ne voulait plus avoir affaire à eux, il les a prévenus qu'il remettrait à sa cousine l'argent qu'il leur devait (800 \$ chacun). Il les a également informés qu'il ne commettrait plus de vols parce que la police l'avait à l'œil. L'accusé a témoigné que Ice et Mike l'avaient néanmoins rappelé à maintes reprises tous les jours et qu'ils s'étaient présentés chez lui à l'improviste pour l'inviter à aller commettre des vols avec eux. Il a ajouté que, quatre ou cinq jours après la disparition de son arme, il avait commencé à entendre des rumeurs selon lesquelles Mike et Ice voulaient le supprimer, et qu'un ami l'avait prévenu de se méfier d'eux. Il a demandé à sa cousine, avec qui il habitait, de bloquer leurs appels. L'accusé a dit qu'il

weeks to a month, but, on cross-examination, admitted to some contact with them during that period.

On the morning of February 3, 1994, at 7:00 a.m., Mike and Ice called the accused and asked him to participate in a computer theft. The accused agreed to meet with them that evening at his apartment, at 7:00 p.m.; nevertheless, he claimed that he had no intention of going out to steal the computers and thought they might not even come. That evening, Kent arrived at the accused's apartment by 6:00 p.m., and Mike and Ice arrived at approximately 7:00 or 7:15 p.m. The accused testified that Mike and Ice kept their jackets on and whispered to one another as they sat in his living room watching television. The accused said he saw Ice constantly placing his hand inside his coat and that made him suspect the two were armed. He asked, and they told him they were not armed. He said that he decided to participate in the theft with them to see if they really intended to kill him, to find out whether or not the rumours were true.

Although the accused described what had gone on as suspicious, he did not argue that coercion was used to obtain his consent to participate in this theft or any of the previous thefts. There was no evidence led to indicate that Mike had previously assaulted the accused or threatened him in order to obtain his consent to participate in thefts, nor was there a suggestion that Mike had assaulted or threatened to assault the accused on any other occasion, for any reason.

The four left the apartment and got into the accused's van in order to drive to the location of the computer theft. The accused said that he knew Mike and Ice wanted to kill him when he saw the gloves that they were wearing. Ice was wearing different gloves than the ones he had arrived with at the apartment; he changed from leather to grey cloth gloves, and the accused thought it significant that he put these gloves on before entering the van. The accused testified that Mike tarried in a nearby alley before coming to the van and got in wearing surgical

était parvenu à éviter Mike et Ice pendant trois ou quatre semaines, mais, en contre-interrogatoire, il a reconnu avoir eu certains contacts avec eux au cours de cette période.

Le matin du 3 février 1994, à 7 h, Mike et Ice ont appelé l'accusé pour lui demander de prendre part à un vol d'ordinateurs. L'accusé a accepté de les rencontrer le soir même à 19 h, à son appartement; il a néanmoins prétendu n'avoir nullement eu l'intention d'aller voler des ordinateurs avec eux et avoir cru qu'ils ne se présenteraient peut-être même pas chez lui. Ce soir-là, vers 18 h, Kent est arrivé à l'appartement de l'accusé, suivi de Mike et de Ice vers 19 h ou 19 h 15. L'accusé a témoigné que Mike et Ice s'étaient assis au salon devant le téléviseur, sans enlever leurs blousons, et qu'ils s'étaient alors parlé à voix basse. Il a dit avoir vu Ice glisser constamment sa main à l'intérieur de son blouson, ce qui l'a amené à soupçonner que les deux visiteurs étaient armés. Lorsqu'il leur a demandé s'ils étaient armés, ils ont répondu par la négative. L'accusé a raconté qu'il avait décidé de participer au vol avec eux pour savoir s'ils voulaient vraiment le supprimer et si les rumeurs étaient fondées.

Bien qu'il ait qualifié de louche ce qui s'était passé, l'accusé n'a pas soutenu qu'il avait été contraint à participer à ce vol ou à ceux commis auparavant. Il n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que Mike l'avait déjà attaqué ou menacé pour obtenir sa participation aux vols, et il n'a pas laissé entendre non plus que Mike l'avait attaqué ou qu'il avait menacé de le faire à une autre occasion, pour quelque motif que ce soit.

Ils ont quitté l'appartement tous les quatre et sont montés à bord de la fourgonnette de l'accusé pour se rendre sur les lieux du vol projeté. L'accusé a dit avoir compris que Mike et Ice voulaient le supprimer lorsqu'il a aperçu les gants qu'ils portaient. Ice ne portait plus les gants de cuir qu'il portait à son arrivée à l'appartement. Il avait mis des gants de toile gris avant de monter à bord du véhicule, et pour l'accusé cela laissait présager quelque chose. Ce dernier a affirmé que Mike s'était attardé dans une ruelle voisine et que, lorsqu'il était monté dans

7

8

9

latex gloves. Neither of these gloves were the black woolen gloves that the accused said were kept in the glove compartment of the van for thefts. Moreover, the surgical latex gloves Mike wore were the type of gloves that the accused said he associated with situations where bloodshed was expected and that he had twice before seen used on “burns” — attacks on criminals by other criminals.

10 There was no evidence led to suggest that surgical latex gloves carried any particular significance as a gang practice in their case or in general, e.g. that their use would indicate (i) bloodshed (as opposed to preventing fingerprints from being left during a theft), and (ii) bloodshed that would be specifically directed against a co-criminal (a “burn”). There was evidence that the surgical latex gloves had been stolen by Mike at an opportune moment from a hospital. The accused said that he had seen them being worn by hit men in movies.

11 In the van, Kent was sitting directly behind the accused, who was driving. Ice was next to the accused in the front passenger seat, and Mike was behind Ice. The accused testified that Ice avoided making eye contact with him and kept touching his jacket as if he had a gun. The accused also said that no one spoke of the theft and in fact no one was speaking at all, things that were unusual on the way to a theft. The accused also said that Mike snapped the surgical latex gloves he was wearing, once. Kent testified that there was normal talking and laughing on the way to the van and that the atmosphere in the van was relaxed.

12 The accused admitted that no threats in the form of overt words or actions were made to him in the apartment, in the van or later at the gas station. However, he said that he interpreted Ice’s hand inside his jacket as a threat.

13 In his testimony, the accused said he was sure that he was going to be killed and that the shot

la fourgonnette, il portait des gants chirurgicaux en latex. Ni l’un ni l’autre ne portait les gants de laine noirs qui, selon l’accusé, servaient à commettre les vols et étaient rangés dans la boîte à gants de la fourgonnette. En outre, les gants chirurgicaux en latex que portait Mike correspondaient au type de gants qui, selon l’accusé, étaient utilisés lorsqu’on prévoyait qu’il y aurait une effusion de sang et qui, d’après ce qu’il avait pu lui-même constater, avaient été utilisés à deux reprises lors d’attaques de criminels par d’autres criminels.

L’accusé n’a soumis aucun élément de preuve indiquant que les gants chirurgicaux en latex avait une signification particulière pour son gang ou les gangs en général, en ce sens que le port de ces gants laissait présager (i) une effusion de sang (au lieu d’empêcher que des empreintes digitales soient laissées sur les lieux d’un vol) et (ii) une attaque sanglante contre un autre criminel. Il existait une preuve que Mike avait réussi à voler les gants chirurgicaux en latex dans un hôpital. L’accusé a dit avoir vu des tueurs à gages porter de tels gants dans des films.

Dans la fourgonnette, Kent prenait place directement derrière l’accusé, qui était au volant. Ice était assis à l’avant, du côté du passager, et Mike se trouvait derrière lui. L’accusé a témoigné que Ice évitait de croiser son regard et portait constamment la main à son blouson comme s’il y dissimulait une arme à feu. Il a ajouté que personne n’avait parlé du vol et qu’en fait personne n’avait prononcé un mot, ce qui n’était pas leur habitude lorsqu’ils allaient commettre un vol. L’accusé a dit qu’à un moment donné Mike avait fait claquer les gants chirurgicaux en latex qu’il portait. Kent a raconté qu’ils avaient parlé et ri normalement en se rendant à la fourgonnette et que l’atmosphère à bord était détendue.

L’accusé a reconnu qu’il n’avait fait l’objet d’aucune menace sous forme de paroles ou d’actes manifestes à l’appartement, dans la fourgonnette ou, plus tard, à la station-service. Cependant, il a dit qu’il s’était senti menacé en voyant Ice garder la main à l’intérieur de son blouson.

Dans son témoignage, l’accusé a affirmé qu’il était certain qu’il allait être supprimé et que le coup

would more than likely come from behind — from Mike. However, since he was driving, he could not get to his own gun quickly enough, were anything to happen. He said that he tried to drive along well-lit streets and avoid red lights so as to minimize the chance that Mike or Ice would kill him then and there. He also said that he felt trapped. He pulled into a populated and well-lit gas station “to release the pressure” and get himself out of this bad situation. He exited the vehicle and headed towards the cashier cabin to get a bottle of windshield washer fluid. Unable to locate his own money, he returned to the van in order to ask Ice for \$5 to pay for the fluid. He went back to pay for the bottle, returned to the van, popped the hood of the van from the inside, poured the fluid in under the hood and brought the bottle around to the back of the van. He opened the back door of the van, “saw [the] opportunity”, as he put it, pulled out his gun and shot Mike in the back of the head.

The accused testified that this was an instinctive reaction to a situation of danger and, more specifically, that he felt like a bell was ringing in his head. He said that it did not occur to him to run away or to call the police. He mentioned in addition to this that the police would have required him to work as an informant in exchange for their help and that he should not have to run away and leave his van.

When asked whether he felt scared at the gas station, the accused stated “scared in a sense, yes”. He said that he did not feel safe there or that he was out of danger. He said he felt like Ice and Mike were going to kill him, that they were just waiting for the right moment.

The accused testified to chasing Ice after he shot Mike. Ice fell to the ground, but the accused said he did not shoot him because the danger was gone and he was in control of the situation. Ice fled. The accused returned to the van which he and Kent tried to push. These two ultimately also fled the scene, abandoning the van with the body inside. No gun was found on Mike’s body, although he was carrying a knife. The accused was arrested some time later.

viendrait selon toute vraisemblance de l’arrière et serait tiré par Mike. Comme il était au volant, il ne pourrait pas saisir son arme à temps pour se défendre. Il a dit avoir tenté d’emprunter des rues bien éclairées et d’éviter les feux rouges afin de ne pas donner à Mike ou à Ice l’occasion de l’abattre. Il se sentait pris au piège. Il s’est rendu à une station-service achalandée et bien éclairée [TRADUCTION] « pour diminuer la tension » et se sortir de ce mauvais pas. Il est descendu du véhicule et s’est dirigé vers la caisse pour se procurer du liquide lave-glace. Ne trouvant pas son argent, il est retourné à la fourgonnette pour demander à Ice de lui donner 5 \$ pour payer le liquide lave-glace. Après avoir payé, il est revenu à la fourgonnette, puis il a déverrouillé le capot de l’intérieur, versé le liquide dans le réservoir et remis le contenant à l’arrière de la fourgonnette. Il a ouvert la portière arrière du véhicule et, pour reprendre ses propres termes, [TRADUCTION] « en [a] profité » pour sortir son arme et abattre Mike d’une balle derrière la tête.

L’accusé a prétendu qu’il avait réagi instinctivement face au danger et, plus précisément, qu’il avait eu l’impression d’entendre une cloche sonner dans sa tête. Il a dit qu’il n’avait pas songé à prendre la fuite ou à appeler la police. Il a ajouté que les policiers l’auraient forcé à travailler comme indicateur en échange de leur aide et qu’il n’avait pas voulu prendre la fuite et abandonner sa fourgonnette.

Lorsqu’on lui a demandé s’il était effrayé à la station-service, l’accusé a répondu : [TRADUCTION] « oui, d’une certaine manière ». Il a affirmé qu’il ne s’y était senti ni en sécurité ni hors de danger. Il a dit avoir eu l’impression que Ice et Mike allaient le supprimer et qu’ils attendaient seulement le moment propice pour agir.

Après avoir abattu Mike, l’accusé a pourchassé Ice, qui est tombé en s’enfuyant. Il a déclaré ne pas avoir abattu Ice parce que le danger était écarté et qu’il maîtrisait la situation. Ice s’est enfui. L’accusé est retourné à la fourgonnette et a tenté de la pousser avec l’aide de Kent. En fin de compte, ils ont eux aussi pris la fuite, abandonnant le véhicule et le cadavre qui s’y trouvait. Aucune arme à feu n’a été trouvée sur la victime, seulement un couteau. L’accusé a été arrêté quelque temps après.

14

15

16

17 At trial, the judge allowed the defence of self-defence to be put to the jury. The Court of Appeal held that the defence was not properly explained to the jury, both in terms of the explanation of the burden of proof in relation to the defence and the explanation of the defence itself.

18 The appellant Crown concedes, as it did before the Court of Appeal, that errors in the charge were made, but asks this Court to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to uphold the conviction on the basis that any errors in the directions on self-defence are immaterial since the accused's claim to self-defence lacked any "air of reality" and should never have been put to the jury. According to the Crown, no retrial is required since, without the defence, the verdict would necessarily have been the same: the accused would have been convicted of murder.

19 The accused responds by saying that there was an air of reality to the defence since this threshold test requires only "some" evidence in order for the defence to be put to the jury and the accused's own testimony satisfies this requirement. A retrial is necessary, according to the respondent, in order for the defence to be properly explained to the jurors who must assess whether or not they believe the accused's claim to self-defence.

II. Legislation

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

34. . . .

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

Au procès, le juge a permis que le moyen fondé sur la légitime défense soit soumis à l'appréciation du jury. La Cour d'appel a statué que le jury n'avait pas reçu des explications suffisantes concernant à la fois le moyen de défense lui-même et la charge de preuve qui s'y rattache.

L'appelant, le ministère public, reconnaît, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que l'exposé était entaché d'erreurs, mais il demande à notre Cour d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de confirmer la déclaration de culpabilité pour le motif que toute erreur qui pouvait avoir été commise dans les directives sur la légitime défense était sans importance étant donné que la légitime défense invoquée par l'accusé n'était pas vraisemblable et n'aurait jamais dû être soumise au jury. Selon le ministère public, il n'est pas nécessaire d'ordonner un nouveau procès étant donné que le verdict aurait nécessairement été le même si le moyen de défense en cause n'avait pas été invoqué : l'accusé aurait été reconnu coupable de meurtre.

L'accusé rétorque que le moyen de défense invoqué était vraisemblable du fait que le critère préliminaire applicable exige seulement l'existence d'« une preuve » pour que le moyen de défense soit soumis au jury, et que son propre témoignage satisfait à cette exigence. Selon l'accusé, un nouveau procès est nécessaire en ce sens qu'il permettra de bien expliquer la légitime défense aux jurés qui devront décider s'ils ajoutent foi à son allégation selon laquelle il a agi en état de légitime défense.

II. Les dispositions législatives

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

34. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si :

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, . . .

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*

In his charge to the jury, Viau J. began his explanation of the specific law to be applied in the case with the five conditions for first degree murder: (i) that the victim died a violent death; (ii) that the death was the result of an unlawful act, not an accident; (iii) that the person who caused him his injuries was the accused; (iv) that the accused wanted to cause the victim's death or to cause him bodily injury that he knew was likely to cause death or that he was reckless whether death ensued or not; and (v) that the killing was planned and deliberate.

Viau J. then turned to the law of self-defence in s. 34(2) of the *Criminal Code* and gave the jury the definition of assault in s. 265. Dealing with the three conditions of s. 34(2), Viau J. began with the existence of an assault. Here, he said, "[t]he whole

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [. . .], la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*

Dans son exposé au jury, le juge Viau a entrepris d'expliquer le droit applicable en l'espèce, en énonçant les cinq conditions à remplir pour qu'il y ait meurtre au premier degré : (i) il doit y avoir eu mort violente de la victime; (ii) la mort doit avoir résulté d'un acte illégal et non d'un accident; (iii) l'accusé doit être l'auteur des lésions corporelles infligées à la victime; (iv) l'accusé doit avoir voulu causer la mort de la victime ou lui infliger des lésions corporelles alors qu'il savait qu'elles étaient de nature à causer sa mort ou qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non; (v) le meurtre doit avoir été commis avec préméditation et de propos délibéré.

Le juge Viau a ensuite examiné le droit applicable à la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel* et a communiqué au jury la définition des voies de fait contenue à l'art. 265. Au sujet des trois conditions énoncées au par. 34(2), il a commencé

milieu, facts, circumstances like hand in the jacket, surgical gloves, flick of this glove, flick of [that] glove, head turns when he was looking at them, were gestures that were assault and provocation towards him, according to Mr. Cinous, and convincing him he was about to be killed by Ice and Mike". Here he emphasized that the relevant question was not "was Mr. Cinous unlawfully assaulted, but did Mr. Cinous reasonably believe in the circumstances that he was being unlawfully assaulted". He identified this as a subjective test.

23 As for the second condition of s. 34(2), whether the accused was acting under the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, the trial judge emphasized that this was to be assessed from an objective point of view: "Would a reasonable person — not Mr. Cinous — but a reasonable person, taking into account that Mr. Cinous is include[d] in all [the] population, would a reasonable person in the same circumstances have reasonably apprehended fear, death or serious harm?"

24 The jury was then told, with regard to the third and last condition, whether the accused believed he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily injury, that this test is subjective. Here, Viau J. said that the question is: "Was the accused really believ[ing] his life or his physical security were in danger and that the only thing he could do would be to shoot Michaelson, Mike Vancol?" He noted that the model is not the average citizen but the accused "as he is".

25 Counsel for the defence asked the judge to clarify two points to the jury that were contained in the charge. First, the jury members must be told to determine how the accused perceived the relevant facts for all three conditions in s. 34(2). Counsel cited this Court's decision in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, summarizing the law by saying that

par traiter de l'existence d'une attaque. Il a alors dit ce qui suit : [TRADUCTION] « [s]elon M. Cinous, le milieu, les faits, des facteurs comme la main dans le blouson, les gants chirurgicaux, le claquement des gants, le fait qu'ils aient tourné la tête lorsqu'il les regardait, ont tous contribué à lui donner l'impression qu'il était attaqué et provoqué et l'ont convaincu que Ice et Mike s'apprêtaient à le supprimer ». Il a souligné ici qu'il fallait se demander non pas [TRADUCTION] « si M. Cinous avait été illégalement attaqué, mais plutôt si, dans les circonstances, il avait des motifs raisonnables de croire qu'il était attaqué illégalement ». Il a qualifié cela de critère subjectif.

En ce qui concerne la deuxième condition énoncée au par. 34(2), le juge du procès a souligné qu'il fallait adopter un point de vue objectif pour décider si l'accusé a agi parce qu'il avait des motifs raisonnables d'appréhender la mort ou des lésions corporelles graves : [TRADUCTION] « Dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable — pas M. Cinous — mais une personne raisonnable, étant entendu que M. Cinous fait partie de la population en général, aurait-elle eu des motifs raisonnables d'appréhender la peur, la mort ou des lésions corporelles graves? »

Quant à la troisième et dernière condition, le juge du procès a dit au jury que la question de savoir si l'accusé a cru qu'il ne pourrait pas se soustraire autrement à la mort ou à des lésions corporelles graves est un critère subjectif. Le juge Viau a alors dit que la question qu'il fallait se poser était la suivante : [TRADUCTION] « L'accusé a-t-il vraiment cru que sa vie ou sa sécurité physique était en danger et qu'il n'avait d'autre choix que d'abattre Michaelson, Mike Vancol? ». Il a précisé que les jurés devaient se prononcer en fonction non pas du citoyen moyen, mais bien de l'accusé « tel qu'il est ».

L'avocat de la défense a demandé au juge de donner au jury des précisions concernant deux éléments de son exposé. Premièrement, les membres du jury devaient être invités à déterminer comment l'accusé avait perçu les faits pertinents quant à chacune des trois conditions mentionnées au par. 34(2). Citant l'arrêt de notre Cour *R. c. Pétel*, [1994] 1

all three conditions “are objective determinations based on the subjective frame of mind”. The trial judge returned to the explanation of the three conditions to the jurors and told them the following: “In all three (3) cases, you must seek to determine how Mr. Cinous perceived the relevant facts and whether his perception was reasonable”.

The second problem brought to the judge’s attention by defence counsel related to the explanation of the term “unlawful assault”. Counsel pointed out that both *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, and *Pétel*, *supra*, establish that “a person need not be in the process of being attacked. All you need is an attack that is more or less imminent. You don’t have to wait to be attacked before you hit back, and that is even before *Lavallee* and *Pétel*”. This is not an issue that Viau J. decided to address again and clarify for the jury.

After the jurors had begun their deliberations, they sent a note asking the trial judge to explain s. 34(2) and s. 265. Subsequently, they sent a note asking about the second condition for first degree murder, namely, whether an act committed in self-defence would be considered an unlawful act. They also asked for an explanation of the notion of “reasonable belief” in relation to s. 34(2). The trial judge clarified the first issue by telling the jury that there would be no question of an unlawful act if they decided to accept the defence of self-defence, since the accused would then be acquitted. On the second issue, Viau J. repeated that the question to be asked is whether Mr. Cinous believed that his perception was a reasonable one, not what would be the belief or perception of the average citizen.

Finally, the jury asked for clarification of the term “planned and deliberate” in the first degree murder charge. The trial judge gave this explanation without incident.

R.C.S. 3, l’avocat de la défense a résumé le droit applicable en affirmant que les trois conditions [TRADUCTION] « commandent une évaluation objective fondée sur l’état d’esprit subjectif ». Le juge du procès a expliqué à nouveau les trois conditions aux jurés, en leur disant ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans les trois (3) cas, vous devez déterminer comment M. Cinous a perçu les faits pertinents, et si la perception qu’il en a eue était raisonnable ».

Le deuxième problème que l’avocat de la défense a signalé au juge concernait l’explication de l’expression « attaque illégale ». L’avocat a fait remarquer que, d’après les arrêts *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, et *Pétel*, précité, [TRADUCTION] « il n’est pas nécessaire qu’une attaque soit en cours. Il suffit qu’une attaque soit plus ou moins imminente. Une personne n’a pas à attendre d’être attaquée pour réagir, et il en était ainsi même avant les arrêts *Lavallee* et *Pétel* ». Le juge Viau n’est pas revenu sur ce point et il n’a pas donné au jury les précisions demandées.

Au début de leurs délibérations, les jurés ont envoyé au juge du procès une note dans laquelle ils lui demandaient de leur expliquer le par. 34(2) et l’art. 265. Par la suite, ils lui ont fait parvenir une autre note dans laquelle ils lui demandaient — au sujet de la deuxième condition applicable au meurtre au premier degré — si un acte accompli en état de légitime défense serait considéré comme un acte illégal. Ils ont également demandé au juge de leur expliquer la notion de « croyance raisonnable » par rapport au par. 34(2). Le juge du procès a clarifié le premier point en précisant qu’il ne serait pas question d’un acte illégal si le jury retenait la thèse de la légitime défense, étant donné que l’accusé serait alors acquitté. Quant au deuxième point, le juge Viau a répété qu’il fallait se demander si M. Cinous croyait que sa perception était raisonnable, et non pas quelle serait la croyance ou la perception du citoyen moyen.

Enfin, le jury a demandé des éclaircissements au sujet de l’expression « avec préméditation et de propos délibéré » utilisée dans l’accusation de meurtre au premier degré. Le juge du procès a fourni ces éclaircissements sans qu’aucune difficulté ne survienne.

26

27

28

- 29 Defence counsel asked the judge to tie the defence of self-defence directly to his direction on the burden of proof, namely, to tell the jury that there is no burden on the accused to prove that he acted in self-defence and that the burden is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused did not act in self-defence. Viau J. did not do this.
- B. *Quebec Court of Appeal* (2000), 143 C.C.C. (3d) 397
- 30 Writing for the three members of the Quebec Court of Appeal, Biron J. (*ad hoc*) was of the view that the errors in the charge to the jury made by the trial judge necessitated overturning the conviction and ordering a new trial.
- 31 The first error identified by Biron J. that he thought would have created confusion in the minds of the jurors was the trial judge's failure to make reference to self-defence when explaining the five conditions of first degree murder, particularly with respect to the requirement of an unlawful act. On this point, Viau J. said to the jury: "as a matter of law, to discharge a firearm at any person with intent to wound or to endanger the life of a person is an unlawful act". However, he did not tell the jury that, if the defence was accepted by them, Cinous' shooting of Mike would not be an unlawful act. Biron J. noted that this error was however corrected when the jury asked for clarification of this issue and the trial judge said that, if the jurors reached the conclusion that the defence applied, the verdict would be not guilty; there would be no question of an unlawful act.
- 32 Biron J. found that there were two other errors in the trial judge's charge to the jury that were not corrected.
- 33 The first of these uncorrected errors was that the jurors were never told that the burden was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the
- L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de lier directement sa directive sur la charge de la preuve au moyen fondé sur la légitime défense, en indiquant au jury que l'accusé n'était pas tenu de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense et qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en état de légitime défense. Le juge Viau ne l'a pas fait.
- B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] J.Q. n° 6 (QL)
- S'exprimant au nom des trois juges de la Cour d'appel du Québec, le juge Biron (*ad hoc*) a estimé n'avoir d'autre choix que d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison des erreurs commises par le juge du procès dans son exposé au jury.
- La première erreur relevée par le juge Biron et qui aurait, selon lui, semé la confusion dans l'esprit des jurés était l'omission du juge du procès de mentionner la légitime défense en expliquant les cinq conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait meurtre au premier degré, en particulier l'accomplissement d'un acte illégal. À ce sujet, le juge Viau avait dit au jury : [TRADUCTION] « du point de vue juridique, décharger une arme à feu sur une personne dans l'intention de la blesser ou de mettre sa vie en danger constitue un acte illégal ». Cependant, il n'a pas dit au jury que, s'il retenait la thèse de la légitime défense, M. Cinous n'aurait alors commis aucun acte illégal en faisant feu sur Mike. Le juge Biron a signalé que cette erreur avait toutefois été corrigée lorsque le jury avait demandé des éclaircissements à ce sujet. Le juge du procès avait alors répondu que, s'ils arrivaient à la conclusion que le moyen de défense invoqué s'appliquait, les jurés devraient prononcer un verdict de non-culpabilité — il ne serait pas question d'un acte illégal.
- Le juge Biron a relevé dans l'exposé du juge du procès au jury deux autres erreurs qui n'avaient pas été corrigées.
- La première de ces erreurs était que le juge du procès n'avait jamais dit aux jurés qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute

elements of the defence were not established. Biron J. said that this, in conjunction with the fact that the accused testified and the trial judge's use of phrases that give the impression that the accused has something positive to prove (e.g., "the accused wishes to repel an assault" (para. 47 (emphasis added))), would have left the jury with the impression that the burden was on the accused to prove he acted in self-defence rather than on the Crown to prove that he did not.

The second uncorrected error identified by Biron J. was Viau J.'s failure to clearly tell the jury that under the law of self-defence there is no formal requirement that the danger that the accused is claiming to protect him or herself against be imminent. Biron J. relied here on this Court's acceptance of the dissenting opinion of Conrad J.A. in the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, the Quebec Court of Appeal's decision in *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530, and the decisions of *Pétel*, *supra*, and *Lavallee*, *supra*. While imminency is one of the factors that the jury should use to determine whether the accused's apprehension of danger was reasonable, and whether he or she reasonably believed there were no other alternatives available than to kill the aggressor, the second and third conditions of the defence, it is not a formal requirement.

On this point, Biron J. noted that Viau J. said things that would lead a jury to believe that imminency was a requirement. For example, in relation to the second condition of the defence, Viau J. said that "the accused [must be] acting under the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which Michael Vancol, in these circumstances, was assaulting him" (Court of Appeal decision, para. 47 (emphasis added)). Biron J. said of this, at para. 72: [TRANSLATION] "[i]n my view, the condition formulated in that way could have induced the jurors into error. How could one talk about the violence with which an attack was carried out if a victim is seated, his hands in his pockets and his back to the accused?" In his view,

raisonnable que l'existence des éléments constitutifs de la légitime défense n'était pas établie. Selon le juge Biron, cette omission, conjuguée au fait que l'accusé avait témoigné et que le juge du procès avait utilisé des formules donnant l'impression que l'accusé devait prouver quelque chose de positif (par exemple, [TRADUCTION] « l'accusé veut repousser une attaque » (par. 47 (nous soulignons))), aurait amené le jury à croire qu'il appartenait à l'accusé de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense et non au ministère public de prouver le contraire.

La deuxième erreur non corrigée, relevée par le juge Biron, était que le juge Viau n'avait pas clairement dit au jury que, selon le droit applicable en matière de légitime défense, il n'était pas nécessaire que le danger contre lequel l'accusé prétendait avoir voulu se protéger ait été imminent. Le juge Biron a invoqué, à cet égard, l'acceptation par notre Cour de l'opinion dissidente de madame le juge Conrad de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, de même que l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530, et les arrêts *Pétel* et *Lavallee*, précités. L'imminence n'est pas une exigence formelle même si elle est l'un des facteurs dont le jury doit tenir compte pour décider si l'accusé avait des motifs raisonnables d'appréhender un danger et de croire qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur, ce qui représente les deuxième et troisième conditions d'application de la légitime défense.

À ce propos, le juge Biron a souligné que le juge Viau avait tenu des propos qui amèneraient un jury à croire qu'il devait y avoir imminence. Par exemple, en ce qui concerne la deuxième condition d'application de la légitime défense, le juge Viau a affirmé que [TRADUCTION] « l'accusé [devait avoir] agi parce qu'il avait des motifs raisonnables de craindre que la mort ou des lésions corporelles graves résulteraient de la violence avec laquelle Michael Vancol l'agressait dans ces circonstances » (arrêt de la Cour d'appel, par. 47 (nous soulignons)). Le juge Biron a précisé à ce sujet, au par. 72 : « À mon avis, la condition ainsi formulée était de nature à induire les jurés en erreur. Comment croire à la violence avec laquelle une attaque est menée lorsqu'une victime

34

35

the jury should not have been left with the impression that imminency was required in this way.

36 Biron J. rejected the Crown's claim that the errors in the charge were irrelevant and could be cured by s. 686(1)(b)(iii) because, in any event, the defence lacked an "air of reality". Stating that the trial judge must have believed that the defence of self-defence had an "air of reality" because he submitted it to the jury, Biron J. also noted that the length of the jury deliberations and the questions asked by the jury suggest that the defence passed this threshold test (para. 77). Conceding that the verdict was not unreasonable, Biron J. nonetheless stated, at para. 79: [TRANSLATION] "I am incapable of finding that if the law had been correctly explained to the jury and if the jurors believed the accused, a verdict of acquittal was not legally possible".

37 Biron J. added that the trial judge made reference to "moral certainty" five times in his directions to the jury on reasonable doubt, contrary to this Court's pronouncement in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

IV. Analysis

38 While we agree with the Court of Appeal that the trial judge made several errors in the charge to the jury, we do not agree that any of these, viewed individually or cumulatively, warrant overturning the conviction and ordering a new trial. It is our view that since the three conditions of self-defence were not all met on the facts of this case, the defence lacked the "air of reality" required in order to warrant leaving it with the jury. Since the defence should never have been put to the jury, any errors made in the charge to the jury relating to it are irrelevant. These errors of law can be safely set to one side, and s. 686(1)(b)(iii) should be applied in order to uphold the conviction.

est assise, les mains dans ses poches, dos à l'accusé? » À son avis, le juge du procès n'aurait pas dû donner au jury l'impression qu'il y avait une telle exigence d'imminence.

Le juge Biron a rejeté l'argument du ministre public selon lequel les erreurs commises dans l'exposé étaient sans importance et que le sous-al. 686(1)(b)(iii) permettait d'y remédier, étant donné que, de toute manière, le moyen de défense invoqué n'était pas « vraisemblable ». Affirmant que le juge du procès devait avoir cru que le moyen fondé sur la légitime défense était vraisemblable puisqu'il l'avait soumis à l'appréciation du jury, le juge Biron a ajouté que la durée des délibérations du jury et les questions qu'il avait posées laissaient supposer que le moyen de défense satisfaisait à ce critère préliminaire (par. 77). Reconnaissant que le verdict n'était pas déraisonnable, le juge Biron a néanmoins précisé, au par. 79 : « je me sens incapable de dire que si le droit avait été expliqué correctement et que les jurés avaient cru l'accusé, un verdict d'acquiescement n'était pas légalement possible ».

Le juge Biron a ajouté que, dans ses directives au jury sur le doute raisonnable, le juge du procès avait mentionné, à cinq reprises, la « certitude morale », ce qui allait à l'encontre de l'arrêt de notre Cour *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

IV. Analyse

Nous convenons avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis plusieurs erreurs dans son exposé au jury, mais nous ne croyons pas que ces erreurs justifient, individuellement ou cumulativement, l'annulation de la déclaration de culpabilité et la tenue d'un nouveau procès. Nous estimons que, parce que les trois conditions d'application de la légitime défense n'étaient pas toutes remplies d'après les faits de la présente affaire, ce moyen de défense n'avait pas la vraisemblance requise pour être soumis à l'appréciation du jury. Étant donné que le moyen de défense n'aurait jamais dû être soumis au jury, toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est sans importance. Ces erreurs de droit peuvent sûrement être laissées de côté, et il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de culpabilité.

A. *The Jury Charge*

The charge to the jury contained several errors. First, the trial judge failed to specifically tie the question of the burden of proof to self-defence, despite counsel for the defence bringing this problem expressly to his attention. General warnings about the presumption of innocence and the fact that the burden of proof lies with the Crown are insufficient in these circumstances, i.e. in the course of a long and complicated jury charge involving self-defence. In a situation where the accused relies on this defence, and perhaps especially when the accused testifies, the jury must be told that the burden of proof in relation to this defence is on the Crown, who must prove beyond a reasonable doubt that the defence does not apply. Otherwise, there is a risk that the jury will be left with the impression that the burden is on the accused to prove that the defence applies. An express direction on this is required in order to eliminate this risk.

Second, the charge failed to clearly state that imminence of attack is not a formal requirement but merely a factor to be taken into consideration in self-defence in determining the reasonableness of the accused's response: see *Lavallee* and *Pétel*. Biron J. was correct when he said that imminency is a factor to be taken into consideration in an assessment of the reasonableness of the accused's apprehension of danger and belief in the absence of other alternatives to killing the aggressor. In *Pétel*, *supra*, Lamer C.J. stated, at pp. 13-14:

... *Lavallee*, *supra*, rejected the rule requiring that the apprehended danger be imminent. This alleged rule, which does not appear anywhere in the text of the *Criminal Code*, is in fact only a mere assumption based on common sense. As Wilson J. noted in *Lavallee*, this assumption undoubtedly derives from the paradigmatic case of self-defence, which is an altercation between two persons of equal strength. However, evidence may be presented (in particular expert evidence) to rebut this presumption of fact. There is thus no formal requirement that the danger be imminent. Imminence is only one of

A. *L'exposé au jury*

L'exposé au jury était entaché de plusieurs erreurs. En premier lieu, le juge du procès n'a pas lié directement la question de la charge de la preuve à la légitime défense, même si l'avocat de la défense lui avait expressément fait part de ce problème. Des mises en garde générales concernant la présomption d'innocence et le fait que la charge de la preuve incombe au ministère public ne suffisent pas dans ces circonstances, c'est-à-dire dans le cadre d'un exposé au jury, à la fois long et complexe, où il est question de légitime défense. Lorsque l'accusé invoque la légitime défense et peut-être d'autant plus lorsqu'il témoigne, le jury doit être informé que la charge de la preuve relative à ce moyen de défense incombe au ministère public, qui doit prouver hors de tout doute raisonnable que la légitime défense invoquée ne s'applique pas. Sinon, le jury risque d'avoir l'impression qu'il incombe à l'accusé de prouver que le moyen de défense qu'il invoque s'applique. Une directive doit être donnée expressément à ce sujet afin d'éliminer ce risque.

En deuxième lieu, le juge du procès n'a pas précisé clairement, dans son exposé au jury, qu'en matière de légitime défense l'imminence de l'attaque n'est pas une exigence formelle, mais constitue simplement un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer si la réaction de l'accusé était raisonnable : voir les arrêts *Lavallee* et *Pétel*. Le juge Biron a eu raison de dire que l'imminence est un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer si l'accusé avait des motifs raisonnables d'appréhender un danger et de croire qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en tuant l'agresseur. Dans l'arrêt *Pétel*, précité, p. 13-14, le juge en chef Lamer affirme ce qui suit :

... l'arrêt *Lavallee*, précité, a rejeté la règle exigeant que le danger appréhendé soit imminent. Cette supposée règle, qui n'apparaît nullement dans le texte du *Code criminel*, n'est en fait qu'une simple présomption fondée sur le bon sens. Comme l'a souligné le juge Wilson dans *Lavallee*, cette présomption tire sans doute son origine du cas paradigmatique de la légitime défense qu'est l'altercation entre deux personnes de force égale. On peut cependant présenter une preuve (notamment une preuve d'expert) pour réfuter cette présomption de fait. Il n'y a donc pas d'exigence formelle que le danger soit

the factors which the jury should weigh in determining whether the accused had a reasonable apprehension of danger and a reasonable belief that she could not extricate herself otherwise than by killing the attacker. [Emphasis added.]

The failure to identify imminency as a factor rather than a formal requirement was not a reversible error.

41 Third, the charge failed to properly set out the three conditions of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*. *Pétel* expressly stated that the same test applied to all three conditions: “the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable” (p. 12). Relying on *Reilly v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 396, at p. 404, Lamer C.J. called this “an objective determination” because there must be an objectively verifiable basis for the accused’s perception. Recently, in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 13, Bastarache J. for the majority characterized this test as “simultaneously subjective and objective”. Hence, the trial judge was wrong to distinguish initially between the three parts of the defence, calling the first and third conditions subjective and the second objective. However, he ultimately corrected this statement of the law in his clarification of s. 34(2) and in his clarification of the term “reasonable belief”. Hence, this error, like the one concerning the explanation of unlawful act in the five conditions of first degree murder, was corrected.

42 Fourth, the charge is faulted for use of the term “moral certainty” in connection with reasonable doubt. Biron J. was correct to point out that this Court looked with disapprobation upon the use of “moral certainty” in the explanation of reasonable doubt in *Lifchus*, *supra*. At para. 25, writing for the majority, Cory J. said that the problem with the use of this phrase was that “different jurors may have different ideas about the level of proof required before they are ‘morally certain’ of the accused’s guilt”. However, as Biron J. acknowledged, at para.

imminent. L’imminence n’est qu’un des facteurs que le jury doit évaluer pour déterminer si l’accusée avait une appréhension raisonnable du danger et une croyance raisonnable de ne pas pouvoir s’en sortir autrement qu’en donnant la mort à l’agresseur. [Nous soulignons.]

L’omission de préciser que l’imminence est un facteur et non une exigence formelle n’est pas une erreur justifiant une annulation.

En troisième lieu, l’exposé ne faisait pas dûment état des trois conditions d’application de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel*. D’après l’arrêt *Pétel*, le même critère s’applique à chacune de ces trois conditions : « le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l’accusée et si cette perception était raisonnable » (p. 12). Se fondant sur l’arrêt *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, p. 404, le juge en chef Lamer a qualifié cette démarche d’« évaluation objective » étant donné que la perception de l’accusé doit avoir un fondement objectivement vérifiable. Récemment, dans l’arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 13, le juge Bastarache a affirmé, au nom des juges majoritaires, que ce critère est « à la fois subjectif[f] et objectif[f] ». Le juge du procès a donc eu tort d’établir, au départ, une distinction entre les trois conditions du moyen de défense, en qualifiant la première et la troisième de subjectives, et la deuxième d’objective. Cependant, il a finalement corrigé cet énoncé du droit en clarifiant le sens du par. 34(2) et de l’expression « croyance raisonnable ». Partant, cette erreur a été corrigée, tout comme l’a été celle commise en expliquant l’acte illégal qui fait partie des cinq conditions à remplir pour qu’il y ait meurtre au premier degré.

En quatrième lieu, l’exposé est erroné du fait qu’on y utilise l’expression « certitude morale » pour expliquer le doute raisonnable. Le juge Biron a eu raison de souligner que, dans l’arrêt *Lifchus*, précité, notre Cour a désapprouvé le recours à l’expression « certitude morale » pour expliquer le doute raisonnable. Au paragraphe 25 de cet arrêt, le juge Cory a affirmé, au nom des juges majoritaires, que le problème que pose l’emploi de cette expression est que « les jurés peuvent différer d’avis entre eux quant au degré de preuve

82, when he described the use of this phrase as one [TRANSLATION] “to be avoided, if not [ruled out entirely]”, Cory J. went on immediately to say, at para. 25: “this expression, although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided”. In situations in which the jury charge predates this Court’s comments in *Lifchus*, as is the case with this charge, other recent cases of this Court have held that the standard to be applied is that of “substantial compliance” with the principles of *Lifchus*; see *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

In *Starr*, Iacobucci J., writing for the majority, pointed out, at para. 237, that the principles in *Lifchus* (e.g. what the jury charge should include and should avoid) were “not intended to suggest that a new trial is warranted for all previous convictions obtained following jury charges that were not in strict compliance”. For example, in *Beauchamp*, a pre-*Lifchus* charge using the “moral certainty” formulation was found by this Court to be nonetheless in substantial compliance with the *Lifchus* principles.

As Iacobucci J. stated in *Starr*, *supra*, at para. 233:

A charge must be examined in its entirety to determine whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained. The question in every case in which a trial judge’s instructions on reasonable doubt are impugned is whether there is a reasonable likelihood that the jury was under a misapprehension as to the correct standard of proof to apply. If the charge, when read as a whole, could not have placed the jury under a misapprehension as to the correct standard of proof, then the jury verdict should not be disturbed . . .

requis pour être “moralelement certains” de la culpabilité de l’accusé ». Toutefois, comme le juge Biron l’a reconnu, au par. 82, en indiquant que l’utilisation de cette expression est « erronée et est à éviter, sinon à proscrire », le juge Cory a ajouté immédiatement, au par. 25, que, « bien que cette expression ne soit pas nécessairement fatale à la validité d’un exposé sur le doute raisonnable, elle devrait être évitée ». Dans les cas où, comme en l’espèce, l’exposé au jury a été fait avant les commentaires de notre Cour dans l’arrêt *Lifchus*, des arrêts récents de notre Cour établissent que la norme applicable est celle de la « conformité pour l’essentiel » avec les principes établis dans l’arrêt *Lifchus*; voir *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Dans l’arrêt *Starr*, précité, par. 237, le juge Iacobucci a souligné, au nom des juges majoritaires, que les principes de l’arrêt *Lifchus* (concernant notamment ce que l’exposé au jury devrait inclure et ne pas inclure) n’étaient pas censés « laisser entendre que la tenue d’un nouveau procès serait justifiée pour toutes les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à la suite d’exposés au jury qui n’étaient pas en tous points conformes ». Par exemple, dans l’affaire *Beauchamp*, notre Cour a conclu qu’un exposé antérieur à l’arrêt *Lifchus*, dans lequel on avait utilisé l’expression « certitude morale », était néanmoins conforme pour l’essentiel aux principes de l’arrêt *Lifchus*.

Comme le juge Iacobucci l’a affirmé, dans l’arrêt *Starr*, précité, par. 233 :

L’exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués. La question qui se pose dans chaque affaire où les directives du juge du procès sur le doute raisonnable sont contestées est de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si, considéré dans son ensemble, l’exposé n’est pas susceptible d’avoir induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable, il n’y a alors pas lieu de modifier le verdict du jury . . .

Whatever the problems in this charge as they relate to self-defence and the burden of proof with regard to that defence, the explanation given by Viau J. concerning the standard of proof in the explanation of “reasonable doubt” is a different thing. While the references to “moral certainty” are numerous (like Biron J., we count five), and the concept is central to the explanation provided there, we are unconvinced, reading this portion of the charge, that these references are sufficient to establish that it was reasonably likely that the jury misunderstood what standard of proof they were to apply.

45 Recent case law of this Court supports the view that mere use of the discontinued language of “moral certainty” in the jury charge on reasonable doubt will not necessarily lead to the conclusion that the trial was unfair. This is, in our view, what Major J. described in *Avetysan*, at para. 12, as a charge “where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test”. As in *Beauchamp*, where, as we have said, references to “moral certainty” were also relied on, this is a situation where the charge on reasonable doubt is nonetheless in substantial compliance with the principles articulated in *Lifchus* and would not have misled the jury on the standard of proof to be applied.

46 In summary, most of the alleged errors in the charge were corrected or insufficient to support overturning the conviction. Only the error with respect to the charge on imminence of attack remains problematic. The Crown argues that this error was immaterial since on the evidence, there was no air of reality to the defence of self-defence in any event. This brings us to the critical issue on this appeal — whether the defence possessed an air of reality.

B. *Air of Reality*

47 The key issue is whether there was an air of reality to the defence of self-defence in this case. It is our view that there is no air of reality to the defence:

Quels que soient les problèmes que l’exposé pose en l’espèce au sujet de la légitime défense et de la charge de la preuve qui s’y rattache, il en va autrement des éclaircissements que le juge Viau a apportés au sujet de la norme de preuve applicable en expliquant la notion de « doute raisonnable ». Bien que les renvois à la « certitude morale » soient nombreux (comme le juge Biron, nous en dénombrons cinq) et que cette notion soit au cœur de l’explication fournie, nous ne sommes pas convaincus, à la lecture de cette partie de l’exposé, que ces renvois suffisent à établir la probabilité raisonnable que le jury ait mal compris quelle norme de preuve devait être appliquée.

La jurisprudence récente de notre Cour appuie le point de vue selon lequel le seul fait de trouver, dans l’exposé au jury sur le doute raisonnable, l’expression « certitude morale » qui n’a plus cours n’amène pas nécessairement à conclure à l’iniquité du procès. À notre avis, cet exposé fait partie de ce que le juge Major a qualifié, dans l’arrêt *Avetysan*, précité, par. 12, d’exposés « qui, même s’ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l’essentiel au critère applicable ». Tout comme dans l’affaire *Beauchamp* où, nous le répétons, l’expression « certitude morale » avait également été utilisée, l’exposé sur le doute raisonnable qui a été fait en l’espèce est néanmoins conforme pour l’essentiel aux principes établis dans l’arrêt *Lifchus* et n’aurait pas induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable.

En résumé, la plupart des erreurs qui auraient entaché l’exposé ont été corrigées ou ne justifiaient pas l’annulation de la déclaration de culpabilité. Seule l’erreur relative à l’imminence de l’attaque demeure problématique. Le ministère public soutient que cette erreur était sans importance puisque, de toute façon, le moyen fondé sur la légitime défense n’était pas vraisemblable selon la preuve produite. Cela nous amène à la question cruciale qui se pose dans le présent pourvoi, celle de savoir si le moyen de défense invoqué était vraisemblable.

B. *La vraisemblance*

La question clé est de savoir si, en l’espèce, la légitime défense invoquée était vraisemblable. Nous sommes d’avis que non, en ce sens qu’un jury ayant

a properly instructed jury acting reasonably could not acquit the accused on the ground of self-defence, even if it accepted his testimonial evidence as true. Since the defence should never have been put to the jury, any errors made in the charge to the jury relating to that defence are irrelevant. The curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied, and the conviction upheld.

This Court has considered the air of reality test on numerous occasions. The core elements of the test, as well as its nature and purpose, have by now been clearly and authoritatively set out. See *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759. Nevertheless, a controversy has arisen in this case concerning the extent of a trial judge's discretion to keep from a jury defences that are fanciful or far-fetched. More narrowly, the contentious issue is the correct evidential standard to be applied in determining whether there is an air of reality to the defence of self-defence on the facts of this case.

In our view, the controversy can be resolved on the basis of existing authority, which we consider to be decisive. The correct approach to the air of reality test is well established. The test is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. See *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Osolin, supra*; *Park, supra*; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701. This long-standing formulation of the threshold question for putting defences to the jury accords with the nature and purpose of the air of reality test. We consider that there is nothing to be gained by altering the current state of the law, in which a single clearly-stated test applies to all defences. See *Osolin, supra*; *Park, supra*; *Finta, supra*. There is no need to invent a new test, to modify the current test, or to apply different tests to different classes of cases.

reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pas pu acquitter l'accusé pour cause de légitime défense, même en tenant pour acquis que son témoignage était véridique. Puisque ce moyen de défense n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury, toute erreur s'y rapportant dans l'exposé au jury est sans importance. Il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Notre Cour a examiné, à maintes reprises, le critère de la vraisemblance. Les éléments essentiels du critère, de même que sa nature et son objet, sont désormais circonscrits d'une manière claire et péremptoire. Voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759. Pourtant, une controverse a pris naissance, en l'espèce, au sujet de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de soustraire à l'appréciation du jury un moyen de défense farfelu ou tiré par les cheveux. Plus précisément, la question litigieuse est de savoir quelle norme de preuve doit être appliquée pour déterminer si le moyen fondé sur la légitime défense est vraisemblable compte tenu des faits de la présente affaire.

Selon nous, la jurisprudence existante, que nous jugeons décisive, permet de résoudre cette controverse. La façon d'appliquer le critère de la vraisemblance est bien établie. Il s'agit de déterminer si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement. Voir les arrêts *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Osolin*, précité; *Park*, précité, et *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701. Cette formulation de longue date de la question préliminaire à laquelle il faut répondre avant de soumettre un moyen de défense au jury s'accorde avec la nature et l'objet du critère de la vraisemblance. Nous estimons qu'il n'y aurait aucun avantage à modifier l'état actuel du droit, suivant lequel un seul critère clairement énoncé s'applique à tous les moyens de défense. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Finta*, précités. Il n'est pas nécessaire d'inventer un nouveau critère, de modifier le critère actuel ou d'appliquer différents critères à différentes catégories de cas.

(1) The Basic Features of the Air of Reality Test

50

The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, serving only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. Following *Pappajohn, supra*, the inquiry into whether there is an evidential foundation for a defence is referred to as the air of reality test. See *Park, supra*, at para. 11.

51

The basic requirement of an evidential foundation for defences gives rise to two well-established principles. First, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused. Where there is an air of reality to a defence, it should go to the jury. Second, a trial judge has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation. A defence that lacks an air of reality should be kept from the jury. *Wu, supra; Squire, supra; Pappajohn, supra; Osolin, supra; Davis, supra*. This is so even when the defence lacking an air of reality represents the accused's only chance for an acquittal, as illustrated by *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1.

52

It is trite law that the air of reality test imposes a burden on the accused that is merely evidential, rather than persuasive. Dickson C.J. drew attention to the distinction between these two types of burden in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 466:

Judges and academics have used a variety of terms to try to capture the distinction between the two types of burdens. The burden of establishing a case has been referred to as the "major burden," the "primary burden,"

(1) Les caractéristiques fondamentales du critère de la vraisemblance

La common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. Depuis l'arrêt *Pappajohn*, précité, la question de savoir si un moyen de défense a un fondement probant est connue sous le nom de critère de vraisemblance. Voir l'arrêt *Park*, précité, par. 11.

Deux principes bien établis émanent de l'exigence de base que les moyens de défense invoqués aient un fondement probant. Premièrement, le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non. Lorsqu'un moyen de défense est vraisemblable, il doit être soumis à l'appréciation du jury. Deuxièmement, le juge du procès est formellement tenu de soustraire à l'appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant. Le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable doit être soustrait à l'appréciation du jury. Voir les arrêts *Wu, Squire, Pappajohn, Osolin* et *Davis*, précités. Comme l'illustre l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, il en est ainsi même lorsque le moyen de défense qui n'est pas vraisemblable représente la seule chance de l'accusé d'être acquitté.

Il est bien établi en droit que le critère de la vraisemblance n'impose à l'accusé qu'une charge de présentation, et non une charge de persuasion. Le juge en chef Dickson a souligné la différence qui existe entre ces deux types de charge dans l'arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 466 :

Les juges et les auteurs ont utilisé un grand nombre d'expressions pour tenter de saisir la distinction qui existe entre les deux genres de charges. La charge de faire la preuve a été décrite comme la « charge principale », la

the “legal burden” and the “persuasive burden.” The burden of putting an issue in play has been called the “minor burden,” the “secondary burden,” the “evidential burden,” the “burden of going forward,” and the “burden of adducing evidence.” [Emphasis added.]

The air of reality test is concerned only with whether or not a putative defence should be “put in play”, that is, submitted to the jury for consideration. This idea was crucial to the finding in *Osolin* that the air of reality test is consistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true. See *Osolin, supra*; *Park, supra*. The evidential foundation can be indicated by evidence emanating from the examination in chief or cross-examination of the accused, of defence witnesses, or of Crown witnesses. It can also rest upon the factual circumstances of the case or from any other evidential source on the record. There is no requirement that the evidence be adduced by the accused. See *Osolin, supra*; *Park, supra*; *Davis, supra*.

The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. See *Finta, supra*; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Park, supra*. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue.

Whether or not there is an air of reality to a defence is a question of law, subject to appellate

« charge primaire », la « charge ultime » et la « charge de persuasion ». La charge de soulever une question a été appelée la « charge secondaire » et la « charge de présentation ». [Nous soulignons.]

L’application du critère de la vraisemblance ne consiste qu’à déterminer si un moyen de défense éventuel devrait « entrer en jeu », c’est-à-dire être soumis à l’appréciation du jury. Cette idée a été un facteur crucial dans la conclusion, tirée dans l’arrêt *Osolin*, que le critère de la vraisemblance est compatible avec la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Lorsqu’il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l’ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l’accusé. Voir les arrêts *Osolin* et *Park*, précités. Le fondement probant peut ressortir de la preuve émanant de l’interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire de l’accusé, des témoins à décharge ou des témoins à charge. Il peut aussi découler des faits de l’affaire ou de tout autre élément de preuve versé au dossier. Il n’est pas nécessaire que la preuve soit produite par l’accusé. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Davis*, précités.

En ce qui concerne la question préliminaire, le juge du procès n’a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Voir les arrêts *Finta*, précité, et *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Le juge du procès s’abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d’apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Voir les arrêts *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, et *Park*, précité. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte.

La question de savoir si un moyen de défense est vraisemblable ou non est une question de droit

53

54

55

review. It is an error of law to put to the jury a defence lacking an air of reality, just as it is an error of law to keep from the jury a defence that has an air of reality. See *Osolin, supra; Park, supra; Davis, supra*. The statements that “there is an air of reality” to a defence and that a defence “lacks an air of reality” express a legal conclusion about the presence or absence of an evidential foundation for a defence.

56

The considerations discussed above have led this Court to reject unequivocally the argument that the air of reality test licenses an encroachment by trial judges on the jury’s traditional function as arbiter of fact. As Cory J. stated in *Osolin, supra*, at p. 682:

This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. It is the judge who must determine if evidence sought to be adduced is relevant and admissible. In the same way, it is the judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to the defence. If there has been sufficient evidence put forward, then the jury must be given the opportunity to consider that defence along with all the other evidence and other defences left with them in coming to their verdict.

Indeed, the air of reality inquiry has been found not only to be consistent with the traditional division of labour as between judge and jury, but actually to enhance the jury’s ability to carry out its task. Again, Cory J.’s statement in *Osolin, supra*, at p. 683 is apposite:

The jury system has in general functioned exceptionally well. Its importance has been recognized in s. 11(f) of the *Charter*. One of the reasons it has functioned so very well is that trial judges have been able to direct the minds of jurors to the essential elements of the offence and to those defences which are applicable. That process should be maintained. The charge to the jury must be directed to the essential elements of the crime with which the accused is charged and defences to it. Speculative defences that are unfounded should not be presented to the jury. To do so would be wrong, confusing, and unnecessarily lengthen jury trials. [Emphasis added.]

pouvant faire l’objet d’un examen en appel. Le fait de soumettre au jury un moyen de défense qui n’est pas vraisemblable constitue autant une erreur de droit que le fait de soustraire un moyen de défense vraisemblable à l’appréciation du jury. Voir les arrêts *Osolin, Park* et *Davis*, précités. Lorsqu’on dit qu’un moyen de défense « est vraisemblable » ou « n’est pas vraisemblable », on tire une conclusion de droit au sujet de l’existence ou de l’inexistence d’une preuve étayant le moyen de défense.

Les considérations analysées plus haut ont amené notre Cour à rejeter sans équivoque l’argument voulant que l’application du critère de la vraisemblance permette au juge du procès d’empiéter sur le rôle traditionnel du jury en tant que juge des faits. Comme l’a affirmé le juge Cory dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682-683 :

Il ne s’agit en fait que d’un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. C’est le juge qui doit d’abord déterminer si la preuve qu’on cherche à présenter est pertinente et admissible. De même, c’est le juge qui détermine si l’on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. Si la preuve est suffisante, le jury doit avoir l’occasion d’examiner cette défense avec les autres éléments de preuve et les autres moyens de défense qui lui ont été présentés, avant de rendre son verdict.

En fait, on a jugé que le critère de la vraisemblance était non seulement compatible avec le partage traditionnel des tâches entre le juge et le jury, mais encore qu’il accroissait, en fait, la capacité du jury de s’acquitter de sa tâche. Là encore, l’énoncé du juge Cory dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 683, est pertinent :

En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l’al. 11(f) de la *Charte*. L’une des raisons qui expliquent pourquoi il fonctionne si bien a trait au fait que les juges du procès peuvent diriger l’attention des jurés sur les éléments essentiels de l’infraction et sur les moyens de défense applicables. Ce processus devrait être maintenu. L’exposé au jury doit porter sur les éléments essentiels du crime reproché à l’accusé et sur les moyens de défense qui peuvent être soulevés. Quant aux moyens de défense théoriques qui ne sont pas étayés, ils ne devraient pas être soumis au jury, car cela ne serait pas approprié et risquerait de créer de la confusion et de prolonger indûment les procès avec jury. [Nous soulignons.]

This Court has held on many occasions that a single air of reality test applies to all defences. *Osolin, supra*; *Park, supra*, at para. 12. The test has been applied uniformly to a wide range of defences over the years. These include the defence of honest but mistaken belief in consent in sexual assault cases (*Pappajohn, supra*; *Bulmer, supra*; *Osolin, supra*; *Park, supra*; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *Ewanchuk, supra*; *Davis, supra*), and other defences such as intoxication (*R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757), necessity (*Latimer, supra*), duress (*R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24), provocation (*R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37), and self-defence (*Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272). Adopting different evidential standards for different classes of cases would constitute a sharp break with the authorities.

(2) The Evidential Standard Applicable to the Air of Reality Test

It remains to consider the test itself. The difficulty lies in defining the evidential standard a judge must apply in determining whether a defence possesses an air of reality.

It is argued by Arbour J. that McIntyre J.'s formulation of the air of reality test in *Pappajohn, supra*, did not just introduce new terminology ("air of reality"), but also substantively altered the law. On this view, the applicable standard before *Pappajohn* was the "no evidence" threshold alleged to have been set out in *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, and followed thereafter. Provided there was "some evidence" or "any evidence" going to the elements of a defence — or, stated negatively, unless there was "no evidence" — a defence had to be put to the jury. It is argued that the Court's holding in *Pappajohn, supra*, changed all that by introducing a new and more onerous "sufficiency of the evidence" requirement. This requirement is alleged to have licensed a judicial incursion into the traditional province of the jury. Finally, it is argued that the "sufficient evidence" standard from *Pappajohn* ought to be understood as a special rule applicable to the defence of mistaken belief in consent in sexual assault cases,

Notre Cour a statué, à maintes reprises, qu'un seul critère de la vraisemblance s'applique à tous les moyens de défense; voir *Osolin*, précité; *Park*, précité, par. 12. Au fil des ans, le critère a été appliqué de manière uniforme à une vaste gamme de moyens de défense, dont la croyance sincère mais erronée au consentement invoquée en matière d'agression sexuelle (*Pappajohn, Bulmer, Osolin* et *Park*, précités; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *Ewanchuk*, précité; *Davis*, précité), l'intoxication (*R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757), la nécessité (*Latimer*, précité), la contrainte (*R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24), la provocation (*R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37) et la légitime défense (*Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272). L'application de différentes normes de preuve à différentes catégories de cas représenterait une rupture marquée avec la jurisprudence.

(2) La norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance

Reste à examiner le critère lui-même. Le problème est de définir la norme de preuve qu'un juge doit appliquer pour décider si un moyen de défense est vraisemblable.

Madame le juge Arbour affirme que, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, la formulation du critère de la vraisemblance par le juge McIntyre a eu pour effet non seulement d'introduire une nouvelle terminologie (le mot « vraisemblance »), mais encore de modifier sensiblement le droit. Selon ce point de vue, la norme applicable avant l'arrêt *Pappajohn* était celle de l'« absence de preuve », qui aurait été établie dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, et appliquée par la suite. Dans la mesure où il existait « une preuve » ou « quelque élément de preuve » touchant les éléments constitutifs d'un moyen de défense — ou, pour utiliser la forme négative, à moins qu'il n'y ait « absence de preuve » —, un moyen de défense devait être soumis à l'appréciation du jury. L'on fait valoir que l'arrêt *Pappajohn*, précité, de notre Cour a changé tout cela en établissant la nouvelle exigence plus lourde du « caractère suffisant de la preuve », qui aurait permis aux juges de s'immiscer dans le domaine

57

58

59

and that the purportedly traditional “no evidence” rule ought to apply to all other defences, notably self-defence under s. 34(2). For the reasons that follow, we respectfully conclude this view of the law cannot be reconciled with the authorities.

traditionnellement réservé au jury. Enfin, l’on prétend que la norme de la « preuve suffisante » émanant de l’arrêt *Pappajohn* doit être assimilée à une règle spéciale qui s’applique au moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement invoqué en matière d’agression sexuelle, et que la règle censément traditionnelle de l’« absence de preuve » devrait s’appliquer à tous les autres moyens de défense, notamment à la légitime défense prévue au par. 34(2). En toute déférence, nous concluons, pour les motifs qui suivent, que cette interprétation du droit applicable n’est pas conciliable avec la jurisprudence.

60 The air of reality test as treated in *Pappajohn*, *supra*, and subsequent cases is entirely consistent with the cases that preceded it. The issue has remained the same, namely: whether a defence rests upon an evidential foundation warranting that it be put to a jury. Most significantly, the specific question to be asked by a trial judge in determining whether the threshold evidential burden for putting a defence to a jury is met, has remained constant. Cory J. stated the question in *Osolin*, *supra*, at p. 682:

Le critère de la vraisemblance appliqué dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, et dans des arrêts subséquents est tout à fait compatible avec la jurisprudence antérieure. La question à trancher est demeurée la même, à savoir si le moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l’appréciation d’un jury. Qui plus est, le juge du procès doit toujours se demander précisément si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation préliminaire pour qu’un moyen de défense puisse être soumis au jury. Le juge Cory a formulé cette question comme suit dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682 :

The term “air of reality” simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted.

L’expression « vraisemblance » signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement.

The question as formulated by Cory J. rested squarely on the previous authorities, going back to *Wu*, *supra*.

La question formulée par le juge Cory s’appuyait carrément sur la jurisprudence antérieure remontant à l’arrêt *Wu*, précité.

(3) The Evidential Standard Before *Pappajohn*

(3) La norme de preuve applicable avant l’arrêt *Pappajohn*

61 In *Wu*, *supra*, as in the present case, the issue was whether a defence of self-defence merited being put to the jury. Lamont J. held that the trial judge in that case was under no obligation to put the defences of self-defence or provocation to the jury. He set out the reasoning of the Court, at p. 617:

Dans l’arrêt *Wu*, précité, tout comme en l’espèce, la question était de savoir si le moyen fondé sur la légitime défense méritait d’être soumis au jury. Le juge Lamont a statué que, dans cette affaire, le juge du procès n’était tenu de soumettre au jury ni le moyen fondé sur la légitime défense ni celui fondé sur la provocation. Il a exposé le raisonnement de notre Cour, à la p. 617 :

There is no evidence in the record from which a jury could reasonably infer that the accused when he shot the complainant did so under a reasonable apprehension of death or bodily harm to himself, or that he reasonably believed that he could not otherwise save himself from bodily injury. The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. [Emphasis added.]

It is clear from the above-quoted paragraph that the requirement has two components: (1) there must be evidence (2) upon which a jury could reasonably draw the inferences necessary to acquit the accused. The question is not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence capable of forming the basis for an acquittal. The two-pronged statement of the test for determining whether a defence rests upon an evidential foundation — in contemporary terms, whether it has an air of reality — applies to this day.

In *Parnerkar, supra*, Fauteux C.J. stated the question to be asked, in the context of the defence of provocation, at p. 454:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury. [Emphasis added.]

Fauteux C.J. did not limit the question to whether the record was “denuded of any evidence”. Rather, the question was whether the record was denuded of any evidence having the potential to enable a reasonable jury acting judicially to acquit. Whether or not the evidence has this potential is a question for the trial judge. While courts have often spoken of an inquiry into whether there is “some evidence” or “any evidence” without qualification, this must be understood as a short-form reference to the full question. The full question is whether there is

[TRADUCTION] Le dossier ne renferme aucun élément de preuve qui permettrait à un jury agissant raisonnablement d’inférer que, lorsqu’il a fait feu sur le plaignant, l’accusé avait des motifs raisonnables d’appréhender la mort ou des lésions corporelles, ou encore de croire qu’il ne pourrait pas se soustraire autrement à des lésions corporelles. Donc, la règle voulant que l’accusé ait le droit, au procès, de faire examiner par le jury tous les moyens de défense subsidiaires qu’il invoque ne s’applique qu’aux moyens pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. [Nous soulignons.]

Il ressort nettement du paragraphe précité que l’exigence comporte deux volets : (1) il doit exister un élément de preuve (2) qui permettrait à un jury agissant raisonnablement de faire les inférences nécessaires pour acquitter l’accusé. Il ne s’agit pas seulement de déterminer s’il existe une preuve au sens général, mais plutôt de savoir s’il existe une preuve susceptible de justifier un acquittement. La formulation à deux volets du critère applicable pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant — ou s’il est vraisemblable, pour reprendre la terminologie moderne — s’applique toujours.

Dans l’arrêt *Parnerkar*, précité, p. 454, le juge en chef Fauteux a formulé la question qui doit être posée dans le contexte du moyen de défense fondé sur la provocation :

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l’art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de [le] décider et celui-ci doit s’abstenir de soumettre au jury la défense de provocation. [Nous soulignons.]

Selon le juge en chef Fauteux, la question n’est pas seulement de savoir si le dossier est « dépourvu de toute preuve », mais plutôt de savoir s’il est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de prononcer l’acquittement, et c’est au juge du procès qu’il appartient d’en décider. Même si les tribunaux ont souvent parlé de la question de savoir s’il existe « une preuve » ou « quelque élément de preuve », sans plus de précision, il faut y voir une formulation abrégée de la question intégrale qui est de savoir s’il

evidence (some evidence, any evidence) upon which a properly instructed jury acting judicially could acquit. If there is any or some such evidence, then the air of reality hurdle is cleared. If there is no such evidence, then the air of reality hurdle is not cleared. In view of the frequent resort by courts to short-form expressions, it may be tempting to focus on the first part of the question (“there must be some evidence”) to the exclusion of the crucial second part (“upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit”). That this temptation must be resisted is made clear by the authorities.

63

In *Squire, supra*, the issue was whether the defence of provocation should have been put to the jury. The accused had been convicted at trial. The Court of Appeal ordered a new trial on the ground that the defence of provocation should have been put to the jury. The Court allowed the appeal and restored the jury’s conviction. Spence J., for the Court, stated the familiar principle that it is the duty of the trial judge to put to the jury all defences arising from the evidence, whether or not they were argued by counsel to the jury. He then stated, at p. 19:

It is, however, equally plain that a trial judge is under no duty to invite the jury to consider defences of which there is no evidence or which cannot reasonably be inferred from the evidence: . . . [Emphasis added.]

This statement makes it clear that the question of whether there is “any evidence” is incomplete. As Spence J. explicitly states, it is necessary to consider whether the evidence is reasonably capable of supporting the inferences necessary for the defence to succeed. To the extent that the inferences required for the defence to succeed cannot reasonably be supported by the evidence, the defence lacks an evidential foundation — it has no air of reality — and should therefore not be put to the jury.

existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer l’acquittement. Dans l’affirmative, le critère de la vraisemblance est respecté. Dans la négative, il ne l’est pas. Comme les tribunaux utilisent souvent des formules abrégées, l’on peut être tenté de mettre l’accent sur le premier volet de la question (« il doit y avoir une preuve ») au détriment du deuxième volet crucial (« qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement »). Comme l’indique la jurisprudence, il faut résister à cette tentation.

Dans l’arrêt *Squire*, précité, il s’agissait de décider si le moyen de défense fondé sur la provocation aurait dû être soumis au jury. L’accusé avait été déclaré coupable à l’issue de son procès. La Cour d’appel avait ordonné la tenue d’un nouveau procès pour le motif que le moyen de défense fondé sur la provocation aurait dû être soumis au jury. Notre Cour a accueilli le pourvoi et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le jury. S’exprimant au nom de notre Cour, le juge Spence a énoncé le principe bien connu selon lequel il incombe au juge du procès de soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués selon la preuve produite, peu importe que l’avocat ait décidé ou non d’y recourir dans son exposé au jury. Puis il a ajouté, à la p. 19 :

Mais il est tout aussi évident qu’un juge de première instance n’a aucune obligation d’inviter le jury à examiner des moyens à l’égard desquels il n’y a aucune preuve ou qui ne peuvent pas être raisonnablement déduits de la preuve : . . . [Nous soulignons.]

Il ressort clairement de cet énoncé qu’il ne suffit pas de se demander s’il existe « quelque élément de preuve ». Comme le juge Spence le précise, il faut se demander si la preuve est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. Si ces inférences ne peuvent pas raisonnablement s’appuyer sur la preuve, le moyen de défense est alors dépourvu de fondement probant — il n’est pas vraisemblable — et ne doit donc pas être soumis à l’appréciation du jury.

It cannot plausibly be claimed that *Squire, supra*, presents a case where there was unambiguously “no evidence”. On the contrary, there was some evidence which the Court of Appeal thought sufficient to warrant leaving the defence of provocation with the jury. There was evidence, in other words, capable of bearing an interpretation different from that suggested by Spence J. The contentious issue was not the bare existence or absence of “any evidence” in some general sense, but rather whether that evidence was reasonably capable of supporting the inferences necessary to acquit the accused. Indeed, Spence J.’s explanation of his reasoning, at pp. 21-22, demonstrates the way courts have analysed evidence in determining whether the threshold evidential burden is met:

As I have said, it is the duty of this Court to come to a decision whether those circumstances amount to any evidence that a reasonable jury acting judicially could find a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control (s. 215(2)), and I am strongly of the view, with great respect to the opinion expressed by Martin J.A., that no jury acting judicially could come to such a conclusion. It must be remembered that on the evidence the respondent was, throughout the disgraceful incidents of the evening, a bad-tempered aggressor and that he seized on the slightest confrontation by Tremblay to again become the aggressor. If, during the fight which followed, and which I am of the opinion was a fight between two men fully consenting to the battle, he suffered a couple of kicks of indefinite violence, the provocation resulting therefrom could not possibly have caused a police officer to draw his gun and fire five shots at his assailant. To put it very shortly, I agree with the view of the learned counsel for the respondent at trial who, upon the basis of this evidence, decided that there was simply nothing on provocation which he could present to a jury and who, therefore, depended on the one available defence of drunkenness. There was much to be said in favour of that defence but very evidently the jury rejected it and that, of course, is not the subject of any review in this Court. [Emphasis added.]

It is impossible to read the above-quoted paragraph as limiting a judge to the examination of whether or not there is “any evidence” in a general sense. Clearly there was some evidence for the trial judge to consider. The question was whether that evidence,

L’on ne saurait vraisemblablement prétendre qu’il y avait clairement « absence de preuve » dans l’affaire *Squire*, précitée. Au contraire, il y avait une preuve que la Cour d’appel a jugée suffisante pour que le moyen de défense fondé sur la provocation soit soumis au jury. En d’autres termes, il existait une preuve susceptible d’étayer une interprétation différente de celle proposée par le juge Spence. Il s’agissait non pas simplement de savoir s’il existait ou non « une preuve » au sens général, mais plutôt de savoir si la preuve produite était raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour pouvoir acquitter l’accusé. En réalité, l’explication que le juge Spence donne au sujet de son raisonnement, aux p. 21-22, montre la manière dont les tribunaux analysent la preuve pour décider si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation préliminaire :

Comme je l’ai dit, c’est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)). Très respectueusement à l’égard de l’opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d’avis qu’aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en venir à une telle conclusion. Il faut se rappeler que, selon la preuve, l’intimé était, pendant tous les incidents honteux de cette soirée, un agresseur irascible et qu’il a saisi la moindre riposte de Tremblay pour redevenir l’agresseur. Si, pendant la lutte, qui, à mon avis, opposait deux hommes qui voulaient se battre, il a reçu deux coups de pied d’une violence indéterminée, la provocation en résultant ne pouvait certainement pas amener un agent de police à sortir son revolver et tirer cinq coups de feu sur son assaillant. En résumé, je suis d’accord avec le savant avocat de l’intimé en première instance qui, compte tenu de la preuve, a décidé qu’il n’avait rien à présenter au jury au sujet de la provocation et qui s’est donc prévalu de la seule défense possible, l’ivresse. Il y avait beaucoup à dire en faveur de cette défense, mais il est évident que le jury l’a rejetée et cette décision n’est pas susceptible d’examen par cette Cour. [Nous soulignons.]

On ne peut pas considérer que le paragraphe précité signifie que le juge du procès doit se contenter de déterminer s’il existe « quelque élément de preuve » au sens général. Il est évident qu’il y avait une preuve dont le juge du procès pouvait tenir

taken in its context, reasonably permitted the inference necessary to support the case.

65 We conclude that the pre-*Pappajohn* authorities support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question is whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question requires the trial judge to determine whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused.

(4) The Evidential Standard After *Pappajohn*

66 It is argued by Arbour J. that *Pappajohn* did not just introduce new terminology, but substantively altered the law by introducing a “sufficiency of the evidence” requirement, which is alleged to have been different from, and more onerous than the traditional “some evidence” requirement. The following passage from *Pappajohn*, *supra*, at p. 127, *per* McIntyre J., is cited as evidence of the break with the authorities:

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. [Emphasis added.]

It is argued that whereas the traditional rule required only that a judge ascertain whether there was some evidence (or, put negatively, no evidence), the new rule imposed the additional requirement that the

compte. La question était de savoir si, prise dans son contexte, cette preuve permettait raisonnablement de faire l’inférence requise pour pouvoir acquitter l’accusé.

Nous concluons que la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Pappajohn* appuie le recours à une question à deux volets pour décider si un moyen de défense a un fondement probant justifiant qu’il soit soumis à l’appréciation du jury. La question est de savoir s’il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi. Le deuxième volet de cette question exige que le juge du procès décide si la preuve produite est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour acquitter l’accusé.

(4) La norme de preuve applicable après l’arrêt *Pappajohn*

Selon madame le juge Arbour, l’arrêt *Pappajohn* a non seulement introduit une nouvelle terminologie, mais encore il a modifié sensiblement le droit en établissant l’exigence du « caractère suffisant de la preuve », qui serait différente de l’exigence traditionnelle de l’existence d’« une preuve », et plus lourde que celle-ci. Elle cite l’extrait suivant des motifs du juge McIntyre dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 127, en affirmant qu’il témoigne de la rupture avec la jurisprudence :

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu’on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l’innocence d’un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu’on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n’a pas à rechercher seulement s’il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l’accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l’exposé du moyen au jury. [Nous soulignons.]

Le juge Arbour affirme que, tandis que la règle traditionnelle exigeait seulement que le juge du procès vérifie s’il existait une preuve (ou, pour utiliser la forme négative, s’il y avait absence de preuve),

trial judge consider whether this evidence, if true, would be sufficient to warrant an acquittal.

We must respectfully disagree with this analysis. The air of reality test as formulated in *Pappajohn*, *supra*, rests squarely on the previous authorities. First, as discussed above, the evidential threshold requirement before *Pappajohn*, was that there be some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. The proposition that the test before *Pappajohn* was whether there is “some evidence” is correct only insofar as the expression “some evidence” is an ellipsis referring to the complete expression “some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could acquit”. There is no support in the pre-*Pappajohn* authorities for the proposition that the evidential threshold could be satisfied by pointing to some evidence on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably would be incapable of acquitting. That has never been the law.

We are equally unconvinced by the second component of the argument. McIntyre J. in *Pappajohn* plainly did not suggest that the air of reality test asks whether the evidence is sufficient to justify an acquittal. Rather, the inquiry was stated to be into whether there was evidence sufficient to warrant putting the issue of acquittal to the jury. The inquiry has always been about the sufficiency of the evidence in this narrow sense.

It is argued that asking whether “the evidence is sufficient” is precisely what *Parnerkar* had ruled out for the trial judge as being within the exclusive province of the jury. The argument relies on the following passage from *Parnerkar*, *supra*, at p. 454:

There is nothing, either expressed or necessarily implied, in the language of s. 203(3) to indicate an

la nouvelle règle l’oblige en outre à décider si la preuve produite serait suffisante pour justifier l’acquiescement, si elle était véridique.

En toute déférence, nous ne partageons pas ce point de vue. Le critère de la vraisemblance formulé dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, s’appuie carrément sur la jurisprudence antérieure. Premièrement, comme nous l’avons vu, la norme de preuve applicable avant l’arrêt *Pappajohn* était l’existence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquiescement. La proposition selon laquelle le critère applicable avant l’arrêt *Pappajohn* était de savoir s’il existait « une preuve » n’est juste que dans la mesure où « une preuve » est une expression elliptique signifiant « une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquiescement ». La jurisprudence antérieure à l’arrêt *Pappajohn* n’étaye pas l’affirmation selon laquelle il serait possible de respecter la norme de preuve en indiquant l’existence d’une preuve qui ne permettrait pas à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquiescement. Tel n’a jamais été le droit applicable.

Le deuxième volet de l’argument ne nous convainc pas non plus. Dans l’arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre n’a tout simplement pas laissé entendre que, pour appliquer le critère de la vraisemblance, il faut se demander si la preuve est suffisante pour justifier l’acquiescement. Selon lui, la question est plutôt de savoir si la preuve est suffisante pour que la question de l’acquiescement soit soumise au jury. L’examen a toujours porté sur le caractère suffisant de la preuve, dans ce sens strict.

Madame le juge Arbour dit que, dans l’arrêt *Parnerkar*, notre Cour a statué précisément que le juge du procès n’est pas tenu de déterminer si « la preuve est suffisante » puisque cela relève de la compétence exclusive du jury. Ce faisant, elle s’appuie sur l’extrait suivant de l’arrêt *Parnerkar*, précité, p. 454 :

Il n’y a rien, soit d’expres ou de nécessairement implicite, dans les termes de l’art. 203(3) qui manifeste une

67

68

69

intention of Parliament to modify the principle according to which the sufficiency of evidence, which is an issue only where there is some evidence, is a question of fact for the jury and the absence of evidence is a question of law for the trial judge. [Emphasis added.]

We respectfully conclude that this argument ascribes too much significance to the use of the terms “sufficient” and “sufficiency”, and in so doing misreads both *Parnerkar, supra*, and *Pappajohn, supra*.

70

The key point about “sufficiency” is rooted not in a legal text, but in ordinary language. The statement that “the evidence is sufficient” on its own is meaningless, in the same way that the statement “two dollars is sufficient” is meaningless. The question arises: sufficient for what purpose? Evidence, or anything else for that matter, is sufficient or insufficient in relation to a specific standard or criterion. In the criminal law, evidence is measured against two distinct standards, corresponding to two distinct issues. First, evidence can be sufficient or insufficient to meet the evidential burden imposed by the air of reality test. Second, evidence can be sufficient or insufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt or to warrant an acquittal. The first issue, which is the subject matter of the evidential burden (or “minor burden”) relating to defences, is reserved for the judge. The second issue, which is the subject matter of the persuasive burden (or “major burden” or “primary burden” or “legal burden”) is reserved for the jury.

71

Fauteux C.J.’s statement in *Parnerkar, supra*, that the sufficiency of the evidence is for the jury to decide clearly referred to the second issue, namely the question of whether the evidence was sufficient to warrant an acquittal. It seems to us that he could not have meant that the word “sufficient” should not be used to describe the evidential threshold applicable to whether a defence should be put to a jury. Indeed, the words “sufficient” and “sufficiency” have often been used, appropriately, to describe the evidential threshold. See for example *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 259. The following basic explanation of the concept of an evidential

intention de la part du législateur de modifier le principe selon lequel la suffisance de la preuve, question qui se pose seulement lorsqu’il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l’absence de preuve est une question de droit laissée au juge. [Nous soulignons.]

En toute déférence, nous concluons que cette affirmation accorde trop d’importance à l’emploi des termes « suffisant » et « caractère suffisant », de sorte qu’il s’agit d’une interprétation erronée des deux arrêts *Parnerkar* et *Pappajohn*, précités.

La clé du « caractère suffisant » se trouve non pas dans un texte juridique, mais dans le langage courant. En soi, l’affirmation que « la preuve est suffisante » ne signifie rien, pas plus que l’affirmation que « la somme de deux dollars est suffisante ». La question est de savoir : suffisante à quelle fin? Un élément de preuve ou quoi que ce soit d’autre est suffisant ou insuffisant par rapport à une norme ou à un critère en particulier. En droit criminel, la preuve est évaluée en fonction de deux normes distinctes correspondant à deux questions distinctes. Premièrement, une preuve peut être suffisante ou insuffisante pour satisfaire à la charge de présentation imposée par le critère de la vraisemblance. Deuxièmement, une preuve peut être suffisante ou insuffisante pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable ou pour justifier l’acquittal. La première question, qui est l’objet de la charge de présentation (ou « charge secondaire ») applicable à un moyen de défense, relève du juge du procès. La deuxième, qui est l’objet de la charge de persuasion (ou « charge principale », « charge primaire », « charge ultime »), relève du jury.

Dans l’arrêt *Parnerkar*, précité, l’affirmation du juge en chef Fauteux selon laquelle il appartient au jury de se prononcer sur le caractère suffisant de la preuve renvoyait clairement à la deuxième question, celle de savoir si la preuve était suffisante pour justifier l’acquittal. Selon nous, il n’a pu vouloir dire que le mot « suffisant » ne devait pas servir à décrire la norme de preuve applicable pour décider s’il y avait lieu de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. En fait, les mots « suffisant » et « caractère suffisant » ont souvent été employés à bon droit pour décrire la norme de preuve applicable. Voir, par exemple, l’arrêt *Perka c. La Reine*,

burden illustrates the use of the term “sufficient” in this context:

The obligation on a party to adduce sufficient evidence on a fact in issue to justify a finding on that fact in his favour, is referred to as ‘the evidential burden’. A party discharges an evidential burden borne by him by adducing sufficient evidence for the issue in question to be submitted to the jury (tribunal of fact). Whether there is sufficient evidence is a question of law for the judge.

(A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5th ed. 2000), at p. 37)

A further example is to be found in *Finta, supra*, at pp. 846-47, in which Cory J. gives a clear explanation of the idea of “sufficient evidence” in the context of the threshold test:

It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient to give rise to the defence as this is a question of law (*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881). There is thus a two-stage process to be followed. The trial judge must look at all the evidence to consider its sufficiency. Then, if the evidence meets the threshold, it should be put before the jury which will weigh it and decide whether it raises a reasonable doubt. See: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, at pp. 968-69; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276. This is all that is meant by the requirement of sufficient evidence. [Emphasis added.]

In writing that the judge must ascertain whether the evidence is sufficient to warrant putting it to a jury, McIntyre J. in *Pappajohn, supra*, did not introduce a new standard for the threshold evidential test. Indeed, he did not thereby introduce any standard. Rather, he indicated the standard in the next sentence, at p. 127, in which he cited *Wu, supra*, and then quoted from *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, and *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266:

The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen*.

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial judge from mentioning such argument must

[1984] 2 R.C.S. 232, p. 259. L’explication élémentaire suivante de la charge de présentation illustre l’utilisation du mot « suffisant » dans ce contexte :

[TRADUCTION] L’obligation d’une partie de produire, au sujet d’un fait en litige, une preuve suffisante pour justifier une conclusion qui lui soit favorable à ce sujet est appelée « charge de présentation ». Une partie s’acquitte de sa charge de présentation en offrant une preuve suffisante pour que la question litigieuse en cause soit soumise au jury (le juge des faits). La question de savoir s’il existe une preuve suffisante est une question de droit qui relève du juge.

(A. Keane, *The Modern Law of Evidence* (5^e éd. 2000), p. 37)

On trouve un autre exemple dans l’arrêt *Finta*, précité, p. 847, où le juge Cory explique clairement la notion de « preuve suffisante » dans le contexte du critère préliminaire :

Il appartient au juge du procès de décider si la preuve appuie le moyen de défense puisqu’il s’agit là d’une question de droit (*Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881). Pour ce faire, le juge du procès doit suivre deux étapes. Il doit d’abord examiner l’ensemble de la preuve pour déterminer si elle est suffisante. Dans l’affirmative, la preuve doit être présentée au jury, qui l’appréciera et décidera si elle suscite un doute raisonnable. Voir : *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, aux pp. 968 et 969; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. Voilà tout ce qu’implique l’exigence d’une preuve suffisante. [Nous soulignons.]

En écrivant, dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, que le juge du procès doit s’assurer que la preuve est suffisante pour pouvoir être soumise à l’appréciation du jury, le juge McIntyre n’a pas établi une nouvelle norme relativement à la charge de présentation préliminaire. En fait, il n’a établi aucune norme. Il a plutôt décrit la norme applicable dans la phrase suivante, à la p. 127, où il a mentionné l’arrêt *Wu*, précité, pour ensuite reproduire des extraits des arrêts *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, et *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266 :

Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l’arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l’omission du juge du procès de mentionner cet

72

73

be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak* where he said:

. . . I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen*, 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty. [Emphasis added.]

74

We have already considered *Wu*, *supra*, and the test set out in that case. The remaining question is whether by specifying that there must be some evidence apt to convey a sense of reality to the defence, and that there must be evidence which would convey a sense of reality to the defence, McIntyre J. was imposing an additional requirement, in excess of the traditional requirement set out in *Wu*, *supra*. In *Pappajohn*, *supra*, at p. 128, McIntyre J. set out just what was required to sustain the “sense of reality”, to move “beyond fantasy”:

In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. [Emphasis added.]

This is precisely the test stated in *Wu*, *supra*, and the other authorities considered above. The statement of the test in *Pappajohn*, *supra*, can hardly be regarded as heralding a break from the authorities. Rather, the adoption of the phrase “air of reality” served to emphasize what had already long been established: the question is not whether there is some evidence, but whether there is some evidence reasonably capable of supporting an acquittal.

argument, il faut qu’il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l’argument et le grief.

De plus, je renvoie à ce qu’a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l’arrêt *R. c. Workman et Huculak* :

[TRADUCTION] . . . je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu’on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l’auteur de l’infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l’argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l’avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n’en est pas pour autant déchargé de l’obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l’existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination. [Nous soulignons.]

Nous avons déjà examiné l’arrêt *Wu*, précité, et le critère qui y est énoncé. Il reste à déterminer si, en précisant qu’il doit y avoir une preuve qui puisse rendre vraisemblable le moyen de défense et qu’il doit y avoir une preuve qui rendrait vraisemblable le moyen de défense, le juge McIntyre a établi une autre exigence que l’exigence traditionnelle énoncée dans l’arrêt *Wu*, précité. Dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 128, il a précisé ce qui était nécessaire pour établir la « vraisemblance », pour aller au-delà de la « simple imagination » :

En l’espèce, pour qu’il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l’existence d’une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. [Nous soulignons.]

Il s’agit exactement du critère dégagé dans l’arrêt *Wu*, précité, et les autres arrêts examinés précédemment. On ne saurait guère considérer que le critère formulé dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, laissait présager une rupture avec la jurisprudence. Au contraire, l’adoption du terme « vraisemblance » visait à mettre l’accent sur ce qui était déjà établi depuis longtemps : la question n’est pas de savoir s’il existe une preuve, mais plutôt s’il existe une preuve raisonnablement susceptible d’étayer un verdict d’acquiescement.

In *Pappajohn, supra*, McIntyre J. explained his conclusion that the defence of mistaken but honest belief in consent lacked an air of reality, at p. 132:

In reaching this conclusion, I am not unmindful of the evidence of surrounding circumstances which were said to support the appellant's contention. I refer to the absence of serious injury suffered by the complainant and the absence of damage to clothing, as well as to the long period of time during which the parties remained in the bedroom. These matters may indeed be cogent on the issue of actual consent but, in my view, they cannot by themselves advance a suggestion of a mistaken belief. [Emphasis added.]

McIntyre J.'s reasoning was that the evidence put forward could not serve as the basis for the inferences required by the defence. The evidence was incapable of "advancing" the conclusions that would have been necessary for the defence to succeed. Just as in *Squire, supra*, the issue was not whether there was "some evidence" in a general sense, but whether there was some evidence upon which a jury could reasonably have based an acquittal. This is precisely what a trial judge is called upon to decide, following the authorities.

McIntyre J. wrote for the majority in *Pappajohn*. Martland J. wrote concurring reasons, in which he did not disagree with McIntyre J.'s description of the test. But the reasons of Dickson J., as he then was, dissenting, are especially helpful in understanding the view of the Court concerning the approach to determining whether a defence merits being put to the jury. It is apparent that Dickson J., for himself and Estey J., affirmed precisely the same approach to air of reality as McIntyre J. had. Dickson J. wrote, at p. 158:

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226.

Evidently, the above-quoted sentence cannot be understood as saying that the presence of "some

Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, p. 132, le juge McIntyre a expliqué sa conclusion que le moyen de défense fondé sur la croyance erronée mais sincère au consentement n'était pas vraisemblable :

En venant à cette conclusion, je n'oublie pas la preuve des circonstances de l'affaire qui, a-t-on dit, appuient la prétention de l'appelant. Je parle de l'absence de blessures graves subies par la plaignante et de l'absence de dommages à ses vêtements, de même que de la longue période pendant laquelle les parties sont restées dans la chambre à coucher. Il se peut bien que ces points soient pertinents à la question du consentement véritable, mais, à mon avis, ils ne peuvent en soi appuyer la prétention qu'il y a eu croyance erronée. [Nous soulignons.]

Selon le raisonnement du juge McIntyre, la preuve offerte ne pouvait étayer les inférences requises par le moyen de défense. La preuve n'était pas susceptible d'« appuyer » les conclusions qui auraient dû être tirées pour que le moyen de défense soit retenu. Tout comme dans l'arrêt *Squire*, précité, la question était de savoir non pas s'il existait « une preuve » au sens général, mais plutôt s'il y avait une preuve qui aurait permis à un jury agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement. Tel est précisément ce que le juge du procès est appelé à décider, suivant la jurisprudence.

Dans l'arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre a rédigé les motifs majoritaires. Le juge Martland a rédigé des motifs concordants dans lesquels il n'a pas exprimé le désaccord avec la description du critère donnée par le juge McIntyre. Toutefois, les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, sont particulièrement utiles pour comprendre l'approche qui, selon notre Cour, doit être adoptée pour déterminer si un moyen de défense mérite d'être soumis à l'appréciation du jury. Il appert que le juge Dickson, qui s'exprimait également au nom du juge Estey, a préconisé exactement la même approche que le juge McIntyre relativement au critère de la vraisemblance. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 158 :

S'il y avait une « certaine » preuve « tendant à rendre vraisemblable » un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226.

Il est évident qu'on ne peut pas considérer que la phrase précitée signifie que l'existence d'une

evidence” will in itself give an air of reality to a defence. Rather, the plain meaning is that some evidence that is capable of giving an air of reality to the defence is required. Dickson J. then went on to state how that determination ought to be made:

As stated in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, at p. 890:

The question of whether there is sufficient evidence to go to the jury, *i.e.* any evidence upon which a jury, properly instructed, could find the appellants guilty . . . is a question of law, which can found an appeal to this Court under s. 618(1)(a). [Emphasis added.]

Just as McIntyre J. had done, Dickson J. first stated the question to be whether there was some evidence that could give the defence a “sense of reality”, and then specified that the answer to this question would depend on whether a properly instructed jury could base the required inferences on the evidence. The standard applied by Dickson J. was the same as that put forth by McIntyre J., and the same as that in *Wu*: is there evidence upon which a properly instructed jury could acquit?

77

While Dickson J. agreed with McIntyre J. about the applicable test, he came to a different conclusion on its application to the facts of that case. Once again, it is instructive to consider Dickson J.’s reasoning. He wrote in *Pappajohn*, *supra*, at p. 163:

There is circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent: (1) Her necklace and car keys were found in the living room. (2) She confirmed his testimony that her blouse was neatly hung in the clothes closet. (3) Other items of folded clothing were found at the foot of the bed. (4) None of her clothes were damaged in the slightest way. (5) She was in the house for a number of hours. (6) By her version, when she entered the house the appellant said he was going to break her. She made no attempt to leave. (7) She did not leave while he undressed. (8) There was no evidence of struggle, and

« certaine preuve » suffit pour que le moyen de défense soit vraisemblable. Au contraire, elle signifie manifestement que ce qui est exigé est l’existence d’une preuve susceptible de rendre vraisemblable le moyen de défense invoqué. Le juge Dickson a ensuite précisé la démarche à adopter pour se prononcer à ce sujet :

Comme il a été dit dans l’arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, à la p. 890 :

La question de savoir si la preuve est suffisante pour qu’on la soumette au jury, c’est-à-dire s’il existe quelque preuve qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer les appelants coupables [. . .] est une question de droit qui peut faire l’objet d’un pourvoi devant cette Cour en vertu de l’al. 618(1)a). [Nous soulignons.]

À l’instar du juge McIntyre, le juge Dickson a commencé par affirmer que la question était de savoir s’il y avait une preuve susceptible de rendre vraisemblable le moyen de défense, puis il a précisé que, pour répondre à cette question, il fallait déterminer si cette preuve permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de faire les inférences requises. La norme appliquée par le juge Dickson était la même que celle énoncée par le juge McIntyre et que celle retenue dans l’arrêt *Wu* : existait-il une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement?

Quoiqu’ils aient été d’accord au sujet du critère applicable, les juges Dickson et McIntyre sont arrivés à une conclusion différente en ce qui concerne son application aux faits de cette affaire. Là encore, il est intéressant d’examiner le raisonnement du juge Dickson. Voici ce qu’il écrit dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 163 :

Il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement : (1) Le collier et les clés de sa voiture ont été découverts au salon. (2) Elle a confirmé le témoignage de l’appelant que le chemisier a été soigneusement suspendu dans le placard à vêtements. (3) D’autres vêtements pliés ont été trouvés au pied du lit. (4) Aucun de ses vêtements n’a été le moins endommagé. (5) Elle est restée dans la maison plusieurs heures. (6) Selon sa version, lorsqu’elle est entrée dans la maison, l’appelant a dit qu’il allait la briser. Elle n’a pas tenté de s’en aller. (7) Elle n’est pas partie pendant qu’il

(9) She suffered no physical injuries, aside from three scratches. [Emphasis added.]

Dickson J. did not just point to “some evidence” in some abstract sense, but to evidence that he considered to be supportive of the inferences required for the defence to succeed. His disagreement with the majority turned upon his view that the evidence on the record was evidence upon which a reasonable jury could acquit. The crucial point for present purposes is that, while Dickson J. dissented on the application of the test to the facts, the whole Court in *Pappajohn* was agreed as to the correct approach for determining whether a defence has an air of reality.

It is true that *Pappajohn* attracted criticism. But for the most part, that criticism was directed at the corroboration requirement that had been introduced in that case. In our view, the corroboration requirement was never thought to be a core principle of the air of reality test itself. Rather, the corroboration requirement was initially seen as the practical consequence of applying the traditional air of reality principles to the defence of mistaken but honest belief in consent to sex. Subsequent cases of this Court on air of reality have made it clear that there is no corroboration requirement. See *Osolin, supra*; *Park, supra*; *Davis, supra*. Therefore, criticism of *Pappajohn* that objected to the corroboration requirement, or that objected to the air of reality test on the basis of the corroboration requirement, must be regarded as having lost its relevance to the assessment of the air of reality test.

In *Brisson, supra*, decided shortly after *Pappajohn*, the key issue was whether there was sufficient evidence to leave the defence of self-defence with the jury. Though *Pappajohn, supra*, had been about sexual assault, there was no suggestion that the air of reality test was for that reason inapplicable, or was required to be applied differently, to the defence of self-defence. In *Brisson*,

se déshabillait. (8) Il n’y a aucune preuve d’un combat, et (9) elle n’a subi aucune blessure, sauf trois égratignures. [Nous soulignons.]

Le juge Dickson n’a pas seulement parlé d’« une preuve » au sens abstrait. Il a parlé d’une preuve qui, selon lui, appuyait les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. Son désaccord avec les juges majoritaires tenait à ce que, selon lui, la preuve versée au dossier était une preuve qui permettrait à un jury raisonnable de prononcer l’acquittement. Ce qui est crucial en l’espèce c’est que, bien que le juge Dickson ait été dissident en ce qui concernait l’application du critère aux faits en cause, la Cour, dans l’arrêt *Pappajohn*, était unanime quant à l’approche qui devait être adoptée pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable.

Il est vrai que l’arrêt *Pappajohn* a donné prise à la critique. Cependant, c’est l’exigence de corroboration établie dans cet arrêt qui a été critiquée la plupart du temps. À notre avis, cette exigence de corroboration n’a jamais été considérée comme un élément fondamental du critère même de la vraisemblance. Au contraire, elle a plutôt été perçue, au départ, comme la conséquence concrète de l’application des principes traditionnels de la vraisemblance au moyen de défense fondée sur la croyance erronée mais sincère au consentement à des rapports sexuels. Dans des arrêts subséquents qu’elle a rendus en matière de vraisemblance, notre Cour a établi clairement qu’il n’y a aucune exigence de corroboration. Voir les arrêts *Osolin, Park* et *Davis*, précités. Force est donc de conclure que les critiques dont l’arrêt *Pappajohn* a fait l’objet en ce qui concerne l’exigence de corroboration — ou le critère de la vraisemblance à cause de l’exigence de corroboration — ne sont plus pertinentes pour évaluer le critère de la vraisemblance.

Dans l’arrêt *Brisson*, précité, rendu peu après l’arrêt *Pappajohn*, il s’agissait principalement de savoir si la preuve était suffisante pour que le moyen fondé sur la légitime défense puisse être soumis au jury. Même si, dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, il était question d’agression sexuelle, notre Cour n’a pas laissé entendre que le critère de la vraisemblance était inapplicable de ce fait ou qu’il devait

78

79

supra, McIntyre J. stated for the majority, at p. 235:

A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. [Emphasis added.]

He then quoted from *Kelsey, supra*, and cited *Wu, supra*, and the other authorities cited in *Pappajohn, supra*, in order to flesh out the substantive criterion for determining whether a defence has an air of reality. In other words, McIntyre J. once again applied the test as traditionally formulated, but couched the analysis in the new air of reality language. After considering the evidence, McIntyre J. concluded that there was no air of reality to the defences claimed by the accused.

80

The concurring reasons of Laskin C.J., writing for himself and Ritchie J., help to shed further light on the approach of the Court to determining whether a defence rests upon an evidential foundation sufficient to leave it with a jury. Laskin C.J. stated, at pp. 234-35, that while he had initially thought there was sufficient evidence to warrant putting the defences of self-defence and provocation, he had subsequently changed his mind, having been persuaded by McIntyre J.'s analysis of the evidence. The approach set out by McIntyre J. in *Pappajohn, supra*, and affirmed in *Brisson, supra*, was subsequently followed in other cases of this Court. See for example *Bulmer, supra*; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918.

81

Any doubt as to the correct evidential standard must be taken to have been dispelled by the clear statement of the air of reality test by Cory J. in *Osolin, supra*. That case made it clear that the question to be asked by the trial judge in applying the air of reality test is whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it accepted the evidence as true; see *Osolin, supra, per Cory J.*, at p. 682. This statement

s'appliquer différemment à la légitime défense. Dans l'arrêt *Brisson*, précité, p. 235, le juge McIntyre a dit ce qui suit, au nom des juges majoritaires :

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. [Nous soulignons.]

Il a ensuite cité les arrêts *Kelsey* et *Wu*, précités, ainsi que les autres décisions mentionnées dans l'arrêt *Pappajohn*, afin d'expliquer le critère fondamental applicable pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable. En d'autres termes, le juge McIntyre a, là encore, appliqué le critère traditionnel, mais il l'a fait en employant la nouvelle terminologie de la vraisemblance. Après avoir examiné la preuve, le juge McIntyre a conclu que les moyens de défense invoqués par l'accusé n'étaient pas vraisemblables.

Les motifs concordants que le juge en chef Laskin a rédigés en son propre nom et en celui du juge Ritchie ont permis de clarifier davantage l'approche préconisée par notre Cour pour décider si un moyen de défense a un fondement probant suffisant pour pouvoir être soumis au jury. Le juge en chef Laskin a dit, aux p. 234-235 que, même si, au départ, il avait cru que la preuve était suffisante pour que les moyens de défense fondés sur la légitime défense et la provocation puissent être soumis au jury, l'analyse de la preuve effectuée par le juge McIntyre l'avait par la suite convaincu du contraire. L'approche énoncée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, puis confirmée dans l'arrêt *Brisson*, précité, a été suivie ultérieurement par notre Cour, notamment dans les arrêts *Bulmer*, précité, et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918.

On doit considérer que l'énoncé clair du critère de la vraisemblance que le juge Cory a fait dans l'arrêt *Osolin*, précité, a dissipé tout doute qui pouvait exister au sujet de la norme de preuve applicable. Cet arrêt a établi clairement qu'en appliquant le critère de la vraisemblance le juge du procès doit se demander s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement,

of the test was subsequently affirmed by this Court in numerous cases, covering a wide range of defences. See *Finta*, *supra*, per Cory J., at pp. 846-47, in the context of a defence of mistake of fact and obedience to superior orders to charges of war crimes and crimes against humanity; *Park*, *supra*, at paras. 30-31, in the context of sexual assault; *Thibert*, *supra*, per Cory J., at para. 7, in the context of provocation; *Robinson*, *supra*, at para. 71, per Lamer C.J., in the context of an intoxication defence; *Latimer*, *supra*, at para. 35, in the context of a defence of necessity. In *Lemky*, *supra*, which concerned the defence of intoxication, McLachlin J. (as she then was) stated the test in terms of whether the evidence was reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed, at para. 15. This formulation is entirely consistent with *Wu*, *supra*, *Parnerkar*, *supra*, *Squire*, *supra*, and *Osolin*, *supra*.

We conclude that the authorities after *Pappajohn* continue to support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question remains whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

(5) “Some Evidence”, “No Evidence”, “Sufficiency of the Evidence”: A Restatement

There is nothing inherently objectionable about using the “no evidence”, “some evidence” or “any evidence” terminology when describing the

s’il y ajoutait foi; voir l’arrêt *Osolin*, précité, p. 682, le juge Cory. Par la suite, notre Cour a confirmé cet énoncé du critère dans de nombreux arrêts et relativement à une vaste gamme de moyens de défense. Voir l’arrêt *Finta*, précité, p. 846-847, le juge Cory, où les moyens de défense fondés sur l’erreur de fait et l’obéissance aux ordres d’un supérieur étaient invoqués face à des accusations de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité; l’arrêt *Park*, précité, par. 30-31, où il était question d’une agression sexuelle; l’arrêt *Thibert*, précité, par. 7, le juge Cory, où il était question de provocation; l’arrêt *Robinson*, précité, par. 71, le juge en chef Lamer, où l’intoxication était invoquée comme moyen de défense; l’arrêt *Latimer*, précité, par. 35, où la nécessité était invoquée comme moyen de défense. Dans l’arrêt *Lemky*, précité, où il était question de moyen de défense fondé sur l’intoxication, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a formulé le critère de la manière suivante au par. 15 : la preuve est-elle raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu? Cette formulation est tout à fait compatible avec les arrêts *Wu*, *Parnerkar*, *Squire* et *Osolin*, précités.

Nous concluons que la jurisprudence subséquente à l’arrêt *Pappajohn* continue d’appuyer le recours à une question à deux volets pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l’appréciation d’un jury : existe-t-il (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi? Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour acquitter l’accusé? Tel est l’état actuel du droit, qui s’applique uniformément à tous les moyens de défense.

(5) Mise au point concernant les expressions « une preuve », « absence de preuve » et « caractère suffisant de la preuve »

Il n’est pas répréhensible en soi d’employer les expressions « absence de preuve », « une preuve » ou « quelque élément de preuve » pour décrire la

evidential standard applicable to the air of reality test, provided that these terms are understood as elliptical references to the full question, which is whether there is evidence (some evidence, any evidence) on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal if it believed the evidence to be true. The corollary of this point is that it is an error of law to use the terms “some evidence”, “no evidence” and “any evidence” to refer to a question other than the full question stated above. See *Osolin, supra*, at pp. 678-79; *Park, supra*, at para. 37. This approach was affirmed for directed verdicts of acquittal and committal for trial following a preliminary inquiry in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at para. 25, per McLachlin C.J. for the Court. There is no authority for a threshold that could be satisfied by pointing to evidence that is incapable of reasonably supporting the inferences necessary to acquit an accused. Before putting a defence to a jury, it is the trial judge’s duty to ask not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence that is reasonably capable of supporting an acquittal. This requires an assessment of whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed.

(6) Determining the Range of Reasonable Inferences

84

The whole edifice of air of reality analysis is built upon the premise that putting outlandish defences to the jury would be confusing and would invite unreasonable verdicts. This is the practical basis for the trial judge’s duty to keep from the jury defences that are fanciful or far-fetched in relation to the evidence adduced at trial. As L’Heureux-Dubé J. stated for the Court in *Park, supra*, at para. 11:

The common law has long recognized that a trial judge need not put to the jury defences for which there

norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance, pourvu que ces expressions soient considérées comme des tournures elliptiques qui renvoient à la question intégrale, savoir s’il existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittal, s’il y ajoutait foi. À l’inverse, il est erroné en droit d’utiliser les expressions « une preuve », « absence de preuve » et « quelque élément de preuve » pour renvoyer à une autre question que cette question intégrale. Voir les arrêts *Osolin*, précité, p. 678-679, et *Park*, précité, par. 37. Dans l’arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 25, le juge en chef McLachlin a confirmé, au nom de la Cour, que cette approche doit être adoptée en matière de verdicts imposés d’acquittal et de renvois à procès à l’issue d’une enquête préliminaire. La jurisprudence n’appuie pas l’existence d’une norme à laquelle on pourrait satisfaire en indiquant l’existence d’une preuve non susceptible d’étayer raisonnablement les inférences requises pour acquitter l’accusé. Pour pouvoir soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury, le juge du procès ne doit pas seulement se demander s’il existe une preuve au sens général; il doit vérifier s’il existe une preuve raisonnablement susceptible d’étayer un verdict d’acquittal, ce qui l’oblige à se demander si la preuve produite est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu.

(6) Détermination de la gamme d’inférences raisonnables

Toute l’analyse de la vraisemblance repose sur la prémisse que soumettre aux jurés des moyens de défense farfelus sèmerait la confusion dans leur esprit et donnerait lieu à des verdicts déraisonnables. C’est la raison concrète pour laquelle le juge du procès doit soustraire à l’appréciation du jury les moyens de défense qui, d’après la preuve présentée au procès, sont farfelus ou tirés par les cheveux. Comme l’a dit madame le juge L’Heureux-Dubé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Park*, précité, par. 11 :

La common law reconnaît depuis longtemps qu’un juge du procès n’est pas tenu de soumettre à l’appré-

is no real factual basis or evidentiary foundation. Courts must filter out irrelevant or specious defences, since their primary effect would not be to advance the quest for truth in the trial, but rather to confuse finders of fact and divert their attention from factual determinations that are pertinent to the issue of innocence or guilt.

The role of the jury is of paramount importance in the common law tradition. It is in keeping with the solemnity of the jury's task that frivolous questions are not put to it. Inviting the jury to solemnly consider that which is plainly unworthy of solemn consideration would in effect be to mislead the jury. The jury must not be diverted from the real issues in a case by defences that the evidence cannot reasonably support.

We do not agree that the more outlandish a defence, the less likely a jury is to be deceived by it. At bottom, this is not really an argument for a particular evidential standard, but an argument against having an air of reality test in the first place. In our view, the long-standing concern with ensuring that specious defences are kept from the jury is well founded, and reflects the practical wisdom of the common law.

The approach to be followed by a trial judge in ensuring that only defences arising on the facts are put to the jury is well established. The question is whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it accepted it as true. We have seen that this question requires the trial judge to consider whether the inferences required to be established for the defence to succeed can reasonably be supported by the evidence. Where evidence does not permit a reasonable inference raising a reasonable doubt on the basis of the defence, the defence must be kept from the jury. This duty of the trial judge is at the very heart of the air of reality analysis.

ciation du jury des moyens de défense qui n'ont aucun fondement réel factuel ou probant. Il incombe aux tribunaux d'écarter tout moyen de défense non pertinent ou spécieux, puisqu'il aurait principalement pour effet non pas d'aider à découvrir la vérité lors du procès, mais bien de semer la confusion dans l'esprit du juge des faits et de détourner son attention de la détermination des faits pertinents quant à l'innocence ou à la culpabilité.

Le jury joue un rôle crucial dans la tradition de common law. Le caractère solennel de la tâche qui lui incombe commande qu'il ne soit pas saisi de questions frivoles. Ce serait l'induire en erreur que de l'inviter à examiner solennellement ce qui n'est manifestement pas digne d'être examiné solennellement. L'attention du jury ne doit pas être détournée des véritables enjeux d'une affaire par un moyen de défense que la preuve ne peut pas raisonnablement étayer.

Nous ne partageons pas le point de vue selon lequel plus un moyen de défense est farfelu, moins il est susceptible d'induire le jury en erreur. Au fond, il ne s'agit pas vraiment d'un argument en faveur d'une norme de preuve particulière; il s'agit plutôt d'un argument qui milite contre l'existence d'un critère de la vraisemblance au départ. À notre avis, le souci de longue date d'éviter que des moyens de défense spécieux soient soumis au jury est bien fondé et traduit la sagesse pratique de la common law.

L'approche que doit adopter le juge du procès pour veiller à ce que seuls les moyens de défense qui ressortent des faits soient soumis au jury est bien établie. La question est de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement, s'il y ajoutait foi. Comme nous l'avons vu, le juge du procès doit alors se demander si la preuve peut raisonnablement permettre de faire les inférences requises pour que le moyen de défense soit retenu. Lorsque la preuve ne permet pas de faire une inférence raisonnable susceptible de susciter un doute raisonnable fondé sur le moyen de défense invoqué, ce moyen de défense doit être soustrait à l'appréciation du jury. Cette obligation du juge du procès est au cœur même de l'analyse de la vraisemblance.

85

86

- 87 The trial judge must review the evidence and determine whether, if believed, it could permit a properly instructed jury acting reasonably to acquit. It follows that the trial judge cannot consider issues of credibility. Further, the trial judge must not weigh evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences.
- 88 If there is direct evidence as to every element of the defence, whether or not it is adduced by the accused, the trial judge must put the defence to the jury. By definition, the only conclusion that needs to be reached in such a case is whether the evidence is true: see *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2001), at § 8.0: “[d]irect evidence is evidence which, if believed, resolves a matter in issue”; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), at p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 39, citing *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850), at p. 310 (direct evidence is witness testimony as to “the precise fact which is the subject of the issue on trial”). It is for the jury to say whether and how far the evidence is to be believed. However, the mere assertion by the accused of the elements of a defence does not constitute direct evidence, and will not be sufficient to put the defence before a jury. See *Park*, *supra*; *Davis*, *supra*.
- 89 The judge’s task is somewhat more complicated where the record does not disclose direct evidence as to every element of the defence, or where the defence includes an element that cannot be established by direct evidence, as for example where a defence has an objective reasonableness component. In each of these cases, the question becomes whether the remaining elements of the defence — that is, those elements of the defence that cannot be established by direct evidence — may reasonably be inferred from the circumstantial evidence. Circumstantial evidence is “evidence that tends to prove a factual matter by proving other events or circumstances from which the occurrence of the matter at issue can be reasonably inferred”
- Le juge du procès doit examiner la preuve et décider si elle permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi. Le juge ne peut donc pas examiner des questions de crédibilité. En outre, il doit s’abstenir d’apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises.
- S’il existe une preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense, peu importe qu’elle ait été produite ou non par l’accusé, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury. Par définition, la seule question qui se pose, le cas échéant, est de savoir si la preuve est véridique : voir *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2001), § 8.0 : [TRADUCTION] « [u]ne preuve directe est une preuve qui, si l’on y ajoute foi, règle la question en litige »; *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), p. 641; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 39, citant *Commonwealth c. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850), p. 310 (la preuve directe s’entend d’un témoignage sur [TRADUCTION] « le fait précis qui est l’objet du litige »). Il appartient au jury de dire si la preuve est crédible et jusqu’à quel point. Cependant, la simple affirmation que les éléments d’un moyen de défense existent ne constitue pas une preuve directe et n’est pas suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury. Voir les arrêts *Park* et *Davis*, précités.
- La tâche du juge devient un peu plus compliquée lorsque le dossier ne renferme aucune preuve directe concernant chacun des éléments du moyen de défense invoqué, ou que l’un de ces éléments ne peut pas être établi au moyen d’une preuve directe — par exemple, lorsque le moyen de défense en cause comporte un élément objectif de caractère raisonnable. Dans chacun de ces cas, il s’agit alors de savoir si les autres éléments du moyen de défense, savoir ceux qui ne peuvent pas être établis au moyen d’une preuve directe, peuvent raisonnablement être inférés de la preuve circonstancielle, c’est-à-dire la [TRADUCTION] « preuve qui tend à prouver un fait en établissant l’existence d’autres faits ou circonstances dont le fait en cause peut raisonnablement être

(*Merriam-Webster's Dictionary of Law* (1996), at p. 172).

The approach to be followed by the judge in determining whether the evidence put forth in a case is reasonably capable of supporting the requisite inferences was discussed in *Arcuri, supra*. In that case, the Court clarified the principles governing a preliminary inquiry judge's assessment of the evidence in determining whether "there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (para. 21). That question is essentially the same as the question applicable to air of reality analysis. Moreover, the same prohibition against assessing credibility, weighing evidence, making findings of fact and drawing factual inferences applies to both air of reality and preliminary inquiries. McLachlin C.J., for the Court, coined the term "limited weighing" to characterize the nature of the inquiry traditionally undertaken by the trial judge, at para. 23:

Answering this question inevitably requires the judge to engage in a limited weighing of the evidence because, with circumstantial evidence, there is, by definition, an inferential gap between the evidence and the matter to be established — that is, an inferential gap beyond the question of whether the evidence should be believed: . . . (circumstantial evidence is "any item of evidence, testimonial or real, other than the testimony of an eyewitness to a material fact. It is any fact from the existence of which the trier of fact may infer the existence of a fact in issue"); . . . ("[c]ircumstantial evidence . . . may be testimonial, but even if the circumstances depicted are accepted as true, additional reasoning is required to reach the desired conclusion"). The judge must therefore weigh the evidence, in the sense of assessing whether it is reasonably capable of supporting the inferences that the [accused would ask] the jury to draw. This weighing, however, is limited. The judge does not ask whether she herself would conclude that the accused is guilty. Nor does the judge draw factual inferences or assess credibility. The judge asks only whether the evidence, if believed, could reasonably support an inference of guilt. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

inféré » (*Merriam-Webster's Dictionary of Law* (1996), p. 172).

Dans l'arrêt *Arcuri*, précité, notre Cour a analysé l'approche que le juge du procès doit adopter pour décider si la preuve offerte est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises. Dans cette affaire, notre Cour a clarifié les principes régissant l'évaluation que le juge président l'enquête préliminaire doit faire de la preuve pour décider s'il existe des « éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (par. 21). Cette question est essentiellement la même que celle qui s'applique à l'analyse de la vraisemblance. De plus, le juge du procès doit s'abstenir, dans les deux cas, d'évaluer la crédibilité, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait et de faire des inférences de fait. S'exprimant au nom de notre Cour, au par. 23, le juge en chef McLachlin a créé l'expression « évaluation limitée » pour qualifier l'examen traditionnel qu'entreprend le juge du procès :

Pour répondre à cette question, le juge doit nécessairement procéder à une évaluation limitée de la preuve, car la preuve circonstancielle est, par définition, caractérisée par un écart inférentiel entre la preuve et les faits à être démontrés — c'est-à-dire un écart inférentiel qui va au-delà de la question de savoir si la preuve est digne de foi : [. . .] (la preuve circonstancielle s'entend de [TRADUCTION] « tout élément de preuve, qu'il soit de nature testimoniale ou matérielle, autre que le témoignage d'un témoin oculaire d'un fait important. Il s'agit de tout fait dont l'existence peut permettre au juge des faits d'inférer l'existence d'un fait en cause »); [. . .] ([TRADUCTION] « la preuve circonstancielle [. . .] peut être de nature testimoniale, mais même si les circonstances décrites sont tenues pour vraies, il faut que le raisonnement soit plus poussé afin qu'il puisse mener à la conclusion souhaitée »). Par conséquent, le juge doit évaluer la preuve, en ce sens qu'il doit déterminer si celle-ci est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences que [l'accusé] veut que le jury fasse. Cette évaluation est cependant limitée. Le juge ne se demande pas si, personnellement, il aurait conclu à la culpabilité de l'accusé. De même, le juge ne tire aucune inférence de fait, pas plus qu'il apprécie la crédibilité. Le juge se demande uniquement si la preuve, si elle était crue, peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

91 The expression “limited weighing”, adopted by the full Court in *Arcuri*, was intended as a more accurate description of the judge’s traditional function. The “limited weighing” description accords just as well with the approach to air of reality as originally set out in *Wu, supra*, and followed to this day. In *Arcuri*, McLachlin C.J. quoted at para. 24 from *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), to emphasize the consonance of the limited weighing approach with the traditional distinction between the respective tasks of the judge and jury:

The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which [the matter in issue] may be reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts . . . [the matter in issue] ought to be inferred. [Emphasis added.]

This distinction is crucial. The judge does not draw determinate factual inferences, but rather comes to a conclusion about the field of factual inferences that could reasonably be drawn from the evidence.

C. *Application to Self-Defence Under Section 34(2)*

92 This brings us to the application of the air of reality test to the facts of this case. The question to be asked is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true.

93 In *Pétel, supra*, at p. 12, Lamer C.J. stated the three constitutive elements of self-defence under s. 34(2): “(1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary”. All three of these elements must be established in order for the defence to succeed. The air of reality test must therefore be applied to each of the three elements. If any of these elements lacks an air of reality, the defence should

L’expression « évaluation limitée », adoptée à l’unanimité par notre Cour dans *Arcuri*, visait à décrire de façon plus précise la fonction traditionnelle du juge. Cette expression s’accorde également avec l’approche en matière de vraisemblance qui a été établie, au départ, dans l’arrêt *Wu*, précité, et qui a été suivie jusqu’à ce jour. Dans l’arrêt *Arcuri*, le juge en chef McLachlin a cité, au par. 24, un extrait de l’arrêt *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), pour souligner que la méthode de l’évaluation limitée s’harmonise avec le partage traditionnel des tâches entre le juge et le jury :

[TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d’autres. Le juge doit d’abord décider si l’on peut raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à [ce dont il est question]; les jurés doivent pour leur part décider si l’on doit conclure, au vu de la preuve, à [. . .] [ce dont il est question]. [Nous soulignons.]

La distinction est cruciale. Le juge ne fait pas d’inférences de fait précises, mais il arrive plutôt à une conclusion concernant les inférences de fait qui pourraient raisonnablement être faites au vu de la preuve.

C. *Application à la légitime défense prévue au par. 34(2)*

Cela nous amène à l’application du critère de la vraisemblance aux faits de la présente affaire. Il faut se demander si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il estimait qu’elle est véridique.

Dans l’arrêt *Pétel*, précité, p. 12, le juge en chef Lamer a énoncé les trois éléments constitutifs de la légitime défense prévue au par. 34(2) : « (1) l’existence d’une attaque illégale; (2) l’appréhension raisonnable d’un danger de mort ou de lésions corporelles graves, et (3) la croyance raisonnable qu’on ne peut s’en sortir autrement qu’en tuant l’adversaire ». Pour que le moyen de défense soit retenu, l’existence de ces trois éléments doit être établie. Le critère de la vraisemblance doit donc s’appliquer à chacun d’eux. Si l’un ou l’autre de ces

not be put to the jury. See *Hebert, supra*; *Latimer, supra*.

Each of the three elements under s. 34(2) has both a subjective and an objective component. The accused's perception of the situation is the "subjective" part of the test. However, the accused's belief must also be reasonable on the basis of the situation he perceives. This is the objective part of the test. Section 34(2) makes the reasonableness requirement explicit in relation to the second and third conditions. *Pétel* held that the same standard applies to the first component of the defence, namely, the existence of an assault. With respect to each of the three elements, the approach is first to inquire about the subjective perceptions of the accused, and then to ask whether those perceptions were objectively reasonable in the circumstances.

The air of reality analysis must be applied to each component of the defence, both subjective and objective. Evidence capable of supporting a particular finding of fact with respect to one component of the defence will not necessarily be capable of supporting other components of the defence. In the case of a defence of self-defence under s. 34(2), the testimony of the accused as to his perceptions does not necessarily constitute evidence reasonably capable of supporting the conclusion that the perception was reasonable.

The difficult issue in this case is whether there is some evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have concluded that the accused's purported perceptions were reasonable under the circumstances. Since reasonableness is inherently incapable of being established by direct evidence, the key question is whether there is evidence on the basis of which reasonableness could reasonably be inferred by a jury. If a jury could not have reasonably come to the conclusion that the accused's perceptions were reasonable,

éléments n'est pas vraisemblable, la légitime défense ne doit pas être soumise à l'appréciation du jury. Voir les arrêts *Hebert* et *Latimer*, précités.

Chacun des trois éléments prévus au par. 34(2) a une composante subjective et une composante objective. La perception que l'accusé a eue de la situation est le volet « subjectif » du critère. Toutefois, la croyance de l'accusé doit également être raisonnable compte tenu de sa perception de la situation. Il s'agit là du volet objectif du critère. Le paragraphe 34(2) prévoit explicitement que l'exigence de caractère raisonnable s'applique aux deuxième et troisième conditions. Dans l'arrêt *Pétel*, notre Cour a statué que la même norme s'applique au premier élément du moyen de défense, à savoir l'existence d'une attaque. Pour chacun des trois éléments, la démarche consiste d'abord à déterminer les perceptions subjectives de l'accusé puis à se demander si, du point de vue objectif, ces perceptions étaient raisonnables dans les circonstances.

L'analyse de la vraisemblance doit être effectuée relativement à chacune des composantes subjective et objective du moyen de défense. Une preuve susceptible d'étayer une conclusion de fait particulière quant à un élément du moyen de défense ne sera pas nécessairement susceptible d'étayer les autres éléments de ce moyen de défense. Lorsque la légitime défense prévue au par. 34(2) est invoquée, le témoignage de l'accusé concernant ses perceptions ne constitue pas nécessairement une preuve raisonnablement susceptible d'étayer la conclusion que les perceptions qu'il a eues étaient raisonnables.

Le problème en l'espèce est de savoir s'il existe une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que les perceptions que l'accusé est censé avoir eues étaient raisonnables dans les circonstances. Étant donné que, par définition, le caractère raisonnable ne peut être établi au moyen d'une preuve directe, il s'agit essentiellement de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables. Il n'y avait pas lieu

94

95

96

even accepting that his testimonial evidence was true, then the defence should not have been put to the jury.

97

There is no authority for the proposition that reasonableness is exempt from the air of reality test, or that evidence satisfying the air of reality test as to the subjective component of defence will automatically confer an air of reality upon the whole defence. Moreover, we consider that the introduction of such a requirement would constitute an unwarranted and illogical break with the rationale underlying air of reality analysis. The long-standing requirement is that the whole defence must have an air of reality, not just bits and pieces of the defence. See *Hebert, supra*, at para.16, *per* Cory J., holding that a defence of self-defence lacked an air of reality precisely in that the reasonableness of an accused's purported perception could not be supported by the evidence. See also *Thibert, supra, per* Cory J., at paras. 6-7.

(1) The Putative Evidential Basis for the Defence

98

The evidence relied upon in this case emanates from the accused's own testimony. While this Court has made it clear that a mere assertion by the accused of the elements of a defence will not be sufficient to clear the air of reality hurdle, that principle does not have any application to the present case. The accused's testimony goes beyond merely asserting the elements of the defence, and provides a comprehensive account of his perceptions and his explanation for them. As was stated above, credibility is not an issue in air of reality analysis. The issue is not whether the accused (or any other witness) should be believed. Rather, the question is whether, if the jury were to accept the construction of the evidence most favourable to the accused's position, the requisite inferences could reasonably be drawn.

de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury s'il n'était pas en mesure de conclure raisonnablement que les perceptions de l'accusé étaient raisonnables, même en tenant son témoignage pour véridique.

La jurisprudence ne permet pas d'affirmer que le caractère raisonnable échappe à l'application du critère de la vraisemblance, ou qu'une preuve satisfaisant au critère de la vraisemblance quant à la composante subjective d'un moyen de défense rend automatiquement vraisemblable l'ensemble de ce moyen de défense. En outre, nous estimons qu'une telle exigence constituerait une rupture injustifiée et illogique avec la raison d'être de l'analyse de la vraisemblance. L'exigence de longue date est que l'ensemble du moyen de défense invoqué, et non seulement certains de ses éléments, soit vraisemblable. Voir l'arrêt *Hebert*, précité, par. 16, où le juge Cory conclut que la légitime défense n'était pas vraisemblable justement parce que le caractère raisonnable de la perception que l'accusé était censé avoir eue ne pouvait pas être étayé par la preuve. Voir également l'arrêt *Thibert*, précité, par. 6-7, le juge Cory.

(1) Le présumé fondement probant du moyen de défense

La preuve produite en l'espèce émane du propre témoignage de l'accusé. Même si notre Cour a clairement dit que la simple affirmation, par l'accusé, que les éléments constitutifs d'un moyen de défense existent n'est pas suffisante pour que le critère de la vraisemblance soit respecté, ce principe ne s'applique pas dans la présente affaire. Dans son témoignage, l'accusé ne s'est pas contenté d'alléguer l'existence des éléments du moyen de défense, mais il a relaté en détail les perceptions qu'il a eues et ce qui l'a amené à les avoir. Comme nous l'avons dit précédemment, la crédibilité n'est pas en cause dans l'analyse de la vraisemblance. La question n'est pas de savoir s'il y a lieu de croire ou non l'accusé (ou un autre témoin). Il s'agit plutôt de savoir si, dans l'éventualité où il retiendrait l'interprétation de la preuve qui est la plus favorable à l'accusé, le jury pourrait raisonnablement faire les inférences requises.

With these considerations in view, we now turn to a review of the relevant evidence.

In his testimony, the accused pointed to many things that he perceived as indications that he was about to be attacked. The accused testified that he had heard rumours that the victim, Mike, and his companion, Ice, planned to kill him. He claimed to have received a specific warning to that effect by a friend of his.

He testified that on the night in question, Mike and Ice did not take off their jackets when they came to his home. The accused testified that Ice put his hand under his coat, in what the accused took to be a suspicious gesture. The accused claimed that these facts led him to believe that Mike and Ice were armed, though they denied it when he asked them about it. They whispered to each other throughout the evening, which the accused also found suspicious.

The accused testified that his suspicions were further aroused when he entered the van. He ascribed significance to the fact that Ice removed the gloves that he had initially been wearing and replaced them with a different pair, putting them on before getting in the van. He testified that this was unusual. He also testified that Mike sat behind the accused, on the passenger side, and was wearing latex surgical gloves. The accused testified that he associated wearing gloves of this type with a “burn” (i.e. an attack on a criminal by another criminal). He testified that this was based on limited personal experience of his own, and on movies that he had seen, in which hit men wore such gloves. The accused testified that Mike loudly snapped the gloves at some point during the ride, which he interpreted as an overt threat. The accused testified that the gloves indicated that a plan to kill him existed and would be executed that very night.

The accused further testified that the sudden change in the routine of the criminal group had meaning. He testified that Ice avoided eye contact with him, and that everyone in the van was uncharacteristically silent. He testified that Ice repeated

Compte tenu de ces considérations, nous allons maintenant examiner la preuve pertinente.

Dans son témoignage, l'accusé a mentionné de nombreux éléments qui, selon lui, indiquaient qu'il serait attaqué. Il a dit avoir entendu des rumeurs selon lesquelles la victime, Mike, et son acolyte, Ice, projetaient de le supprimer. Il a prétendu que l'un de ses amis l'avait précisément mis en garde à ce sujet.

L'accusé a indiqué que, lorsqu'ils étaient arrivés à son appartement le soir en question, Mike et Ice n'avaient pas enlevé leurs blousons. Il a affirmé que Ice avait glissé la main dans son blouson, et que cela lui avait paru louche. Selon lui, ces faits l'ont amené à croire que Mike et Ice étaient armés, même s'ils ont répondu qu'ils ne l'étaient pas lorsqu'il les a interrogés à ce sujet. Ceux-ci s'étaient parlé à voix basse pendant toute la soirée, ce qui lui a également paru louche.

L'accusé a témoigné que ses soupçons s'étaient accrues lorsqu'il est monté à bord de la fourgonnette. Il a attaché de l'importance au fait que Ice avait enlevé les gants qu'il portait initialement pour en mettre d'autres avant de monter dans la fourgonnette, ce qui, selon lui, était inhabituel. Il a aussi raconté que Mike prenait place derrière lui, du côté du passager, et portait des gants chirurgicaux en latex. Ces gants correspondaient, selon lui, au type de gants utilisés lors de l'attaque d'un criminel par un autre criminel. Il a justifié la signification particulière qu'il avait attachée au port de ces gants par une certaine expérience personnelle et le fait qu'il avait vu des films dans lesquels les tueurs à gages portaient de tels gants. Il a dit que, à un moment donné au cours du trajet, Mike avait fait claquer bruyamment ses gants, ce qui, pour l'accusé, constituait une menace évidente. L'accusé a affirmé que le port de ces gants indiquait que l'on projetait de le tuer et que ce projet serait mis à exécution le soir même.

Pour l'accusé, ce changement de comportement inopiné du gang signifiait quelque chose. Il a raconté que Ice évitait de croiser son regard et qu'un silence inhabituel régnait dans la fourgonnette. Il a dit que Ice avait répété le geste suspect qu'il avait accompli,

99

100

101

102

103

the suspicious gesture that he had initially made in the apartment, placing his hand under his coat. He said that Ice did this both in the van and in the gas station. The accused testified that in the gang culture to which he belonged, this gesture is meant to communicate to rival gang members that one is armed. When pressed to say whether the purpose of Ice's gesture was to show he had a gun or to signal to the accused that he was going to kill him, the accused was reluctant to say it was a message that he would kill him. He nevertheless indicated that this gesture had added significance to him because there was a rumour that he was about to be killed.

104 The accused testified that he felt trapped, and that he was convinced that Ice and the victim, Mike, were just waiting for the right moment to kill him. He testified that he felt that Ice and Mike had set a trap for him. He testified that he thought that Mike, who was sitting behind him, would be the one to kill him. He testified that he knew that Mike had used firearms before.

105 When asked why he did not run away or call the police, the accused claimed not to have thought of these options. When pressed on cross-examination about not running away, he indicated that he felt he should not have to leave the van. With respect to calling the police, he also said: "I'm not used to calling the police, you know. I'm just not used to that. I never called the police in my life. People have been calling the police [on] me all my life. You know, I've been running away from the police all my life". He also stated that the police would have arrived too late to save him. He added that asking the police for help would have meant having to work for them as an informant. He said of being an informant: "that's the only way you can get protection, you know? And since I wasn't gonna do that, and I never will — you know what I'm saying? — so there was no way the police was going to protect me, no way!"

la première fois, à l'appartement, c'est-à-dire qu'il avait glissé la main dans son blouson. L'accusé a dit que Ice avait agi ainsi tant dans la fourgonnette qu'à la station-service. Il a ajouté que, dans la culture du gang auquel il appartenait, ce geste visait à signifier aux membres d'un gang rival qu'on était armé. Lorsqu'on lui a demandé si l'objectif de Ice était de lui faire savoir qu'il avait une arme ou qu'il allait le tuer, l'accusé a hésité à répondre que c'était un signe que Ice allait le supprimer. Il a néanmoins affirmé que ce geste avait une signification supplémentaire pour lui vu la rumeur qu'il serait supprimé.

L'accusé a témoigné s'être senti coincé et avoir eu la conviction que Ice et la victime, Mike, attendaient seulement le moment propice pour en finir avec lui. Il a dit avoir eu l'impression que les deux acolytes lui avaient tendu un piège et avoir cru qu'il serait abattu par Mike qui prenait place derrière lui. Il savait que Mike avait déjà utilisé des armes à feu.

Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il n'avait ni pris la fuite ni appelé la police, l'accusé a répondu qu'il n'avait pas songé à le faire. Lorsqu'il lui a demandé, en contre-interrogatoire, d'expliquer pourquoi il ne s'était pas enfui, l'accusé a dit avoir jugé qu'il n'avait pas à abandonner la fourgonnette. Quant à l'omission d'appeler la police, il a ajouté : [TRADUCTION] « Vous savez, je n'ai pas l'habitude d'appeler la police. Je n'ai simplement pas l'habitude de le faire. Je n'ai jamais appelé la police de toute ma vie. Ce sont plutôt les gens qui ont l'habitude d'appeler la police à mon sujet. Vous savez, j'ai passé toute ma vie à fuir la police ». Il a également affirmé que les policiers seraient arrivés trop tard pour le sauver. Il a ajouté que, s'il avait demandé l'aide de la police, il aurait été obligé de travailler pour elle à titre d'indicateur. À ce propos, il a déclaré : [TRADUCTION] « c'est la seule façon d'obtenir leur protection, vous savez? Et comme je n'étais pas pour accepter de le faire, et que je ne le ferai jamais — vous comprenez ce que je veux dire? — il n'était donc pas question que je demande la protection de la police! »

It must now be determined whether a properly instructed jury acting reasonably could base an acquittal on the evidence reviewed above, assuming that evidence to be true. In order to make this determination, the evidence must be considered in relation to each of the three elements of self-defence under s. 34(2).

(2) The Existence of an Assault

Lamer C.J. stated in *Pétel*, *supra*, that the existence of an actual assault is not a prerequisite for a defence under s. 34(2). Rather, the starting point is the perspective of the accused. Lamer C.J. stated at p. 13:

The question that the jury must ask itself is therefore not “was the accused unlawfully assaulted?” but rather “did the accused reasonably believe, in the circumstances, that she was being unlawfully assaulted?”

Of course, in applying the air of reality test, the judge should not try to answer the question stated by Lamer C.J. The focus of the trial judge in air of reality analysis is narrower. The question is whether there is evidence upon which a jury acting reasonably could conclude that the accused reasonably believed he was about to be attacked, not whether the jury should so conclude. Assuming there is an air of reality to the whole defence, it will be up to the jury to decide whether or not the accused actually believed that he was about to be attacked, and whether or not that perception was reasonable.

There is an air of reality to the subjective component of the defence. There is direct evidence on the accused’s beliefs, in the form of the accused’s testimony. It is open to the jury to believe this testimony. It is open to the jury to believe that the accused interpreted the various items pointed out in the evidence reviewed above as indicating that the victim and Ice were going to attack him.

Whether a jury could reasonably infer on the basis of the evidence that the accused’s perception of an attack was reasonable in the circumstances presents a more difficult issue. Nevertheless, here again it seems to us that the threshold test is met. A jury acting reasonably could draw an inference from

Il nous faut maintenant déterminer si la preuve examinée précédemment permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il la tenait pour véridique. Pour ce faire, il faut examiner la preuve relativement à chacun des trois éléments de la légitime défense prévue au par. 34(2).

(2) L’existence d’une attaque

Dans l’arrêt *Pétel*, précité, le juge en chef Lamer a dit que l’existence d’une véritable attaque n’est pas une condition préalable pour invoquer la légitime défense prévue au par. 34(2). Il faut plutôt prendre, comme point de départ, le point de vue de l’accusé (à la p. 13) :

La question que doit se poser le jury n’est donc pas « l’accusée a-t-elle été illégalement attaquée? » mais plutôt « l’accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans les circonstances, qu’on l’attaquait illégalement? ».

Évidemment, lorsqu’il applique le critère de la vraisemblance, le juge ne doit pas tenter de répondre à la question formulée par le juge en chef Lamer. La portée de son examen est plus limitée. Il lui incombe de déterminer s’il existe une preuve à partir de laquelle un jury agissant raisonnablement pourrait, et non devrait, conclure que l’accusé avait des motifs raisonnables de croire qu’il allait être attaqué. À supposer que la preuve soit vraisemblable dans son ensemble, il appartiendra au jury de décider si oui ou non l’accusé a vraiment cru qu’il allait être attaqué et si cette perception était raisonnable.

La composante subjective du moyen de défense est vraisemblable. Une preuve directe sous la forme du témoignage de l’accusé étaye la croyance de ce dernier. Il est loisible au jury d’ajouter foi à ce témoignage. Il lui est également loisible de croire que l’accusé a considéré que les divers éléments signalés dans la preuve examinée précédemment indiquaient que la victime et Ice allaient l’attaquer.

Il est plus difficile de décider si, compte tenu de la preuve, un jury pourrait raisonnablement inférer que la perception d’une attaque était raisonnable dans les circonstances. Néanmoins, il nous semble là encore que le critère préliminaire est respecté. Les circonstances décrites par l’accusé, y compris, plus

106

107

108

109

the circumstances described by the accused, including particularly the many threatening indicators to which he testified, to the reasonableness of his perception that he was going to be attacked.

110 We conclude that it would be possible for the jury reasonably to conclude that the accused believed that he was going to be attacked, and that this belief was reasonable in the circumstances. In coming to this conclusion, we do not express any opinion as to the substantive merits of the defence with respect to the first element of self-defence under s. 34(2). That question is reserved for the jury.

111 The inquiry does not end here. In order for the defence to be put to the jury, there must also be an “air of reality” to the remaining two elements of self-defence under s. 34(2), namely the accused’s reasonable perception of the risk of death or grievous bodily harm and his belief on reasonable grounds that there was no alternative to killing the victim.

(3) Reasonable Apprehension of Death or Grievous Bodily Harm

112 The analysis as it relates to this second prong of self-defence under s. 34(2) follows substantially the same path as for the first prong. In order for this element of self-defence to clear the air of reality hurdle, it must be possible for the jury reasonably to infer from the evidence not only that the accused reasonably believed that he was facing an attack, but that he faced death or grievous bodily harm from that attack.

113 The accused’s testimony is unambiguously to the effect that he feared a deadly attack. It is open to the jury to accept this testimony, that is, to accept that he did in fact have this perception. There is therefore an air of reality to the subjective component of the defence.

114 There is also an air of reality to the objective component of this element of the defence. On the particular facts of this case, this conclusion goes

particulièrement, les nombreux indices de menace dont il a fait part en témoignant, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d’inférer que la perception de l’accusé qu’il serait attaqué était raisonnable.

Nous concluons que le jury pourrait raisonnablement inférer que l’accusé croyait qu’il serait attaqué et que cette croyance était raisonnable dans les circonstances. En tirant cette conclusion au sujet du premier élément constitutif de la légitime défense prévue au par. 34(2), nous ne nous prononçons pas sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il appartient au jury de le faire.

L’examen ne s’arrête pas là. Pour que le moyen de défense soit soumis au jury, les deux autres éléments de la légitime défense prévue au par. 34(2) doivent également être vraisemblables, à savoir la perception raisonnable par l’accusé du risque de mourir ou de subir des lésions corporelles graves et sa croyance, fondée sur des motifs raisonnables, que le seul moyen de s’en sortir était de tuer la victime.

(3) L’appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves

L’analyse qui doit être effectuée relativement à ce deuxième élément de la légitime défense prévue au par. 34(2) est essentiellement la même que pour le premier élément. Pour que le critère de la vraisemblance soit respecté en ce qui concerne le deuxième élément de la légitime défense, le jury doit raisonnablement être en mesure d’inférer de la preuve non seulement que l’accusé croyait raisonnablement qu’il serait attaqué, mais encore qu’il mourrait ou subirait des lésions corporelles graves à la suite de cette attaque.

L’accusé a clairement affirmé, dans son témoignage, qu’il craignait de subir une attaque mortelle. Le jury peut accepter ce témoignage, c’est-à-dire accepter que l’accusé a effectivement eu cette perception. La composante subjective du moyen de défense invoqué est donc vraisemblable.

La composante objective du moyen de défense est également vraisemblable. Compte tenu des faits de la présente affaire, cette conclusion va de pair

hand in hand with the determination that there is an air of reality to the first element of self-defence. That is, for the same reason that there is an air of reality to the reasonableness of the accused's perception he was going to be attacked, so too is there an air of reality to the accused's perception that the attack would be deadly. The accused's whole story is that he thought Ice and Mike were carrying out a plan to kill him, and that at least one of them was armed. The jury could not reasonably accept the accused's testimony that he believed that he was going to be attacked, but simultaneously disbelieve his claim that he thought the attack would be deadly. Similarly, the evidential basis for inferring the reasonableness of the accused's perception that he was going to be attacked is also the evidential basis for inferring the reasonableness of his perception that the attack would be deadly.

A jury acting reasonably could draw an inference from the circumstances described by the accused, including particularly the indications that Mike and Ice were armed, the rumours of a plan to assassinate him, the suspicious behaviour, and the wearing of the gloves, to the reasonableness of his perception that he was in mortal danger.

Once again, we wish to stress that the conclusion that there is an air of reality to the second prong of this defence does not involve an appraisal of the substantive merits of the defence. This conclusion rests upon our assessment that a properly instructed jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's perception that he faced a deadly attack. Whether a jury should come to such a conclusion is an entirely different question, which is entirely irrelevant to the air of reality analysis.

(4) Reasonable Belief in the Absence of Alternatives to Killing

We now come to the third and final element of self-defence under s. 34(2). This requirement too has both a subjective and an objective component. The inquiry starts with the subjective perceptions of the accused at the relevant time, and then asks

avec la décision que le premier élément de la légitime défense est vraisemblable. Autrement dit, pour la même raison qu'il est vraisemblable que l'accusé a eu des motifs raisonnables de croire qu'il serait attaqué, il est vraisemblable qu'il a cru que l'attaque serait mortelle. Dans l'ensemble, l'accusé a raconté qu'il croyait que Ice et Mike mettaient à exécution un projet de le supprimer et qu'au moins l'un des deux était armé. Le jury ne pouvait pas raisonnablement accepter le témoignage de l'accusé selon lequel il croyait qu'il serait attaqué et, en même temps, rejeter son affirmation qu'il estimait que cette attaque serait mortelle. En outre, le fondement probant permettant de conclure au caractère raisonnable de la perception de l'accusé qu'il serait attaqué est le même que celui permettant de conclure au caractère raisonnable de sa croyance que l'attaque serait mortelle.

Les circonstances décrites par l'accusé, y compris, plus particulièrement, les indices que Mike et Ice étaient armés, les rumeurs circulant au sujet d'un projet de le supprimer, le comportement suspect et le port des gants, pourraient permettre à un jury agissant raisonnablement d'inférer que la perception de l'accusé qu'il était en danger de mort était raisonnable.

Là encore, nous tenons à souligner que, pour conclure à la vraisemblance du deuxième élément du moyen de défense, il n'est pas nécessaire d'évaluer le bien-fondé de ce moyen de défense. Nous tirons cette conclusion parce que nous estimons qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait inférer que la perception de l'accusé qu'il serait victime d'une attaque mortelle était raisonnable. Quant à savoir si un jury devrait tirer cette conclusion, il s'agit d'une tout autre question qui n'a rien à voir avec l'analyse de la vraisemblance.

(4) La croyance raisonnable que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime

Nous arrivons maintenant au troisième et dernier élément de la légitime défense prévue au par. 34(2). Cet élément a lui aussi une composante subjective et une composante objective. Il s'agit d'abord d'examiner les perceptions

115

116

117

whether those perceptions were reasonable. It must be established both that the accused believed that he could not preserve himself except by shooting the victim, and that he held this belief on reasonable grounds.

118

The inquiry into the inferences reasonably capable of being drawn by a jury must focus on the following sequence of events leading up to the accused's killing of Mike, the victim. The accused testified that he feared a deadly attack from Ice and, more particularly, from Mike, who was sitting behind him. The accused testified to the following sequence of events. Reasoning that Mike and Ice would be less likely to carry out their murderous plan in public view, the accused pulled into the well-lit parking lot of a service station. He then set about replenishing the van's supply of windshield washer fluid. He got out of the van, in which Ice and Mike continued to sit. He entered the service station. There, he had an exchange with the cashier, and realized that he did not have enough money to pay for the fluid. He exited the service station, and returned to the van, in which Mike and Ice still waited. He borrowed money from Ice. He then re-entered the service station, and bought the washer fluid. He exited the service station again. He regained the van, popped open the hood, and replenished the supply of fluid. When he was done, he put down the container, walked to the back door of the van, opened the door, and shot Mike in the head.

119

The first question is whether there is an air of reality to the accused's claim that, at the time he shot the victim, he actually believed that he had no alternative. We believe that there is. The starting point in air of reality analysis is that the accused's evidence is assumed to be true. The accused's extensive direct testimony regarding his subjective perceptions at the relevant time amounts to more than a "mere assertion" of the element of the defence. Provided there is an air of reality to the whole defence, a jury is entitled to make a determination as to credibility, and to decide whether the accused really did believe that he could not

subjectives de l'accusé à l'époque pertinente, et ensuite de se demander si ces perceptions étaient raisonnables. Il faut établir que l'accusé croyait qu'il ne pourrait pas s'en sortir autrement qu'en abattant la victime, et qu'il avait des motifs raisonnables de le croire.

L'examen des inférences raisonnablement susceptibles d'être faites par un jury doit porter sur la suite des événements qui ont abouti au meurtre de Mike, la victime, par l'accusé. Ce dernier a témoigné qu'il craignait d'être mortellement attaqué par Ice et, plus particulièrement, par Mike, qui était assis derrière lui. Voici ce qui s'est passé d'après son témoignage. Estimant que Mike et Ice seraient moins enclins à exécuter leur projet de meurtre en public, l'accusé a immobilisé son véhicule dans le stationnement bien éclairé d'une station-service. Il a ensuite entrepris de refaire le plein de liquide lave-glace. Il est descendu de la fourgonnette, sans que Ice et Mike quittent leurs sièges. L'accusé est entré dans la station-service. Une fois à l'intérieur, il s'est rendu compte, en parlant avec la personne préposée à la caisse, qu'il n'avait pas assez d'argent pour payer le liquide lave-glace. Il est sorti de la station-service et est retourné à la fourgonnette où Mike et Ice l'attendaient toujours. Il a emprunté de l'argent à Ice. Il est alors retourné à la station-service et a acheté le liquide lave-glace. Il est ressorti, a regagné la fourgonnette, a ouvert le capot et a rempli le réservoir de liquide lave-glace. Il a ensuite déposé le contenant, s'est rendu à la portière arrière qu'il a ouverte et a abattu Mike d'une balle dans la tête.

La première question est de savoir si l'affirmation de l'accusé, selon laquelle il croyait vraiment n'avoir aucun autre moyen de s'en sortir au moment où il a abattu la victime, est vraisemblable. Nous croyons que oui. En analysant la vraisemblance, il faut, au départ, tenir pour véridique le témoignage de l'accusé. Le témoignage direct et détaillé de l'accusé concernant ses perceptions subjectives à l'époque pertinente est plus qu'une « simple affirmation » que l'élément constitutif du moyen de défense existe. Dans la mesure où l'ensemble du moyen de défense est vraisemblable, le jury peut se prononcer sur la crédibilité et décider si l'accusé a

preserve himself from death or grievous bodily harm except by killing the victim.

A final issue remains. The question is whether there is anything in the testimony of the accused on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's belief that he had no alternative but to kill the victim, at the end of the sequence of events described above. We conclude that there is no such evidence to be found in the accused's testimony, or in any other source.

By specifying that an accused must believe on reasonable grounds that he had no alternative, Parliament injected an element of objectivity into the defence of self-defence. It is not enough for an accused to establish a subjective conviction that he had no choice but to shoot his way out of a dangerous situation. Nor is it enough for an accused to provide an explanation setting out just why he believed what he did was necessary. The accused must be able to point to a reasonable ground for that belief. The requirement is not just that the accused be able to articulate a reason for holding the belief, or point to some considerations that tended, in his mind, to support that belief. Rather, the requirement is that the belief that he had no other option but to kill must have been objectively reasonable.

The accused testified that calling the police from within the service station would have been ineffective, as he believed that they would not have arrived in time to save him. This part of the accused's testimony may provide an evidential basis from which a jury acting reasonably could infer the reasonableness of the accused's belief that he could not have preserved himself from death by calling the police. There may even be an evidential basis from which a jury acting reasonably could infer a reasonable belief by the accused that it was unsafe to return to his apartment. But this is not an evidential foundation capable of supporting the defence of self-defence under s. 34(2).

vraiment cru que le seul moyen de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves était de tuer la victime.

Reste une dernière question à trancher, celle de savoir si le témoignage de l'accusé renferme quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il n'avait d'autre choix que de tuer la victime, après la suite des événements décrite précédemment. Nous arrivons à la conclusion qu'aucun élément de preuve de cette nature n'émane du témoignage de l'accusé ou d'une autre source.

En précisant qu'un accusé devait avoir des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autre choix, le législateur a insufflé un élément d'objectivité dans le moyen fondé sur la légitime défense. Il ne suffit pas qu'un accusé établisse qu'il croyait subjectivement que le seul moyen de se sortir d'une situation dangereuse était de faire feu. Il ne suffit pas non plus que l'accusé explique justement pourquoi il a cru qu'il devait agir comme il l'a fait. L'accusé doit pouvoir indiquer un motif raisonnable qui justifiait cette croyance. Il ne doit pas seulement pouvoir expliquer pourquoi il a cru n'avoir d'autre choix que de tuer la victime, ou mentionner certaines considérations qui, dans son esprit, le justifiait d'avoir cette croyance. Il faut plutôt que la croyance qu'il a eue ait été objectivement raisonnable.

L'accusé a témoigné qu'il aurait été inutile d'appeler la police à la station-service, car, selon lui, ils n'auraient pas pu arriver à temps pour le sauver. Cette partie du témoignage de l'accusé peut constituer un fondement probant qui permettrait à un jury agissant raisonnablement de conclure au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il ne pourrait pas se soustraire à la mort en appelant la police. Il peut même y avoir un fondement probant qui permettrait à un jury agissant raisonnablement d'inférer l'existence d'une croyance raisonnable de l'accusé qu'il était dangereux de retourner à son appartement. Cependant, ce fondement probant n'est pas susceptible d'étayer la légitime défense prévue au par. 34(2).

120

121

122

123 Section 34(2) does not require that an accused rule out a few courses of action other than killing. The requirement is that the accused have believed on reasonable grounds that there was no alternative course of action open to him at that time, so that he reasonably thought he was obliged to kill in order to preserve himself from death or grievous bodily harm. In this case, there is absolutely no evidence from which a jury could reasonably infer the reasonableness of a belief in the absence of alternatives. There is nothing in the evidence to explain why the accused did not wait in the service station rather than go back to the van. There is absolutely nothing to explain why he did not flee once he had left the van. Indeed, there is nothing to suggest the reasonableness of his conclusion that he needed to walk back to the van and shoot the victim.

124 Self-defence under s. 34(2) provides a justification for killing. A person who intentionally takes another human life is entitled to an acquittal if he can make out the elements of the defence. This defence is intended to cover situations of last resort. In order for the defence of self-defence under s. 34(2) to succeed at the end of the day, a jury would have to accept that the accused believed on reasonable grounds that his own safety and survival depended on killing the victim at that moment. There is no evidence in the case on the basis of which a properly instructed jury acting reasonably could come to that conclusion. The inferences required for the defence to succeed are simply not capable of being supported by the accused's testimony.

125 Since there is no evidential foundation for the third element of self-defence under s. 34(2), the defence as a whole lacks an air of reality.

126 We conclude that the defence of self-defence under s. 34(2) should never have been put to the jury. The appeal should be allowed.

Le paragraphe 34(2) n'exige pas que l'accusé écarte quelques lignes de conduite autres que le meurtre. Il exige plutôt qu'il ait eu des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait alors aucun autre moyen de s'en sortir, de sorte qu'il était raisonnable qu'il estime devoir tuer la victime pour se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. En l'espèce, il n'y a absolument aucun élément de preuve qui permettrait à un jury d'inférer raisonnablement que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir. Aucun élément de preuve n'explique pourquoi l'accusé n'a pas attendu à l'intérieur de la station-service au lieu de retourner à la fourgonnette. Il n'y a absolument rien qui explique pourquoi il n'a pas pris la fuite une fois descendu de la fourgonnette. En fait, rien n'indique qu'il était raisonnable de sa part de conclure qu'il devait retourner à la fourgonnette et abattre la victime.

La légitime défense prévue au par. 34(2) justifie de tuer quelqu'un. La personne qui, de propos délibéré, enlève la vie à une autre personne a le droit d'être acquittée si elle peut établir l'existence des éléments constitutifs de la légitime défense. Ce moyen de défense est censé s'appliquer aux situations de dernière extrémité. Pour que la légitime défense prévue au par. 34(2) soit retenue en fin de compte, le jury doit accepter que l'accusé avait, au moment où il a agi, des motifs raisonnables de croire qu'il devait tuer la victime pour assurer sa sécurité et sa survie. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d'arriver à cette conclusion. Le témoignage de l'accusé n'est tout simplement pas susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu.

Étant donné l'absence de fondement probant en ce qui concerne le troisième élément constitutif de la légitime défense prévue au par. 34(2), ce moyen de défense n'est pas vraisemblable dans l'ensemble.

Nous concluons que le moyen fondé sur la légitime défense, prévu au par. 34(2), n'aurait jamais dû être soumis à l'appréciation du jury. Le pourvoi est accueilli.

The reasons of Gonthier and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. — I concur with the Chief Justice and Bastarache J., and with the reasons they have given, that the appeal should be allowed. I add these paragraphs on what I think is the decisive point.

My colleagues have mobilized considerable scholarship for and against all aspects of the issues. When the smoke clears, this appeal comes down to a simple proposition. A criminal code that permitted preemptive killings within a criminal organization on the bare assertion by the killer that no course of action was reasonably available to him while standing *outside* a motor vehicle other than to put a shot in the back of the head of another member sitting *inside* the parked vehicle at a well-lit and populated gas station is a criminal code that would fail in its most basic purpose of promoting public order.

The respondent says he did not consider going to the police, although he was outside the car and in a position to flee the scene. He said “I never called the police in my life”. Even if the police unexpectedly got there before a shoot-out, they would ask for some information in return for protection. “That’s how it works”, he said. Accordingly, there was evidence that *subjectively*, as a self-styled criminal, he felt his only options were to kill or be killed. He wishes the jury to judge the reasonableness of his conduct by the rules of his criminal subculture, which is the antithesis of public order.

A trial judge should be very slow to take a defence away from a jury. We all agree on that. Here, however, the only way the defence *could* succeed is if the jury climbed into the skin of the respondent and accepted as reasonable a sociopathic view of appropriate dispute resolution. There is otherwise no air of reality, however broadly or narrowly defined, to the assertion that on February 3, 1994, in Montréal, the respondent believed on reasonable

Version française des motifs des juges Gonthier et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — Je souscris aux motifs du Juge en chef et du juge Bastarache et j’estime comme eux qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi. J’ajoute ce qui suit afin d’expliquer ce qui me paraît déterminant en l’espèce.

Mes collègues ont fait appel à de nombreuses autorités pour étayer leurs thèses opposées relativement à chacun des aspects des questions en litige, mais, tout compte fait, le présent pourvoi se résume en une simple proposition. Un code criminel ne saurait atteindre son objectif le plus fondamental, qui est de promouvoir l’ordre public, s’il permettait l’assassinat préventif dans le cas où l’assassin affirme simplement que, au moment où il était debout à *l’extérieur* d’un véhicule stationné à une station-service achalandée et bien éclairée, il n’avait raisonnablement d’autre choix que d’abattre d’une balle derrière la tête un autre membre de son gang, qui était assis à *l’intérieur* du véhicule.

L’intimé affirme ne pas avoir songé à appeler la police, même s’il était à l’extérieur du véhicule et en mesure de prendre la fuite. Il a dit : [TRADUCTION] « Je n’ai jamais appelé la police de toute ma vie ». Même si, contre toute attente, les policiers s’étaient présentés sur les lieux avant le déclenchement d’une fusillade, ils auraient demandé des renseignements en échange de leur protection. [TRADUCTION] « C’est comme ça que ça marche », a-t-il dit. Il y avait donc une preuve que, *subjectivement*, en tant que prétendu criminel, l’intimé estimait n’avoir d’autre choix que de tuer afin de demeurer en vie. Il souhaite que le jury décide du caractère raisonnable de ses actes à la lumière de sa sous-culture criminelle, ce qui va complètement à l’encontre de l’ordre public.

Un juge du procès devrait faire montre d’une très grande circonspection lorsqu’il s’agit de soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury. Nous sommes tous d’accord sur ce point. Or, en l’espèce, le moyen de défense ne *pourrait* être retenu que si le jury se mettait dans la peau de l’intimé et jugeait raisonnable sa conception antisociale du règlement des conflits. Sinon, l’affirmation voulant que, le 3 février 1994, à Montréal, l’intimé ait

127

128

129

130

grounds that he could not otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm, as required by s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The *objective* reality of his situation would necessarily be altogether ignored, contrary to the intention of Parliament as interpreted in our jurisprudence.

131 If, in these circumstances, jurors gave effect to the plea of self-defence, the Crown could be expected to successfully attack the judge's erroneous instruction that left self-defence to their consideration. Even the most patient jurors are entitled to expect that if they are asked to consider a defence, and accept it, the verdict will not be reversed on appeal on the ground that as a matter of law there was no *objective* basis in the evidence for the judge to have put self-defence to them in the first place.

The reasons of Iacobucci, Major and Arbour JJ. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

132 The respondent was convicted of second degree murder by a jury. His sole defence was self-defence. The question before us, in substance, is whether that defence was available to him. More specifically, the issue is whether it would have been unreasonable for a properly instructed jury to have a reasonable doubt as to whether the respondent had an honest and reasonable belief that the only way to protect his own life was to act as he did. We are not concerned with the respondent's guilt or innocence, nor are we concerned with the reasonableness of his perceptions and actions. The question is not whether a "pre-emptive strike" can be justified as self-defence. Rather, what this Court has to decide is whether, on the evidence introduced at trial, the task of assessing the reasonableness of the respondent's perceptions and actions belonged to the jury, the trial judge, or the members of this Court. For the reasons

eu des motifs raisonnables de croire qu'il ne pourrait pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, comme l'exige l'al. 34(2)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne saurait être vraisemblable, ni au sens large ni au sens strict du terme. Contrairement à l'intention du législateur qui se dégage de notre jurisprudence, la réalité *objective* de la situation de l'intimé serait forcément passée sous silence.

Si, dans ces circonstances, les jurés retenaient le plaidoyer de légitime défense, on pourrait s'attendre à ce que le ministère public conteste avec succès la directive erronée dans laquelle le juge a soumis la légitime défense à l'appréciation du jury. Même les jurés les plus patients, qui retiennent un moyen de défense qu'on leur a demandé d'examiner, ont le droit de s'attendre à ce que leur verdict ne soit pas infirmé en appel pour le motif que, sur le plan juridique, la preuve ne comportait, au départ, aucun élément *objectif* justifiant le juge de soumettre ce moyen de défense à leur appréciation.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

Un jury a reconnu l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré. Le seul moyen invoqué était la légitime défense. La Cour est appelée à déterminer essentiellement si l'intimé pouvait invoquer ce moyen de défense en l'espèce. Plus précisément, elle doit décider s'il aurait été déraisonnable qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ait un doute raisonnable au sujet de la croyance sincère et raisonnable de l'intimé que le seul moyen de sauver sa vie était d'agir comme il l'a fait. La question n'est pas de savoir si l'intimé est coupable ou innocent, ni si ses perceptions et ses actes étaient raisonnables. Il ne s'agit pas de savoir non plus si une « attaque préventive » peut être justifiée comme étant un acte de légitime défense. Nous devons plutôt déterminer si, compte tenu de la preuve présentée au procès, il appartenait au jury ou au juge du procès d'apprécier le caractère raisonnable des perceptions et des actes

that follow, I conclude that this is a case where the respondent was entitled to have his reasonableness assessed by a properly instructed jury.

Because the appellant concedes that errors which could have prevented the jury from properly understanding the law of self-defence were made by the trial judge, this case turns on the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, commonly referred to as “the curative proviso” or “the proviso”, which reads:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or . . .

The Crown argues that the curative proviso should be applied here because the trial judge should not even have put self-defence to the jury in the first place. An assessment of this argument will require careful consideration of the concept of the “air of reality” that a defence must have before it can be left for consideration by the jury.

de l’intimé, ou s’il nous appartient de le faire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que nous sommes en présence d’un cas où l’intimé avait droit à ce que l’appréciation du caractère raisonnable de ses perceptions et de ses actes soit effectuée par un jury ayant reçu des directives appropriées.

Vu que l’appelante reconnaît que le juge du procès a commis des erreurs qui auraient pu empêcher le jury de bien saisir la notion de légitime défense, l’issue du présent pourvoi dépend de l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, communément appelé la « disposition réparatrice », dont voici le libellé :

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

D’après le ministère public, il y a lieu d’appliquer la disposition réparatrice en l’espèce parce qu’au départ le juge du procès n’aurait jamais dû soumettre le moyen fondé sur la légitime défense à l’appréciation du jury. Pour trancher cet argument, il sera nécessaire d’examiner attentivement la « vraisemblance » qu’un moyen de défense doit avoir pour pouvoir être soumis au jury.

134

As indicated by my colleagues the Chief Justice and Bastarache J., the trial judge in this case made at least two errors of law in his instructions on self-defence. First, he did not make it clear to the jury that the accused had no burden to prove the defence and that the Crown had to disprove its existence beyond a reasonable doubt. Second, he did not properly explain the objective and subjective nature of the assessment required for the three essential elements of self-defence. My colleagues found no reversible error in the trial judge's failure to specify that imminency does not constitute a formal requirement of self-defence. Since the error with respect to the burden of proof must, in my view, necessarily require that a new trial be ordered if it is found that the defence of self-defence possessed the requisite "air of reality", I find it unnecessary to decide that last issue. In any event, it is clear that this case turns on the assessment of whether the accused's defence has an "air of reality". Clearly, if there was no basis upon which self-defence could be left with the jury, then any errors made with respect to it become irrelevant and the proviso properly applies. Conversely, if the defence had an evidentiary foundation, it had to be adequately explained to the jury, which it was not, and a new trial must be ordered. I do not propose to review the facts in detail. They are set out in my colleagues' reasons.

135

In short, the respondent Cinous killed Michaelson Vancol ("Mike") by shooting him in the back of the head while Mike was sitting in the back seat of a van that the respondent had been driving. Convinced that Mike and his friend Yves Louis ("Ice") were armed and set to kill him, the respondent drove to a service station, got out of the van, moved behind the van, opened the back door and killed Mike.

Comme l'affirment mes collègues le Juge en chef et le juge Bastarache, le juge du procès a commis, en l'espèce, au moins deux erreurs de droit dans ses directives sur la légitime défense. Premièrement, il n'a pas indiqué clairement au jury que l'accusé n'était pas tenu de prouver qu'il avait agi en état de légitime défense, et qu'il incombait plutôt au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en état de légitime défense. Deuxièmement, il n'a pas bien expliqué la nature à la fois objective et subjective de l'évaluation qui doit être faite des trois éléments essentiels de la légitime défense. Selon mes collègues, le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a omis de préciser que l'imminence n'est pas une condition formelle de la légitime défense. Comme l'erreur relative à la charge de la preuve oblige, selon moi, à ordonner la tenue d'un nouveau procès s'il est jugé que le moyen fondé sur la légitime défense avait la « vraisemblance » requise, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'imminence. Quoiqu'il en soit, il est clair que l'issue de la présente affaire dépend de la question de savoir si le moyen de défense invoqué par l'accusé est « vraisemblable ». De toute évidence, si rien ne justifiait de soumettre la légitime défense à l'appréciation du jury, toute erreur commise à cet égard devient non pertinente et il y a alors lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Par contre, si la légitime défense invoquée était étayée par des éléments de preuve, elle devait être expliquée correctement au jury et dans le cas où, comme en l'espèce, cela n'a pas été fait, la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Comme mes collègues exposent les faits dans leurs motifs, je m'abstiens de les reprendre en détail.

En résumé, après être descendu de la fourgonnette qu'il conduisait, l'intimé Cinous a abattu le passager arrière, Michaelson Vancol (« Mike »), d'une balle derrière la tête. Convaincu que Mike et son copain Yves Louis (« Ice ») étaient armés et résolus à le tuer, l'intimé s'est arrêté à une station-service, est descendu de la fourgonnette, a ouvert la portière arrière du véhicule et a abattu Mike.

The respondent testified in his defence and claimed that he feared for his life and saw no alternative but to kill his perceived assailant. He explained the circumstances that brought him to that conclusion.

The Crown did not argue at trial that self-defence had no air of reality and should not be left to the jury. The trial judge instructed the jury on self-defence and the jury convicted the respondent. The Court of Appeal also concluded that there was some evidence upon which the jury could entertain a reasonable doubt as to whether the respondent was acting in self-defence as that defence is defined in the *Criminal Code*. I share that view.

As I will set out to explain below, I conclude that the test upon which a trial judge must decide whether a defence has an “air of reality”, so as to be left to the jury only involves a determination of whether there is “some evidence” in support of the defence, and should not otherwise involve a measure of the sufficiency of that evidence. Since in a case like the present one, the withdrawal of the defence is akin to a directed verdict of conviction — the accused having admitted the elements of the offence — the test should be substantially the same as the one applicable to a directed verdict of acquittal.

Reasonableness is a question for the jury (*R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 891). The fact that reasonableness involves an objective, rather than a purely subjective, assessment does not authorize judges to substitute their own appreciation of that critical factual element for that of the jury. For there to be some evidence of reasonableness, there must merely be some evidence of the circumstances surrounding the conduct at issue, so that its reasonableness can be assessed in context. I do not believe that one can usefully speak of a threshold of reasonableness, as in whether it would be unreasonable to say that something was reasonable.

Témoignant pour sa défense, l'intimé a affirmé avoir craint pour sa vie et n'avoir eu d'autre choix que d'abattre celui qui, selon lui, s'apprêtait à l'agresser. Il a expliqué les circonstances qui l'avaient amené à tirer cette conclusion.

Au procès, le ministère public n'a pas prétendu que la légitime défense invoquée n'était pas vraisemblable et qu'elle ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury. Le juge du procès a donné au jury des directives sur la légitime défense, et le jury a prononcé un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a, elle aussi, conclu qu'il existait une preuve qui aurait pu susciter dans l'esprit du jury un doute raisonnable quant à savoir si l'intimé avait agi en état de légitime défense au sens du *Code criminel*. Je partage cet avis.

Comme je vais l'expliquer ci-après, je conclus que, pour décider si un moyen de défense est suffisamment vraisemblable pour qu'un jury en soit saisi, le juge du procès n'a qu'à déterminer s'il existe « une preuve » à l'appui de ce moyen de défense; il ne lui appartient pas de décider si cette preuve est par ailleurs suffisante. Étant donné que, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, la décision de ne pas soumettre un moyen de défense au jury s'apparente à un verdict imposé de culpabilité — l'accusé ayant admis l'existence des éléments constitutifs de l'infraction —, il convient d'appliquer pour ainsi dire le même critère que celui applicable à un verdict imposé d'acquiescement.

La raisonabilité est une question qui relève du jury (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 891). Ce n'est pas parce que la détermination du caractère raisonnable comporte une appréciation objective, et non purement subjective, que le juge peut substituer sa propre évaluation de cet élément factuel crucial à celle du jury. Pour qu'il existe une preuve de raisonabilité, il suffit qu'il existe une preuve des circonstances ayant entouré le comportement en cause, qui permette de déterminer si ce comportement était raisonnable au moment où il a été adopté. Je ne crois pas qu'il soit utile de parler d'une norme de raisonabilité qui consisterait notamment à se demander s'il serait déraisonnable d'affirmer qu'une chose était raisonnable.

136

137

138

139

140 My colleagues have concluded that in this case the accused, who may have reasonably believed that he was about to be killed, and who may have honestly thought that he had no other option but to strike first, cannot ask a jury to decide whether it was reasonable for him to do so even after having explained, under oath, all the circumstances surrounding his actions. They come to that conclusion because they think that it would be unreasonable for the jury to be left in doubt on that point, and on that basis they hold that the law requires that the question not be put to them.

141 On that reasoning, had the absence of any “air of reality” to the defence of self-defence been raised at trial, as it should have been, I suppose that the trial judge would have had to charge the jury to disregard the evidence. He could have done so, presumably, in one of two ways. First, without any explanation to the jury, the trial judge could have stated as a legal directive that it was to ignore the evidence. Alternatively, he could have explained to the jury the analysis contained in paras. 107 to 125 of my colleagues’ reasons. Now, hypothetically, if the jury had nonetheless proceeded to acquit the accused after its deliberations, the Crown would have had no right of appeal from that verdict as there would have been no error of law in the instructions, and there is no such thing as an “unreasonable acquittal” as per the unanimous judgment of this Court in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 33.

142 This would be, at best, a strange result. In another sense, this result serves as a reminder, in my view, of the importance of yielding to the constitutional imperative of giving the accused the benefit of a trial by jury by leaving the critical issue of reasonableness to the jury. The requirement for a defence to have an “air of reality” should be understood in that context.

143 I now turn to the “air of reality” test, and to its application to the reasonableness requirement in self-defence.

Mes collègues concluent qu’en l’espèce l’accusé, qui a pu avoir des motifs raisonnables de croire qu’il allait être tué et qui a pu sincèrement penser que le seul moyen de s’en sortir était d’attaquer le premier, ne peut demander au jury de se prononcer sur le caractère raisonnable de ses actes, même après avoir expliqué sous serment toutes les circonstances qui les ont entourés. Ils tirent cette conclusion parce qu’ils estiment qu’il serait déraisonnable pour le jury d’avoir un doute à ce sujet et que, en droit, cette question ne doit pas lui être soumise.

Selon ce raisonnement, je suppose que, si le ministère public avait plaidé au procès, comme il aurait dû le faire, que la légitime défense n’était pas vraisemblable en l’espèce, le juge aurait dû ordonner au jury de ne pas tenir compte de la preuve offerte à l’appui de ce moyen de défense. Il aurait pu le faire, peut-on présumer, de deux manières. D’une part, il aurait pu, sans fournir aucune explication, donner au jury une directive en droit lui enjoignant de ne pas tenir compte de la preuve. D’autre part, il aurait pu expliquer au jury l’analyse dont il est question aux par. 107 à 125 des motifs de mes collègues. Cependant, dans l’hypothèse où le jury aurait malgré tout acquitté l’accusé à l’issue de ses délibérations, le ministère public n’aurait pas eu le droit d’en appeler du verdict étant donné que les directives données n’auraient été entachées d’aucune erreur de droit et que, dans l’arrêt *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 33, la Cour a statué à l’unanimité qu’il ne peut y avoir d’« acquittement déraisonnable ».

Il s’agirait tout au plus d’un résultat étrange. Par ailleurs, ce résultat nous rappelle, selon moi, l’importance de respecter l’impératif constitutionnel de faire bénéficier l’accusé d’un procès avec jury en soumettant à ce dernier la question cruciale de la raisonabilité. C’est dans ce contexte qu’il faut interpréter l’exigence qu’un moyen de défense soit vraisemblable.

J’examinerai maintenant le critère de la « vraisemblance » et son application à la condition d’application de la légitime défense qu’est le caractère raisonnable.

II. Air of Reality

A. *History of the Concept*

1. The Classic Formulation

The idea that a defence can only be left to the jury if it has an “air of reality” finds its source, as was explained by Wilson J., for the Court, in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at pp. 936-38, in the very well-established principle of criminal law, derived from English law, that an accused bears no burden to prove his innocence, but bears an evidential burden to raise a defence, where the Crown’s case might otherwise satisfy a jury beyond a reasonable doubt of the accused’s guilt.

In *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, the House of Lords reiterated the centrality of the presumption of innocence in English criminal law, and ruled that an accused never has any burden to prove his innocence. Therefore, any defence raised by the accused does not have to be demonstrated by him, but only has to raise a reasonable doubt. It is for the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the defence is not made out. To hold otherwise, according to Viscount Sankey L.C., at p. 480, would amount to allowing judges to decide alone the case, if they concluded, at the end of the Crown’s case, that the onus had shifted to the accused and that the accused had not presented any evidence. In 1941, the House of Lords clarified, in *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, that this principle was not intended to mean that every possible defence must always be put to the jury in every case. Viscount Simon L.C. stated, at p. 8:

To avoid all possible misunderstanding, I would add that this is far from saying that in every trial for murder, where the accused pleads not guilty, the judge must include in his summing-up to the jury observations on the subject of manslaughter. The possibility of a verdict of manslaughter instead of murder only arises when the

II. La vraisemblance

A. *Historique de la notion*

1. La formulation classique

Comme madame le juge Wilson l’a expliqué au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, p. 936-938, l’idée que seul le moyen de défense vraisemblable puisse être soumis à l’appréciation du jury a son origine dans un principe de droit criminel très bien établi, issu du droit anglais. Selon ce principe, lorsque la preuve du ministère public est par ailleurs susceptible de convaincre le jury hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé, celui-ci est tenu non pas de prouver son innocence, mais de s’acquitter de la charge de présenter une preuve relative au moyen de défense qu’il souhaite invoquer.

Dans l’arrêt *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, la Chambre des lords a rappelé l’importance de la présomption d’innocence dans le droit criminel anglais et a statué qu’un accusé n’est jamais tenu de prouver son innocence. Il s’ensuit que tout moyen de défense invoqué par l’accusé doit seulement susciter un doute raisonnable et n’a pas à être démontré ou établi par l’accusé. Il appartient à la poursuite d’établir hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense ne peut pas être invoqué. Le vicomte Sankey, lord chancelier, fait observer, à la p. 480, que le contraire reviendrait à permettre au juge de trancher seul l’affaire dans le cas où il conclurait, après la présentation de la preuve du ministère public, que la charge de la preuve est passée à l’accusé et que ce dernier n’a présenté aucun élément de preuve. En 1941, dans l’arrêt *Mancini c. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a précisé que ce principe n’était pas censé signifier que tout moyen de défense pouvant être invoqué doit toujours être soumis au jury. Le vicomte Simon, lord chancelier, affirme ce qui suit, à la p. 8 :

[TRADUCTION] Afin d’éviter tout malentendu, j’ajouterais que cela est loin de signifier que, dans tout procès pour meurtre, lorsque l’accusé plaide non coupable, le juge doit inclure dans le résumé qu’il présente au jury des observations sur l’homicide involontaire coupable. Il ne sera possible de substituer un verdict d’homicide

144

145

evidence given before the jury is such as might satisfy them as the judges of fact that the elements were present which would reduce the crime to manslaughter, or, at any rate, might induce a reasonable doubt whether this was, or was not, the case.

The House of Lords held in *Mancini* that it was not necessary to deal with the defence of provocation, in addition to the self-defence argued by the accused, since there was no evidence “which might, if believed, be regarded as amounting to sufficient provocation” (p. 9). Similarly, in *Holmes v. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588, the House of Lords held that even where provocation was argued, the trial judge had to instruct the jury that a verdict of manslaughter was not possible on the evidence, because there was no evidence which could support the view that the provocation was available in law.

involontaire coupable à un verdict de meurtre que si la preuve soumise au jury est de nature à le convaincre, en tant que juge des faits, de l'existence d'éléments qui permettent de déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre, ou, qui, de toute façon, peuvent susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de meurtre.

Dans l'arrêt *Mancini*, la Chambre des lords a statué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le moyen de défense fondé sur la provocation, en plus de la légitime défense invoquée par l'accusé, étant donné qu'il n'y avait aucun élément de preuve [TRADUCTION] « qui, s'il était accepté, pourrait être considéré comme établissant l'existence d'une provocation suffisante » (p. 9). De même, dans l'arrêt *Holmes c. Director of Public Prosecutions*, [1946] A.C. 588, où la provocation avait été alléguée, la Chambre des lords a décidé que le juge du procès était tenu d'informer le jury que la preuve ne permettait pas de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable, étant donné qu'elle ne comportait aucun élément susceptible d'étayer le point de vue selon lequel la provocation pouvait être invoquée en droit.

146

This was described by G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 52-59, as the accused's evidential burden. At p. 53, Professor Williams indicated that imposing an evidential burden on the defendant who wishes to raise a specific defence was designed to simplify the task of the jury and most importantly, to “prevent the defendant submitting no case if the prosecution have led no evidence on that issue”. Indeed, without an evidential burden on the accused, the Crown would have to “disprove, in the initial presentation of its case, the existence of every conceivable defence or extraneous factor that might affect a finding of guilt” (I. Weiser, “The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens” (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318, at p. 344), or the accused would be entitled to a directed verdict of acquittal. In the case of *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 (C.C.A.), Lord Goddard C.J. explained, at p. 551:

C'est ce que G. Williams (*Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 52-59) a appelé la charge de présentation de l'accusé. À la page 53 de son ouvrage, le professeur Williams indique que la charge de présentation incombant au défendeur qui souhaite invoquer un moyen de défense vise à simplifier la tâche du jury et, qui plus est, à [TRADUCTION] « empêcher le défendeur d'invoquer l'absence de preuve dans le cas où la poursuite n'a soumis aucun élément de preuve sur ce point ». En fait, si aucune charge de présentation n'incombait à l'accusé, le ministère public devrait [TRADUCTION] « réfuter, au moment de la présentation initiale de sa preuve, l'existence de tout moyen de défense ou facteur extrinsèque imaginable qui pourrait empêcher de prononcer une déclaration de culpabilité » (I. Weiser, « The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens » (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 318, p. 344), sinon l'accusé aurait droit à un verdict imposé d'acquiescement. Dans l'affaire *R. c. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 (C.C.A.), le Juge en chef, lord Goddard, explique ce qui suit, à la p. 551 :

It must, however, be understood that maintaining the rule that the onus always remains on the prosecution does not mean that the Crown must give evidence-in-chief to rebut a suggestion of self-defence before that issue is raised, or indeed need give any evidence on the subject at all. If an issue relating to self-defence is to be left to the jury there must be some evidence from which a jury would be entitled to find that issue in favour of the accused, and ordinarily no doubt such evidence would be given by the defence. But there is a difference between leading evidence which would enable a jury to find an issue in favour of a defendant and in putting the onus upon him.

In Canada, the concept of the evidential burden imposed on the accused in order to raise a defence was already given some recognition in 1934, when this Court held in *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, at p. 616, that an accused is entitled to rely on any defence “for which a foundation of fact appears in the record”. In that case, it was held that the alternative defence of self-defence was not available where the defence of alibi negated the possibility of self-defence. In *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, at p. 24, this Court also recognized the “necessity there may be for an accused in the course of the enquête to introduce evidence in order to explain away the case being made by the Crown”. This was referred to as the “minor burden” and contrasted with the burden of proof, properly speaking, which must always remain with the Crown (p. 25). The accused’s evidential burden was also explained in the following terms in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, at p. 549:

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

[TRADUCTION] Il faut cependant comprendre que le respect de la règle voulant que la charge de la preuve incombe toujours à la poursuite ne signifie pas que le ministère public doit présenter une preuve principale pour réfuter une allusion à la légitime défense avant même que la question se pose, ni même qu’il doit soumettre quelque élément de preuve à cet égard. Pour qu’une question relative à la légitime défense puisse être soumise à l’appréciation du jury, il doit y avoir une preuve qui permettrait à un jury de trancher cette question de manière favorable à l’accusé, et il est indubitable que la défense produirait normalement une telle preuve. Mais il y a une différence entre produire une preuve qui permettrait à un jury de trancher une question de manière favorable au défendeur, et imposer au défendeur la charge de la preuve.

Au Canada, la notion de la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a fait l’objet d’une certaine reconnaissance dès 1934, au moment où la Cour a statué dans l’arrêt *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609, p. 616, qu’un accusé peut invoquer tout moyen de défense [TRADUCTION] « dont le fondement factuel ressort du dossier ». Dans cette affaire, la Cour a conclu que l’on ne pouvait pas plaider la légitime défense dans le cas où l’alibi invoqué comme moyen de défense écartait toute possibilité de légitime défense. Dans *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, p. 24, la Cour a également reconnu que [TRADUCTION] « l’accusé peut être éventuellement tenu, pendant l’enquête, de soumettre des éléments de preuve destinés à réfuter ceux produits par le ministère public ». C’est ce qu’on a appelé la [TRADUCTION] « charge secondaire » par opposition à la charge de la preuve proprement dite qui doit toujours incomber au ministère public (p. 25). Dans l’arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, p. 549, la Cour a également donné l’explication suivante au sujet de la charge de présentation incombant à l’accusé :

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

148 *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, was one of the first instances in which this Court applied the evidential burden requirement in a way similar to the modern “air of reality” test. The Court held that the question of whether there was any evidence going to the requirements of the defence of provocation was a question of law. In that case, even assuming the accused’s testimony to be true, it was held that since the accused had admitted that he knew of his wife’s infidelity, her confession to him, which was alleged to constitute provocation, did not give rise to the defence, since the provocation could not, in law, be said to be sudden. Similarly, in *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358, this Court found that there was no evidence in the record capable of supporting the submission that the accused was sufficiently intoxicated to be able to raise the defence of drunkenness, since there was no evidence respecting the effect on the accused of the alcohol allegedly consumed. The same principle was applied to self-defence by the British Columbia Court of Appeal, in *R. v. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179, where it was held, at p. 182, that while the trial judge must not weigh the evidence, only defences for which a foundation of fact appears in the record have to be put to the jury.

149 In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, Fauteux C.J., for the majority, restated and clarified the applicable law, in the context of the defence of provocation, and explained it in terms of the respective functions of the trial judge and of the jury. He emphasized the “principle according to which the sufficiency of evidence, which is an issue only where there is some evidence, is a question of fact for the jury and the absence of evidence is a question of law for the trial judge” (p. 454). Therefore, the question which the Court had to answer was whether there was some evidence of a wrongful act or insult within the meaning of the provocation defence, and it was found that there was no such evidence in that case. This principle, focussing on the lack of evidence, as opposed to its sufficiency, was

L’arrêt *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, est l’un des premiers cas où la Cour a appliqué l’exigence d’une charge de présentation presque de la même manière que le critère moderne de la vraisemblance. Elle a statué que la question de savoir s’il existait quelque élément de preuve touchant les conditions d’application du moyen de défense fondé sur la provocation était une question de droit. Dans cette affaire, même après avoir tenu pour acquis que le témoignage de l’accusé était véridique, la Cour a conclu que, du fait que l’accusé avait reconnu avoir été au courant de l’infidélité de sa femme, l’aveu que cette dernière lui avait fait, qui aurait constitué la provocation, ne permettait pas d’invoquer le moyen de défense étant donné que la provocation ne pouvait pas, en droit, être qualifiée de soudaine. De même, dans l’arrêt *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358, la Cour a décidé que la preuve versée au dossier n’était pas l’argument voulant que l’accusé ait été suffisamment intoxiqué pour que l’ivresse puisse être invoquée comme moyen de défense, étant donné qu’elle ne traitait pas de l’effet qu’avait eu sur l’accusé l’alcool qu’il aurait consommé. Le même principe a été appliqué à la légitime défense dans l’arrêt *R. c. Nelson*, [1968] 2 C.C.C. 179, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé, à la p. 182, que, bien qu’il ne soit pas tenu d’apprécier la valeur probante de la preuve, le juge du procès ne doit soumettre à l’appréciation du jury que les moyens de défense dont le fondement factuel ressort du dossier.

Dans l’arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, le juge en chef Fauteux, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a reformulé et clarifié le droit applicable dans le cas où la provocation est invoquée comme moyen de défense, en l’expliquant en fonction des tâches respectives du juge du procès et du jury. Il a souligné le « principe selon lequel la suffisance de la preuve, question qui se pose seulement lorsqu’il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l’absence de preuve est une question de droit laissée au juge » (p. 454). La question était donc de savoir s’il existait une preuve d’un acte fautif ou d’une insulte comme l’exige le moyen de défense fondé sur la provocation, et la Cour y a répondu par la négative. Dans un certain nombre d’affaires subséquentes, la Cour et les cours

then applied consistently by this Court and by courts of appeal in a number of subsequent cases, without reference to the “air of reality” language (see, for example, *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Mazza v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 907; *Landry v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 552; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289 (Sask. C.A.), aff’d [1979] 1 S.C.R. 100).

Another consequence of the principle according to which an accused only has an evidential burden to raise a defence is that when the evidence puts a defence in issue, the trial judge has a duty to instruct the jury on that defence whether or not it was argued by the accused (*Mancini, supra*, at p. 7; *Kwaku Mensah v. The King*, [1946] A.C. 83 (P.C.); *R. v. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372 (C.C.A.); G. Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963), at p. 36; *Wu, supra*; *Squire, supra*, at p. 19; *Mazza, supra*, at p. 911). In fact, cases concerning the accused’s evidential burden, and later cases respecting the “air of reality” test, often arose in a context where, while it was argued on appeal that an alternative defence was available on the evidence, this defence was not argued by the accused at trial (see *Landry, supra*; *Mazza, supra*; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Squire, supra*). In other cases, the trial judge had recognized his duty to put to the jury a defence not advanced by the accused; it was then argued on appeal that this defence should not have been put to the jury (see *Olbey, supra*).

The availability of a defence not relied upon at trial raises different concerns. The decision not to raise an available defence may be essentially strategic, designed to avoid prejudicing the main defence (see *Mancini, supra*, at p. 7). W. J. Braithwaite, “Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term” (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177, at p. 230, explained:

d’appel ont appliqué de manière uniforme — sans faire appel à la notion de vraisemblance — ce principe qui met l’accent sur l’absence de preuve et non sur son caractère suffisant (voir, par exemple, *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Mazza c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 907; *Landry c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 552; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Louison*, [1975] 6 W.W.R. 289 (C.A. Sask.), conf. par [1979] 1 R.C.S. 100).

L’application du principe voulant que seule une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a une autre conséquence : à partir du moment où la preuve met en cause un moyen de défense, le juge du procès est tenu de donner au jury des directives sur ce moyen de défense, peu importe qu’il ait été ou non invoqué par l’accusé (*Mancini, précité*, p. 7; *Kwaku Mensah c. The King*, [1946] A.C. 83 (C.P.); *R. c. Porritt*, [1961] 1 W.L.R. 1372 (C.C.A.); G. Williams, *The Proof of Guilt* (3^e éd. 1963), p. 36; *Wu, précité*; *Squire, précité*, p. 19; *Mazza, précité*, p. 911). En fait, les litiges ayant porté sur la charge de présentation de l’accusé et, par la suite, sur le critère de la vraisemblance ont souvent pris naissance après que l’accusé eut prétendu en appel que la preuve lui permettait d’invoquer un moyen de défense subsidiaire non invoqué au procès (voir *Landry, précité*; *Mazza, précité*; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Squire, précité*). Dans d’autres cas, où le juge du procès avait reconnu qu’il avait l’obligation de soumettre au jury un moyen de défense non invoqué par l’accusé, on avait par la suite soutenu en appel qu’il n’aurait pas dû soumettre ce moyen au jury (voir *Olbey, précité*).

La disponibilité d’un moyen de défense non invoqué au procès soulève différentes questions. La décision de ne pas recourir à un moyen de défense qui pourrait être invoqué peut être essentiellement stratégique et avoir pour but de ne pas compromettre le principal moyen de défense (voir *Mancini, précité*, p. 7). Dans « Developments in Criminal Law and Procedure : The 1979-80 Term » (1981), 2 *Supreme Court L.R.* 177, p. 230, W. J. Braithwaite explique ce qui suit :

150

151

It is trite law that a trial judge is under an obligation to charge the jury in relation to every defence which arises on the evidence, even if the accused has not raised the defence. So, for example, in *Olbey*, where the accused argued the defence of self-defence, the trial judge on his own initiative raised the defence of provocation. Such developments should not be regarded as unusual, for some defences are more appropriately suggested by the court; in a case like *Olbey* the accused's raising the defence of provocation rather than relying upon the trial judge, as Lord Salmon explains in *D.P.P. v. Walker*, [[1974] 1 W.L.R. 1090 (P.C.),] "might prejudice the accused by offering the jury an option of returning a verdict of manslaughter, which could result in the accused being sentenced to a long term of imprisonment instead of being acquitted as he would be, should self-defence be accepted by the jury". [Emphasis added.]

The possibility of a defence leading to a less favourable result for the accused should not prevent a judge from instructing the jury on that defence if it clearly arose on the evidence. However, in borderline cases, the fact that experienced counsel for the accused made a tactical decision at trial not to raise a defence may be taken into account by a court of appeal that is subsequently asked to rule that the trial judge was in error in not putting the alternative defence to the jury. For example, in *Leary, supra*, Pigeon J., for the majority, said, at p. 60, that even if there had been some slight evidence to support the defence of drunkenness, which in any case was not available for the crime of rape as it was a crime of general intent, the fact that counsel chose not to raise a weak alternative defence that contradicted the main defence, so as to not prejudice the accused's position, was a relevant factor. Where, as in the present case, the inquiry concerns the only defence raised and relied upon by the accused at trial, those concerns are not present, and the analysis must be envisaged from a different perspective.

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que le juge du procès est tenu de donner au jury des directives concernant tout moyen de défense que la preuve permet d'invoquer, même celui qui n'a pas été invoqué par l'accusé. Ainsi, par exemple, dans *Olbey*, où l'accusé avait invoqué la légitime défense, le juge du procès a, de son propre chef, évoqué le moyen de défense fondé sur la provocation. Une telle situation ne devrait pas être tenue pour exceptionnelle car, en ce qui concerne certains moyens de défense, il convient davantage que ce soit le tribunal qui les évoque. Comme l'explique lord Salmon dans *D.P.P. c. Walker*, [[1974] 1 W.L.R. 1090 (C.P.),] dans une affaire comme *Olbey*, le fait que l'accusé invoque la provocation comme moyen de défense, au lieu de s'en remettre au juge du procès, « est susceptible de lui nuire étant donné que cela donne au jury la possibilité de le déclarer coupable d'homicide involontaire et, partant, de le condamner à une longue peine d'emprisonnement, au lieu de l'acquitter comme il le ferait s'il ajoutait foi à la thèse de la légitime défense ». [Je souligne.]

Lorsque la preuve révèle nettement l'existence d'un moyen de défense, le juge ne devrait pas s'abstenir de donner au jury des directives sur ce moyen de défense du seul fait qu'il peut donner lieu à un verdict moins favorable à l'accusé. Toutefois, dans les cas limites, la cour d'appel qui doit décider si le juge du procès a commis une erreur en ne soumettant pas au jury un moyen de défense subsidiaire peut, le cas échéant, tenir compte du fait que c'est l'avocat expérimenté de l'accusé qui a pris la décision stratégique de ne pas invoquer ce moyen de défense au procès. Par exemple, dans l'arrêt *Leary*, précité, p. 60, le juge Pigeon a affirmé, au nom des juges majoritaires, que, même s'il y avait eu quelque élément de preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur l'ivresse — qui, de toute façon, ne pouvait pas être invoqué relativement au viol étant donné qu'il s'agissait d'un crime d'intention générale —, la décision de l'avocat de l'accusé de ne pas invoquer un faible moyen de défense subsidiaire contredisant le principal moyen de défense, afin d'éviter de nuire à son client, pouvait être prise en considération. Dans un cas où, comme en l'espèce, il n'est question que du seul moyen de défense invoqué par l'accusé au procès, ces questions ne se posent pas et la situation doit être envisagée sous un angle différent.

2. The “Air of Reality” Terminology

The expression “air of reality” was used for the first time in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, in the context of an assessment of the availability of the defence of honest but mistaken belief in consent to the crime of rape, which has since become sexual assault. In *Pappajohn*, McIntyre J., for the majority, used as the starting point of his analysis the well-established principle discussed above that the accused bears an evidential burden in order to raise a defence, and that the trial judge “must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused’s counsel or not” (p. 126). He reiterated that this obligation arises only where there is an evidentiary basis upon which the defence can rest, and that “[o]rdinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it” (p. 127). However, McIntyre J. also stated that the standard was different where an accused sought to have a specific defence put to the jury. At p. 127, he said:

Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. [Emphasis added.]

This seemed to constitute a departure from the previous authorities, especially from the statement in *Parnerkar*, *supra*, quoted above, according to which the sufficiency of the evidence was a matter for the jury while only the absence of evidence was a matter for the judge. It is in that context that the phrase “air of reality”, which has now become a term of art, was first used by this Court. McIntyre J., at p. 127, was quoting from the previous case of *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R.

2. Le terme « vraisemblance »

Le terme « vraisemblance » a été employé pour la première fois dans l’affaire *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, où la Cour était appelée à statuer sur la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement de la victime d’un crime de viol — remplacé depuis par le crime d’« agression sexuelle ». Dans cette affaire, le juge McIntyre, s’exprimant au nom de la Cour à la majorité, est parti du principe bien établi et déjà mentionné, voulant qu’une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense, et que le juge du procès « doi[ve] soumettre au jury tous les moyens de défense que l’accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non » (p. 126). Il a rappelé que cette obligation ne prend naissance que si la preuve comporte des éléments susceptibles d’étayer le moyen de défense, et que « [h]abituellement, lorsqu’on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l’innocence d’un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard » (p. 127). Le juge McIntyre a cependant ajouté que la norme applicable différait lorsque c’était l’accusé qui demandait qu’un moyen de défense soit soumis à l’appréciation du jury. Voici ce qu’il a affirmé, à la p. 127 :

Cependant, lorsqu’on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n’a pas à rechercher seulement s’il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l’accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l’exposé du moyen au jury. [Je souligne.]

Cela semblait déroger à la jurisprudence antérieure et, en particulier, à l’arrêt *Parnerkar*, précité, où, comme nous l’avons vu, il avait été établi qu’il appartenait au jury de décider si la preuve était suffisante, et que seule l’absence de preuve ressortissait au juge. C’est dans ce contexte que la Cour a employé pour la première fois l’expression « *air of reality* » rendue en français par « vraisemblance », qui constitue désormais un terme technique. Toujours à la p. 127, le juge McIntyre a cité l’arrêt

220, where the term “sense of reality” had been used. In *Kelsey*, the term was used not to assess the availability of a defence, but rather the validity of a defence argument to the effect that the trial judge should have mentioned in his charge some of the evidence which was said to contradict the veracity of the accused’s confession. It was in that context that Fauteux J., as he then was, for the majority, had said, at p. 226 (also quoted in *Pappajohn*, *supra*, at p. 127):

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

The term “sense of reality” had also been used, as pointed out by McIntyre J., at p. 127, in *Pappajohn*, in *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266, where it was argued, on appeal, that the judge should have instructed the jury on the “defence” that one of the co-accused was only involved in the murder as an accessory after the fact. This possibility was found not to arise on the evidence.

153

Whatever its origins, it seems that the use of the phrase “air of reality” in *Pappajohn* was used to convey a meaning different from the well-established evidential burden principle, albeit derived from it. In order that a defence of honest but mistaken belief in consent have the requisite “air of reality”, the majority of the Court imposed the sufficiency requirement discussed above, and held that the defence was not available where the accused’s and the complainant’s versions of the facts were diametrically opposed and where nothing in the rest of the evidence could suggest a mistaken belief in consent (p. 132). Thus, when the complainant spoke of lack of consent, and of terror and resistance, and the accused spoke of actual consent and cooperation, there was no room for the suggestion that the complainant might not

Kelsey c. The Queen, [1953] 1 R.C.S. 220, où l’expression « *sense of reality* » (« vraisemblable ») avait été utilisée. Dans l’arrêt *Kelsey*, l’expression en question avait été utilisée non pas pour décider si un moyen de défense pouvait être invoqué, mais plutôt pour statuer sur la validité d’un argument de la défense selon lequel le juge du procès aurait dû, dans son exposé, mentionner certains éléments de preuve qui, affirmait-on, rendaient invraisemblable la confession de l’accusé. C’est dans ce contexte que le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) a affirmé ce qui suit, au nom des juges majoritaires, à la p. 226 (également cité dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, p. 127) :

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l’omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu’il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l’argument et le grief.

Comme l’a souligné le juge McIntyre, à la p. 127 de l’arrêt *Pappajohn*, l’expression « *sense of reality* » (« vraisemblable ») avait également été utilisée dans l’arrêt *Workman c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266, où l’on avait fait valoir, en appel, que le juge aurait dû donner au jury des directives sur le « moyen de défense » selon lequel l’un des coaccusés n’avait participé au meurtre qu’à titre de complice après le fait. La Cour a conclu que la preuve ne permettait pas d’évoquer cette possibilité.

Quelles qu’en soient les origines, le terme « vraisemblance » (« *air of reality* ») semble avoir été utilisé dans l’arrêt *Pappajohn* pour transmettre un message différent, quoique dérivé, de celui transmis par le principe bien établi de la charge de présentation. Comme nous l’avons vu, les juges majoritaires de la Cour ont affirmé que, pour avoir la vraisemblance requise, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement devait être étayé par une preuve suffisante, et ils ont statué que ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué lorsque la version des faits de l’accusé et celle de la plaignante étaient diamétralement opposées et que rien dans le reste de la preuve ne pouvait indiquer l’existence d’une croyance erronée au consentement (p. 132). Donc, dans la mesure où la

have been consenting, but that the accused might have nevertheless honestly believed that she did. The only defence available to the accused, which was in fact raised as the main defence in *Pappajohn*, was that the complainant in fact consented. Also, McIntyre J. indicated, at p. 133, that the defence of honest but mistaken belief in consent did not have to be put to the jury every time a “complainant denies consent and an accused asserts it”. There had to be some evidence beyond the “mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant”, and such evidence had to “appear from or be supported by sources other than the appellant”.

As will be seen below, the context of sexual assault had significant influence on the adoption of this new “air of reality” test and the test has been, to this day, mostly often used in that context. Following *Pappajohn*, the modified “air of reality” test for the evidential burden of the accused was applied consistently, in sexual assault cases, by this Court as well as by the courts of appeal (see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Robertson*, *supra*; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Trotter* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129 (B.C.C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.)). Shortly after the *Pappajohn* decision, the *Criminal Code* was also amended to include s. 244(4) (now s. 265(4)), which applies to all forms of assault, including sexual assault, and which reads:

(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.]

plaignante parlait de non-consentement, de terreur et de résistance, et l’accusé, de consentement véritable et de coopération, on ne pouvait pas prétendre que la plaignante n’avait peut-être pas consenti, mais que l’accusé avait néanmoins sincèrement cru qu’elle consentait. Le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué par l’accusé, et qui a été effectivement invoqué comme principal moyen de défense dans l’affaire *Pappajohn*, était que la plaignante avait en fait donné son consentement. Le juge McIntyre a également indiqué, à la p. 133, que le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement ne doit pas nécessairement être soumis à l’appréciation du jury dans tous les cas « où la plaignante nie avoir consenti et où l’accusé affirme le contraire ». Il doit y avoir une autre preuve que la « simple affirmation par l’appelant d’une croyance au consentement », et cette autre preuve doit « ressortir d’autres sources que l’appelant, ou s’y appuyer ».

Comme nous le verrons plus loin, les procès pour agression sexuelle ont largement contribué à l’adoption de ce nouveau critère de la vraisemblance qui, jusqu’à maintenant, a été appliqué la plupart du temps dans le contexte de tels procès. À la suite de l’arrêt *Pappajohn*, la Cour et les cours d’appel ont constamment appliqué, en matière d’agression sexuelle, le critère modifié de la vraisemblance relativement à la charge de présentation de l’accusé (voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Robertson*, précité; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Trotter* (1981), 58 C.C.C. (2d) 289 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 129 (C.A.C.-B.); *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.)). Peu après l’arrêt *Pappajohn*, le *Code criminel* a également été modifié par l’insertion du par. 244(4) (désormais le par. 265(4)), qui s’applique à toutes les formes de voies de fait ou d’agression, y compris l’agression sexuelle, et dont voici le libellé :

(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.]

This Court found that the section amounted to a codification of the principles elaborated in *Pappajohn* (see *Robertson, supra*, at p. 938; *Bulmer, supra*, at p. 792).

155 However, the test laid down in *Pappajohn*, and most importantly its departure from the principles previously applied with respect to the accused's evidential burden, was also subject to criticism. It was said that imposing a corroboration requirement on an accused, in order to raise a defence, was not consistent with generally accepted principles of criminal law (see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 260; J. M. Williams, "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 617). On this subject, Lamer J. (as he then was) indicated, in concurring reasons in *Bulmer, supra*, at p. 798:

The old common law rule in sexual assault cases that the trial judge must instruct the jury that it is unsafe to convict in the absence of corroboration of the complainant's testimony (which was abolished by s. 246.4 of the *Criminal Code*) would in effect be replaced by a rule requiring corroboration of the accused's testimony. Such a requirement will often work an injustice to the accused. Clearly the best, and quite often the only, evidence of the accused's subjective belief will be his or her testimony, and there is no basis in law or in principle for requiring corroboration. [Emphasis added.]

Also, the principle that the defence of honest but mistaken belief in consent should not be available, in the absence of other evidence, where the accused's and the complainant's versions are diametrically opposed, was criticized as ignoring the well-established principle according to which the trier of fact is not bound to deal with the evidence of any witness as a whole, but can accept it or reject it in part only (see J. M. Williams, *supra*, at pp. 611-12).

156 The "air of reality" doctrine was revisited in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. The concerns discussed above were addressed and Cory J., writing

La Cour a conclu que ce paragraphe représentait une codification des principes établis dans l'arrêt *Pappajohn* (voir *Robertson*, précité, p. 938; *Bulmer*, précité, p. 792).

Toutefois, le critère énoncé dans *Pappajohn* et, qui plus est, sa dérogation aux principes appliqués jusqu'alors relativement à la charge de présentation de l'accusé, ont aussi donné prise à la critique. On a dit qu'il n'était pas compatible avec les principes généralement reconnus du droit criminel d'exiger la corroboration du témoignage de l'accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), p. 260; J. M. Williams, « Mistake of Fact : The Legacy of *Pappajohn v. The Queen* » (1985), 63 *R. du B. can.* 597, p. 617). À ce sujet, dans l'arrêt *Bulmer*, précité, p. 798, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a indiqué dans des motifs concordants :

L'ancienne règle de *common law* en matière d'agression sexuelle voulant que le juge du procès doi[ve] exposer au jury qu'il est dangereux de condamner en l'absence de corroboration du témoignage du plaignant (qui a été abolie par l'art. 246.4 du *Code criminel*) serait en fait remplacée par une règle qui exigerait la corroboration du témoignage de l'accusé. Une telle exigence sera souvent injuste envers l'accusé. Il est clair que la meilleure et très souvent la seule preuve de la croyance subjective de l'accusé sera son témoignage et il n'existe aucun fondement en droit ou en principe qui exige la corroboration. [Je souligne.]

Quant au principe voulant que, dans le cas où la version des faits de l'accusé et celle du plaignant sont diamétralement opposées, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement ne puisse pas être invoqué en l'absence d'autres éléments de preuve, on lui a également reproché de ne pas tenir compte du précepte bien établi selon lequel le juge des faits n'est pas tenu d'examiner l'ensemble de la preuve présentée par un témoin, mais peut l'accepter ou la rejeter en partie seulement (voir J. M. Williams, *loc. cit.*, p. 611-612).

La règle de la vraisemblance a été réexaminée dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, où les questions analysées plus haut ont été abordées

for the majority on this point, specified, at p. 686, that the “air of reality” test does not impose a requirement of corroboration on the accused. While the totality of the evidence must be considered in order to determine whether the defence of honest but mistaken belief in consent is available, there is no need for evidence independent of the accused confirming his belief in order to put the defence to the jury. Also, McLachlin J. (as she then was), dissenting, but writing for a differently constituted majority on this issue, held at p. 652 that the presence of two diametrically opposed versions of the facts did not make it logically impossible for the defence of mistake to arise, because it was possible to accept a witness’ evidence in part only. Overall the Court in *Osolin* established that “[t]he term ‘air of reality’ simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted” (*per* Cory J., at p. 682). The Court was then unanimous in finding that the codification of the “air of reality” principles found in s. 265(4) of the *Criminal Code* was constitutional and did not violate the right to be presumed innocent recognized by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the right to a trial by jury recognized by s. 11(f).

The *Osolin* approach was confirmed by this Court in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836 (hereinafter *Park* (1995)), where L’Heureux-Dubé J., for the majority, reiterated that no corroboration requirement was imposed on the accused, but that the requirement that the accused present more than a bare assertion of belief in consent meant that the accused had to point to circumstances, put into evidence either by his own testimony or through other sources, which explained why he believed the complainant was consenting (paras. 19-21). Where the versions provided by the accused and by the complainant are diametrically opposed, L’Heureux-Dubé J. indicated that the defence could still be available where it was possible to “cobble together some of the complainant’s

et où le juge Cory, s’exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a précisé, à la p. 686, que le critère de la vraisemblance n’exige pas la corroboration du témoignage de l’accusé. Bien qu’il faille tenir compte de l’ensemble de la preuve pour décider si le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement peut être invoqué, il n’est pas nécessaire que la croyance de l’accusé soit confirmée par une preuve indépendante pour que ce moyen de défense puisse être soumis à l’appréciation du jury. De plus, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais s’exprimant au nom d’une autre formation majoritaire sur ce point, a conclu, à la p. 652, que l’existence de deux versions des faits diamétralement opposées n’empêchait pas logiquement d’invoquer l’erreur comme moyen de défense étant donné qu’un témoignage pouvait être accepté en partie seulement. De façon générale, la Cour a établi, dans l’arrêt *Osolin*, que « [l]’expression “vraisemblance” signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l’acquittement » (le juge Cory, p. 682). La Cour a ensuite décidé à l’unanimité que la codification des principes liés à la vraisemblance, au par. 265(4) du *Code criminel*, était constitutionnelle et ne portait atteinte ni au droit à la présomption d’innocence garanti à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni au droit à un procès avec jury garanti à l’al. 11f).

L’approche établie dans l’arrêt *Osolin* a été confirmée par la Cour dans l’arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836 (ci-après *Park* (1995)), où madame le juge L’Heureux-Dubé a rappelé, au nom des juges majoritaires, que, même s’il n’avait aucune obligation de corroboration, l’accusé devait faire plus qu’affirmer sa croyance au consentement, en ce sens qu’il devait indiquer les circonstances, mises en preuve par son propre témoignage ou autrement, qui expliquaient pourquoi il avait cru que la plaignante était consentante (par. 19-21). Elle a ajouté que, lorsque les versions des faits respectives de l’accusé et de la plaignante sont diamétralement opposées, la croyance au consentement peut quand même être invoquée s’il est possible de « combiner

evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence" (para. 25).

158

In other words, if the accused's version asserting consent and cooperation was entirely believed, then obviously an acquittal would be based on consent, rather than mistaken belief in consent, and the latter defence would become irrelevant. On the other hand, if the complainant's evidence of lack of consent, clearly manifested to the accused, was entirely believed, there would be no basis for a suggestion that the accused could have been mistaken as to the complainant's consent. However, it would also be possible for a jury, where some circumstances in the evidence so indicated, to believe the complainant's assertion that she did not consent, but to also have a reasonable doubt as to whether the accused could nevertheless have been mistaken in believing that she did.

159

Park (1995) also recognized that where the evidence could only point to either consent, or a lack of consent known to the accused or as to which the accused was reckless or wilfully blind, the defence of mistaken belief would not be available (para. 26). This was consistent with the Court's previous decision in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, where it was held that the accused's wilful blindness as to the absence of consent could not form the basis to a defence of honest but mistaken belief in consent.

160

Those principles were then consistently applied by this Court and the courts of appeal to determine whether the defence of honest but mistaken belief in consent was available in various circumstances (see *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.); *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. M.O.*, [2000] 2 S.C.R. 594, 2000 SCC 49, aff'g the dissenting reasons of Rosenberg J.A. (1999), 138 C.C.C. (3d) 476 (Ont. C.A.); *R. v. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361 (Sask. C.A.); *R. v.*

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 » (par. 25).

En d'autres termes, si l'on acceptait entièrement la version de l'accusé selon laquelle il y a eu consentement et coopération, il est évident qu'il y aurait alors acquittement fondé sur le consentement et non pas sur la croyance erronée au consentement, et que ce dernier moyen de défense ne serait pas pertinent. Par contre, si l'on acceptait entièrement le témoignage de la plaignante selon lequel elle a clairement signifié à l'accusé son absence de consentement, ce dernier ne pourrait pas alléguer qu'il s'est mépris sur le consentement de la plaignante. Cependant, un jury pourrait également, lorsque certaines circonstances ressortant de la preuve l'y autorisent, accepter l'allégation de non-consentement de la plaignante, mais avoir tout de même un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé pouvait avoir eu tort de croire qu'elle consentait.

Dans l'arrêt *Park* (1995), la Cour a également reconnu que la croyance erronée ne peut pas être invoquée comme moyen de défense lorsque la preuve permet seulement de conclure soit au consentement, soit à l'absence de consentement connue de l'accusé qui l'a volontairement ignorée ou ne s'en est pas soucié (par. 26). Cela était conforme à l'arrêt antérieur *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, où la Cour avait statué que le fait que l'accusé ait volontairement ignoré l'absence de consentement ne pouvait pas étayer un moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement.

La Cour et les cours d'appel ont constamment appliqué ces principes pour déterminer, dans diverses circonstances, si le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement pouvait être invoqué (voir *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.); *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. M.O.*, [2000] 2 R.C.S. 594, 2000 CSC 49, confirmant les motifs dissidents du juge Rosenberg (1999), 138 C.C.C.

Rarru (No. 2) (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. v. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127). In *Ewanchuk, supra*, the legal requirements of the defence of honest but mistaken belief in consent were further defined, and it was specified, at para. 49, that in order for the defence to be available in law, a belief that the complainant “affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity” was necessary. Therefore, a belief that the complainant had not communicated a lack of consent, without more, could not form a sufficient basis for the defence, as it would be a mistake of law for an accused to assume that a complainant consented only because no lack of consent was expressed.

Thus while the “air of reality” language is a relatively recent development, the concept itself has its origin in very well-established criminal law principles. However, the novel “air of reality” language used to describe the evidential burden on an accused to raise a defence created difficulties, as was pointed out by Sopinka J., concurring in *Osolin, supra*, at pp. 653-54, where he said:

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) “simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences” (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term “evidentiary burden” and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term “air of reality” helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion. Just as attempts to refine the meaning of “reasonable doubt” have frequently resulted in reversible error, so too the use of the “air of reality” test encourages

(3d) 476 (C.A. Ont.); *R. c. Silva* (1994), 31 C.R. (4th) 361 (C.A. Sask.); *R. c. Rarru (No. 2)* (1995), 60 B.C.A.C. 90; *R. c. Stolz* (1996), 71 B.C.A.C. 127). Dans l’arrêt *Ewanchuk*, précité, la Cour a défini de façon plus détaillée les conditions légales de l’application du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, précisant, au par. 49, que, pour que l’accusé puisse invoquer ce moyen de défense en droit, il doit avoir cru que la plaignante « avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle ». La croyance que la plaignante n’avait pas communiqué son absence de consentement n’était donc pas suffisante en soi pour étayer le moyen de défense, étant donné que commettrait une erreur de droit l’accusé qui tiendrait pour acquis que la plaignante a consenti du seul fait qu’elle n’a pas exprimé son absence de consentement.

Ainsi, bien que l’utilisation du terme « vraisemblance » soit relativement récente, la notion même de vraisemblance émane de principes de droit criminel très bien établis. Toutefois, l’utilisation de ce nouveau terme pour décrire la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense a causé des difficultés, comme l’a souligné le juge Sopinka dans les motifs concordants qu’il a rédigés dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 653-654 :

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d’accord avec le juge Cory que le par. 265(4) « établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense » (p. 676) et qu’il n’exige rien de plus de l’accusé qu’il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquittement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c’est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L’expression « charge de présentation » et la définition que j’en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l’addition du mot « vraisemblance » facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m’inquiète qu’en essayant d’ajouter quelque chose à la définition d’un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu’em-

trial judges to weigh the evidence rather than apply the legal definition to which I have referred. [Emphasis added.]

162

Sopinka J.'s concern, which I largely share, is further discussed in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 151-53. The authors indicate that "[t]he courts appear to apply different evidentiary thresholds when applying the air of reality test and it is sometimes difficult to detect which threshold the court has applied in a particular case" (p. 152). The authors assert that the "no evidence" threshold discussed above is the same as the standard applied for a directed verdict of acquittal, and represents the classical statement of the test used to determine whether the accused's evidential burden has been fulfilled. However, they add, at pp. 152-53:

The "air of reality" term is sometimes applied to determine whether there is "sufficient evidence" to raise a defence. The courts have articulated criteria or standards to determine whether the evidence satisfies this threshold for the air of reality test. The application of these standards requires the trial judge to weigh the probative value of the evidence to determine if there is a sufficient factual foundation for the proffered defence, that is, whether a reasonable jury properly charged could acquit.

The authors warn that "the higher threshold for the air of reality test risks a conviction where a jury may have acquitted had the jurors been charged on the possible defence" (p. 153). Searching for a sufficient factual foundation for a defence also seems to contradict the explicit statements of this Court to the effect that an application of the "air of reality" test must not involve the weighing of the evidence (see *Davis, supra*, at para. 82; *Ewanchuk, supra*, at para. 57; *Park* (1995), *supra*, at para. 13; *Osolin, supra*, at p. 691; *Bulmer, supra*, at p. 790; *Pappajohn, supra*, at p. 132).

brouiller la question. Tout comme les tentatives de cerner le sens de « doute raisonnable » ont souvent donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité de la décision, de même, le recours au critère de la « vraisemblance » incite les juges de première instance à évaluer la preuve plutôt qu'à appliquer la définition juridique que j'ai mentionnée. [Je souligne.]

L'inquiétude du juge Sopinka, que je partage en grande partie, est analysée plus en profondeur par J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 151-153. D'après ces auteurs, [TRADUCTION] « [l]es tribunaux paraissent appliquer différentes normes de preuve lorsqu'ils appliquent le critère de la vraisemblance et il est parfois difficile de déterminer quelle norme un tribunal a appliquée dans un cas donné » (p. 152). Ils affirment que la norme de « l'absence de preuve », analysée précédemment, est la même que celle appliquée à l'égard d'un verdict imposé d'acquiescement et qu'elle correspond à la formulation classique du critère employé pour décider si l'accusé s'est acquitté de sa charge de présentation. Ils ajoutent cependant, aux p. 152-153 :

[TRADUCTION] Le terme « vraisemblance » est parfois utilisé pour déterminer s'il y a une « preuve suffisante » pour qu'un moyen de défense puisse être invoqué. Les tribunaux ont établi des critères ou normes permettant de décider si la preuve satisfait à cette exigence au chapitre de la vraisemblance. Suivant ces normes, le juge du procès est tenu d'apprécier la valeur probante de la preuve pour déterminer si le moyen de défense invoqué a un fondement factuel suffisant, c'est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l'acquiescement.

Les auteurs font la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « l'application d'une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance risque d'entraîner une déclaration de culpabilité dans un cas où un jury aurait pu prononcer l'acquiescement s'il avait reçu des directives sur le moyen de défense pouvant être invoqué » (p. 153). Déterminer si un moyen de défense a un fondement factuel suffisant paraît également contraire aux énoncés explicites de la Cour selon lesquels l'application du critère de la vraisemblance ne doit pas comporter une évaluation de la preuve (voir *Davis*, précité, par. 82; *Ewanchuk*, précité, par. 57; *Park* (1995), précité, par. 13; *Osolin*, précité, p. 691; *Bulmer*, précité, p. 790; *Pappajohn*, précité, p. 132).

While I emphatically agree that no attempt at weighing the evidence should be made by trial judges when determining whether a defence possesses the requisite “air of reality”, I reiterate the warning that if the test adopted is one of “sufficient evidence”, as opposed to “some evidence”, it will become difficult to understand sufficiency as exclusive of weight. In *Park* (1995), *supra*, L’Heureux-Dubé J. addressed Sopinka J.’s concern, at para. 19:

Sopinka J. preferred, at pp. 654-55 [of the *Osolin* case], to characterize the “air of reality” test more simply, as an ordinary evidentiary burden on an accused to adduce sufficient evidence to justify a defence being put to a jury. In many ways, he is correct. I think, however, that the unique social and legal context of sexual assault, including the uncommon frequency with which the mistake of fact defence is raised, make it necessary for this Court to elaborate somewhat on that standard. [Emphasis added.]

3. The Specificity of Defences in Sexual Assault Cases

I already pointed out that the “air of reality” test was not only elaborated in the sexual assault context, but that it has also mostly been applied in cases respecting the honest but mistaken belief in consent defence. This was also noted by McLachlin J., dissenting, in *Osolin*, *supra*, at p. 648:

While the rule applies generally, it has attracted special attention in the context of trials for sexual assault. This is because one of the most common defences on such trials, the defence of honest but mistaken belief, is frequently asserted in cases where there is no evidentiary foundation for it, requiring the court to advise the jury that there is no air of reality to the defence. [Emphasis added.]

In my view, in order to properly understand this development in the law and its applicability to other defences, two distinctive features of the

Même si je conviens parfaitement que le juge du procès doit s’abstenir d’évaluer la preuve pour décider si un moyen de défense a la vraisemblance requise, je réitère la mise en garde selon laquelle il sera difficile de considérer qu’il n’y a pas lieu d’évaluer une preuve pour en déterminer le caractère suffisant, si le critère adopté est celui de « l’existence d’une preuve suffisante » au lieu de celui de « l’existence d’une preuve ». Dans l’arrêt *Park* (1995), précité, par. 19, le juge L’Heureux-Dubé a mentionné l’inquiétude exprimée par le juge Sopinka :

Aux pages 654 et 655 [de l’arrêt *Osolin*], le juge Sopinka préfère caractériser plus simplement le critère de la « vraisemblance » en disant qu’il s’agit de l’obligation qu’a ordinairement l’accusé de produire une preuve suffisante pour soumettre un moyen de défense donné à l’appréciation d’un jury. À bien des égards, le juge Sopinka a raison. Je crois, cependant, que le contexte sociojuridique particulier de l’agression sexuelle, y compris la fréquence inhabituelle du recours à la défense d’erreur de fait, oblige notre Cour à apporter quelques précisions sur cette norme. [Je souligne.]

3. Le caractère particulier des moyens de défense invoqués en matière d’agression sexuelle

J’ai déjà fait observer que le critère de la vraisemblance a non seulement été établi dans le contexte des procès pour agression sexuelle, mais qu’il a surtout été appliqué dans les cas où le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement était invoqué. Madame le juge McLachlin fait la même observation dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés dans l’arrêt *Osolin*, précité, p. 648 :

Cette règle est certes d’application générale, mais elle suscite une attention particulière dans le contexte des procès pour agression sexuelle. En effet, l’un des moyens de défense les plus courants dans ce genre de procès, soit la défense de la croyance sincère mais erronée, est fréquemment invoqué dans des cas où ce moyen de défense ne ressort aucunement de la preuve, ce qui oblige la cour à aviser le jury de son absence de vraisemblance. [Je souligne.]

À mon sens, pour bien comprendre cette évolution du droit et son applicabilité à d’autres moyens de défense, il faut examiner deux caractéristiques

honest but mistaken belief in consent defence, as applied to sexual assault, must be examined.

165 First, I observe that in all of the “air of reality” cases examined so far, the honest but mistaken belief in consent defence was not the only defence raised by the accused, but rather constituted an alternative defence which was fundamentally inconsistent with the main defence raised, that of actual consent of the complainant. This feature of the case law is highly significant. Indeed, if the accused’s main defence is that the complainant consented, and if he testifies to the fact that she actively participated and expressed her consent, he is negating the suggestion that there is any possibility that his belief in consent could be honestly mistaken, except in a highly hypothetical case where the complainant would entirely admit to the participatory actions and expressions of consent, but would testify that she nevertheless did not consent, either because she was incapable of consenting or because her consent was induced by fear or threats unknown to the accused. In more common place sexual assault cases, therefore, the assessment of the availability of the honest but mistaken belief in consent defence cannot proceed on the same basis as is required under the classical evidential burden test. It cannot be assumed that the whole of the accused’s evidence is true, for in that case, the only available defence is consent and there is no room for a mistaken belief. Therefore, when the two defences of consent and mistake are advanced, the assessment of the “air of reality” of the honest mistake defence would have to proceed, in most cases, on the basis that the accused’s evidence is not entirely true.

166 An examination of the facts of the present case makes it immediately apparent that such a concern does not arise here, where the accused raises only one defence and clearly asks this Court to assume

distinctives de la croyance sincère mais erronée au consentement invoquée comme moyen de défense dans un procès pour agression sexuelle.

Tout d’abord, je remarque que, dans toute la jurisprudence relative au critère de la vraisemblance que nous avons examinée jusqu’à maintenant, la croyance sincère mais erronée au consentement n’était pas le seul moyen de défense invoqué par l’accusé, mais constituait plutôt un moyen subsidiaire foncièrement incompatible avec le principal moyen de défense invoqué, à savoir le consentement véritable de la plaignante. Cette caractéristique de la jurisprudence est très significative. En effet, si l’accusé fait valoir, comme principal moyen de défense, que la plaignante était consentante et qu’il témoigne qu’elle a participé activement aux actes et a exprimé son consentement, il écarte alors toute possibilité de croyance sincère mais erronée au consentement, sauf dans le cas très hypothétique où la plaignante reconnaîtrait avoir participé aux actes en question et exprimé son consentement, tout en soutenant qu’elle n’a pas vraiment consenti soit parce qu’elle en était incapable, soit parce qu’une crainte ou des menaces inconnues de l’accusé l’ont amenée à consentir. Dans les affaires d’agression sexuelle les plus courantes, la question de savoir si la croyance sincère mais erronée au consentement peut être invoquée comme moyen de défense ne peut donc pas être tranchée de la même manière que dans le cas du critère classique de la charge de présentation. On ne peut pas tenir pour acquis que la preuve soumise par l’accusé est entièrement véridique car, dans ce cas, le seul moyen de défense qui pourra être invoqué est l’existence du consentement et non la croyance erronée au consentement. Par conséquent, lorsque le consentement et l’erreur sont tous deux invoqués comme moyens de défense, il faut la plupart du temps tenir pour acquis que la preuve de l’accusé n’est pas entièrement véridique pour déterminer la vraisemblance du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée.

À l’examen des faits de la présente affaire, on constate immédiatement que cette difficulté ne se pose pas en l’espèce : l’accusé n’invoque qu’un seul moyen de défense et il demande clairement à la

that the whole of his evidence is true in order to assess the “air of reality” of his defence, which is indeed the proper approach to deciding, without weighing, whether a defence should go to the jury. Thus, the principles enunciated in *Osolin, supra*, and *Park* (1995), *supra*, according to which one must find support in the totality of the evidence for the accused’s honest but mistaken belief in consent must be viewed in the context in which they were formulated, that is, in situations where it was impossible to find support for the defence exclusively by assuming the whole of the accused’s evidence to be true, for such an assumption would deny a foundation to the defence, since the accused’s evidence was contrary to it.

Also, the inappropriate use of myths and stereotypes prejudicial to complainants has been a significant concern in the law of sexual assault. It was held, for example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, that evidence respecting the complainant’s prior sexual behaviour should not be admissible for the purpose of either attacking her credibility as a witness, or inviting the jury to draw the inference that the complainant was more likely to have consented in the circumstances at issue, on the assumption that, as a sexually active woman, she would be prone to consent to sexual relations on any occasion. The defence of honest but mistaken belief in consent has often attempted to root itself in similar misconceptions, for example where an accused bases his alleged belief in consent only on his prior belief that the complainant certainly would consent to sexual relations with him (see *Park* (1995), *supra*, at paras. 24 and 52-53), or on the complainant’s passivity or lack of resistance (see *Ewanchuk, supra*) or, worse, on his conception that “no means yes”, or that the complainant is in fact consenting in her own mind even though she is expressing lack of consent. Neither prosecutions nor defences can properly rest on facts founded exclusively on such unacceptable myths and stereotypes.

Cour de tenir pour acquis que la preuve qu’il a soumise est entièrement véridique pour déterminer si ce moyen de défense est vraisemblable, ce qui représente la bonne façon de décider, sans recourir à une évaluation, s’il y a lieu de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. Ainsi, les principes énoncés dans les arrêts *Osolin* et *Park* (1995), précités, selon lesquels la croyance sincère mais erronée de l’accusé au consentement doit être étayée par l’ensemble de la preuve, doivent être interprétés en fonction du contexte dans lequel ils ont été formulés. Dans ces deux affaires, on ne pouvait pas conclure qu’il était possible d’invoquer le moyen de défense en cause en tenant uniquement pour acquis que la preuve soumise par l’accusé était entièrement véridique, étant donné qu’il en résulterait une absence de fondement du moyen de défense en raison de son incompatibilité avec la preuve de l’accusé.

De plus, le recours inopportun à des mythes et à des stéréotypes préjudiciables aux plaignantes a été un facteur important dans l’établissement du droit applicable en matière d’agression sexuelle. C’est ainsi que, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la Cour a statué qu’on ne peut invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour miner la crédibilité de son témoignage ou pour amener le jury à conclure qu’en l’espèce elle était plus susceptible d’avoir consenti du fait que, étant sexuellement active, elle serait portée à consentir à des rapports sexuels à tout moment. On a souvent tenté de recourir à de telles conceptions erronées pour justifier la croyance sincère mais erronée au consentement. Citons, par exemple, le cas où un accusé fonde sa prétendue croyance au consentement sur sa conviction antérieure que la plaignante consentirait sûrement à avoir des relations sexuelles avec lui (voir *Park* (1995), précité, par. 24 et 52-53), sur la passivité de la plaignante ou sur l’absence de résistance de sa part (voir *Ewanchuk*, précité) ou, pis encore, sur son opinion que « non voulait dire oui » ou qu’au fond la plaignante est consentante même si elle dit le contraire. Aucune poursuite ou ni aucun moyen de défense ne peut dûment s’appuyer sur des éléments qui ne tiennent qu’à de tels mythes et stéréotypes inacceptables.

4. The “Air of Reality” Test for Other Defences

168

While the “air of reality” test was developed in the specific context of the crime of sexual assault and of the defence of honest but mistaken belief in consent, and its formulation was therefore influenced by the specific issues that arise in that context, the test was also said to be applicable to all defences (see *Osolin, supra*, at p. 676). This is not surprising if one sees the “air of reality” test as an application of the principle according to which the accused bears an evidential burden in order to raise a defence, which was already well established and was always meant to apply to all defences. The principle is well explained by K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 247:

The judge does not, however, have to instruct the jury about every defence in every case. The accused has to overcome a threshold evidential burden by pointing to some evidence that justifies consideration of the particular defence. In other words, the accused has to establish that there is an air of reality that justifies instructing the jury about the defence. This requires some evidence as to the existence of all the elements of the defence including both their objective and subjective components. The sufficiency of the evidence is then left to the jury. [Emphasis added.]

Thus, the “air of reality” language is now being generally used in describing the evidential burden on the accused to raise any defence. Since the elaboration of the modern test, the principle has in fact been applied to determine the availability of the defences of provocation (see *R. v. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499 (Ont. C.A.), aff’d on different grounds, [1998] 1 S.C.R. 123; *R. v. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102 (B.C.C.A.)), self-defence (see *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. McConnell*, [1996] 1 S.C.R. 1075, aff’g the dissenting reasons of Conrad J.A. (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227), intoxication (see *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84, 16 C.R. (5th) 276 (Que. C.A.); *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (B.C.C.A.); *R.*

4. L’application du critère de la vraisemblance à d’autres moyens de défense

Bien qu’il ait été établi dans le contexte particulier du crime d’agression sexuelle et du moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, et que sa formulation ait ainsi été influencée par les questions particulières qui se posent dans ce contexte, le critère de la vraisemblance a été déclaré applicable à tous les moyens de défense (voir *Osolin*, précité, p. 676). Il n’est pas étonnant que ce critère soit perçu comme une application du principe voulant qu’une charge de présentation incombe à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense, lequel principe était déjà bien établi et a toujours été censé s’appliquer à tous les moyens de défense. Ce principe est bien expliqué par K. Roach dans *Criminal Law* (2^e éd. 2000), p. 247 :

[TRADUCTION] Cependant le juge n’est pas toujours tenu de donner au jury des directives sur tous les moyens de défense. L’accusé doit s’acquitter d’une charge préliminaire de présentation en signalant l’existence d’une preuve justifiant la prise en compte du moyen de défense en cause. En d’autres mots, il doit établir qu’il y a une vraisemblance qui justifie de donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Il doit donc produire une preuve de l’existence de tous les éléments du moyen de défense, y compris ses composantes objectives et subjectives. Il incombe ensuite au jury de décider si cette preuve est suffisante. [Je souligne.]

C’est ainsi que, de nos jours, le terme « vraisemblance » est généralement utilisé pour décrire la charge de présentation incombant à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense. Depuis son établissement, le critère contemporain a servi en fait à déterminer la possibilité d’invoquer comme moyen de défense la provocation (voir *R. c. Malott* (1996), 110 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Ont.), confirmé pour d’autres motifs par [1998] 1 R.C.S. 123; *R. c. Stewart* (1995), 41 C.R. (4th) 102 (C.A.C.-B.)), la légitime défense (voir *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. McConnell*, [1996] 1 R.C.S. 1075, confirmant les motifs dissidents de madame le juge Conrad (1995), 32 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.); *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227), l’intoxication (voir *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Caron*

v. Taillefer (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), leave to appeal denied, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (Ont. C.A.); *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (Ont. C.A.); *Stewart, supra*, necessity (see *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315 (B.C.C.A.)), duress and compulsion (see *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24) and obedience to superior orders and mistake of fact in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701. The test has also been used to determine whether the trial judge had a duty to instruct the jury on the alternative verdict of manslaughter because of lack of intent to murder (see *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39).

However, it should be noted that in many of these cases, decided after *Pappajohn*, the term “air of reality” is not found, and the test is rather formulated as the classic principle of the accused’s evidential burden (see *R. v. Duclos*, [1995] Q.J. No. 678 (QL) (C.A.); *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 (hereinafter *Parks* (1992)); *R. v. Sheridan*, [1991] 2 S.C.R. 205, aff’g the dissenting reasons of Foisy J.A. (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (Alta. C.A.); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *Young, supra*; *R. v. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (Ont. C.A.); *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.); see also *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, where the expression “sense of reality”, derived from the cases of *Kelsey* and *Workman, supra*, as explained above, was used, instead of the new “air of reality” test; and also *R. v. Gee*, [1982] 2 S.C.R. 286, where it was said, at p. 303, that a foundation of fact was necessary to “give a reality” to the defence). Thus, while this Court has said that the new “air of reality” test is applicable to all defences, it seems that in many instances courts have preferred to continue to use the language that was formerly used to describe

(1998), 16 C.R. (5th) 276 (C.A. Qué.); *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (C.A.C.-B.); *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (C.A. Ont.); *R. c. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (C.A. Ont.); *Stewart*, précité, la nécessité (voir *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. McKay* (1992), 13 C.R. (4th) 315 (C.A.C.-B.)), la contrainte (voir *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24), et ainsi que l’obéissance aux ordres d’un supérieur et l’erreur de fait (voir *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701). Le critère a également servi à déterminer si le juge du procès avait l’obligation de donner au jury des directives sur la possibilité de prononcer un autre verdict, celui d’homicide involontaire coupable, en l’absence d’intention de commettre un meurtre (voir *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39).

Cependant, il convient de souligner que, dans un bon nombre de ces arrêts postérieurs à *Pappajohn*, il n’est nullement question de « vraisemblance », le critère appliqué revêtant plutôt la forme du principe classique de la charge de présentation incombant à l’accusé (voir les arrêts *R. c. Duclos*, [1995] A.Q. n° 678 (QL) (C.A.); *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871 (ci-après *Parks* (1992)); *R. c. Sheridan*, [1991] 2 R.C.S. 205, confirmant les motifs dissidents du juge Foisy (1990), 55 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Alb.); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *Young*, précité; *R. c. Murray* (1994), 93 C.C.C. (3d) 70 (C.A. Ont.); *R. c. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.); voir également l’arrêt *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, où, comme je l’ai déjà expliqué, l’expression « *sense of reality* », tirée des arrêts *Kelsey* et *Workman*, précités, et rendue respectivement par « sérieux » et « vraisemblable », est employée au lieu du nouveau critère de la « vraisemblance » (« *air of reality* »); voir aussi l’arrêt *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286, p. 303, où on a affirmé qu’une constatation de fait était nécessaire pour « appuyer » le moyen de défense). Partant, même si la Cour a dit que le

the accused's evidential burden, without reference to the "air of reality" formulation.

170

More importantly, it also seems that, regardless of the language used to identify the test, the added requirement focussing on the sufficiency of the evidence, as opposed to its mere existence, has not been applied in all "air of reality" cases concerning defences other than the defence of honest but mistaken belief in consent. On the contrary, courts often continued to apply the "no evidence" test, and to refer to the need for "some evidence" or "any evidence" relevant to the defence, as opposed to "sufficient evidence" (see *Ruzic, supra*, at para. 100; *Robinson, supra*, at para. 71; *Lemky, supra*, at para. 22; *Parks (1992), supra*, at p. 897; *Faid, supra*, at pp. 278-80; *Brisson, supra*, at pp. 235-36; *Gee, supra*, at p. 303; *McConnell (C.A. (dissent)), supra*, at para. 84; *Malott (C.A.), supra*, at p. 521; *Sheridan (C.A. (dissent)), supra*, at p. 320; *Murray, supra*, at p. 84). In *Perka, supra*, the term used, at p. 257, was "evidence sufficient to raise an issue" (emphasis added), which can be contrasted with evidence sufficient to raise a reasonable doubt, as discussed in Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 152-53, as quoted in para. 162. In *Thibert, supra*, at para. 7, Cory J. described the test as follows:

[T]he trial judge must still determine if there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed and acting judicially could find that there had been provocation. If the trial judge is satisfied that there is such evidence, then the defence must be put to the jury to determine what weight, if any, should be attached to that evidence. Obviously the trial judge should not weigh the sufficiency of the evidence. This is the function reserved for the jury. [Emphasis added.]

In *Faid, supra*, also in the context of an assessment of the availability of the defence of provocation,

nouveau critère de la vraisemblance s'appliquait à tous les moyens de défense, il semble que, dans bien des cas, les tribunaux ont préféré continuer de recourir à la terminologie utilisée antérieurement pour décrire la charge de présentation incombant à l'accusé, sans parler de vraisemblance.

Qui plus est, il semble également que, indépendamment de la terminologie employée pour décrire le critère, l'exigence supplémentaire axée sur le caractère suffisant de la preuve, par opposition à la simple existence de celle-ci, n'a pas été appliquée dans toutes les affaires portant sur la vraisemblance de moyens de défense autres que celui fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement. Au contraire, les tribunaux ont souvent continué d'appliquer le critère de « l'absence de preuve » et de mentionner la nécessité d'« une preuve » ou de « quelque élément de preuve » utile concernant le moyen de défense invoqué, par opposition à la nécessité d'une « preuve suffisante » (voir *Ruzic, précité*, par. 100; *Robinson, précité*, par. 71; *Lemky, précité*, par. 22; *Parks (1992), précité*, p. 897; *Faid, précité*, p. 278-280; *Brisson, précité*, p. 235-236; *Gee, précité*, p. 303; *McConnell (C.A. (dissidence)), précité*, par. 84; *Malott (C.A.), précité*, p. 521; *Sheridan (C.A. (dissidence)), précité*, p. 320; *Murray, précité*, p. 84). Dans l'arrêt *Perka, précité*, p. 257, il est question d'« éléments de preuve suffisants pour soulever un doute » (je souligne), et non pas d'éléments de preuve suffisants pour soulever un doute raisonnable, comme le mentionnent Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 152-153 (cité au par. 162). Dans l'arrêt *Thibert, précité*, par. 7, le juge Cory décrit ainsi le critère applicable :

[I]l incombe néanmoins au juge du procès de déterminer s'il y a quelque élément de preuve permettant à un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées de conclure qu'il y a eu provocation. Si le juge du procès est convaincu qu'une telle preuve existe, il doit alors soumettre la défense à l'appréciation du jury, qui décidera quel poids, le cas échéant, doit être accordé à cette preuve. Il est évident que le juge du procès ne doit pas apprécier la suffisance de la preuve. Il s'agit du rôle qui est réservé au jury. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Faid, précité*, où il s'agissait également de savoir si la provocation pouvait être invoquée

Dickson J. (as he then was), for the Court, stated, at pp. 276-77:

Whether the accused was provoked to lose his self-control is a question of fact for the jury. Where an accused testifies that he killed impulsively in hot blood it must be left to the jury to decide whether he is to be believed or not. There is, however, the preliminary question to be decided by the judge as a question of law, namely, whether there was any evidence produced on which a jury could decide that the accused acted in the heat of passion. The question as to whether or not there is any evidence is for the court, but subject to that the following matters are both questions of fact for the jury, namely, (i) the sufficiency of the particular wrongful act or insult to cause an ordinary person to be deprived of self-control, and (ii) whether the accused was actually deprived of his self-control by such act or insult . . . [Emphasis added.]

A review of the application of the “air of reality” doctrine to defences other than the defence of honest but mistaken belief in consent in the context of sexual assault offers support for the statement quoted above to the effect that “[t]he courts appear to apply different evidentiary thresholds when applying the air of reality test” (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 152). While courts have sometimes referred to the modified threshold measuring the sufficiency of the evidence which was associated with the introduction of the “air of reality” language (see *Latimer, supra*, at para. 35; *Finta, supra*; *Bergstrom, supra*, at p. 552; *Fisk, supra*, at paras. 80-81; *Caron, supra*, at p. 91 C.C.C.), it appears that in an important number of cases, the classical evidential burden principles and the “no evidence” test associated with them were preferred, whether or not the new terminology was used.

Thus, in general, the well-established principle that an accused bears an evidential burden to introduce “some evidence”, as opposed to “sufficient evidence”, relevant to a defence, in order for the jury to be instructed on the defence, remains very much a part of our criminal law, in relation to defences other than the defence of mistaken belief in consent. This Court has also recognized, in *R. v. Holmes*, [1988] 1

comme moyen de défense, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, au nom de la Cour, aux p. 276-277 :

La question de savoir si l'accusé a perdu la maîtrise de lui-même par suite d'une provocation est une question de fait à soumettre au jury. Lorsqu'un accusé témoigne qu'il a tué impulsivement dans un accès de colère, c'est le jury qui doit décider de la crédibilité de ce témoignage. Il y a toutefois la question de droit préliminaire à trancher par le juge, savoir si on a produit des éléments de preuve sur lesquels un jury pourrait se fonder pour conclure que l'accusé a agi dans un accès de colère. C'est donc à la cour que revient la tâche de décider s'il existe des éléments de preuve, mais, sous cette réserve, sont des questions de fait à soumettre au jury le point de savoir (i) si l'action [fautive] ou l'insulte en question suffit à priver une personne ordinaire de la maîtrise de soi et (ii) si cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé de la maîtrise de lui-même . . . [Je souligne.]

L'examen de l'application de la règle de la vraisemblance à d'autres moyens de défense que celui fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, dans le contexte d'un procès pour agression sexuelle, tend à confirmer l'affirmation précitée selon laquelle [TRADUCTION] « [l]es tribunaux paraissent appliquer différentes normes de preuve lorsqu'ils appliquent le critère de la vraisemblance » (Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 152). Bien que les tribunaux aient parfois renvoyé à la norme modifiée d'appréciation du caractère suffisant de la preuve, associée à l'introduction du terme « vraisemblance » (voir *Latimer*, précité, par. 35; *Finta*, précité; *Bergstrom*, précité, p. 552; *Fisk*, précité, par. 80-81; *Caron*, précité, par. 283-284), il appert que, dans un grand nombre de cas, on a préféré recourir aux principes classiques de la charge de présentation et au critère de « l'absence de preuve » qui y est associé, peu importe que la nouvelle terminologie ait été employée ou non.

En général, le principe bien établi voulant que l'accusé doive s'acquitter d'une charge de présentation consistant à produire non pas une « preuve suffisante », mais plutôt « une preuve » qui soit pertinente relativement à un moyen de défense, afin que le jury reçoive des directives sur ce moyen de défense, continue donc de faire partie intégrante de notre droit criminel en ce qui concerne les moyens

171

172

S.C.R. 914, that the statutory imposition of an evidential burden on an accused is not inconsistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, and that such an evidential burden exists with respect to all defences.

173 The vast majority of cases where an “air of reality” was denied to a defence were cases either involving multiple defences, often inconsistent, or involving defences subject to specific technical or policy requirements, or the legal availability of which was clearly limited to certain types of crimes or specific circumstances.

5. The Case of Multiple, Alternative Defences

174 As discussed above, the defence of honest but mistaken belief in consent arises almost always when alternative and inconsistent defences are raised. However, this Court has also encountered this difficult issue in a variety of other circumstances, well before the “air of reality” test was introduced. As early as 1934, in *Wu, supra*, the Court had to determine the availability of the defences of self-defence and provocation, in a case where the main defence was one of alibi, and the alternative defences rested solely on the account of Crown witnesses according to which the accused was being followed by the victim prior to the assault. Lamont J., for the Court, stated, at p. 617:

The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. Even then the rule, in my opinion, is not without exception, and one exception is, that it has no application where the accused, by the defence which he sets up at the trial, has negatived the alternative defence for which he afterwards seeks a new trial.

de défense autres que celui fondé sur la croyance erronée au consentement. Dans l’arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, la Cour a également reconnu que l’attribution, par le législateur, d’une charge de présentation à l’accusé n’est pas incompatible avec la présomption d’innocence consacrée à l’al. 11d) de la *Charte*, et que cette charge de présentation vaut à l’égard de tous les moyens de défense.

Dans la très grande majorité des cas où un moyen de défense n’a pas été jugé vraisemblable, on avait invoqué soit plusieurs moyens de défense souvent incompatibles, soit des moyens de défense qui étaient assujettis à des exigences techniques ou de politique générale particulières, ou encore qui, selon la loi, ne pouvaient clairement être invoqués qu’à l’égard de certains types de crimes ou dans certaines circonstances seulement.

5. Le cas où plusieurs moyens de défense subsidiaires sont invoqués

Comme nous l’avons vu, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement est presque toujours invoqué de pair avec des moyens subsidiaires et incompatibles. Toutefois, la Cour a également été aux prises avec cet épineux problème dans diverses autres circonstances, bien avant l’introduction du critère de la vraisemblance. Dès 1934, dans l’affaire *Wu*, précitée, la Cour a été appelée à se prononcer sur la possibilité d’invoquer la légitime défense et la provocation dans un cas où le principal moyen de défense était un alibi et où les moyens de défense subsidiaires reposaient uniquement sur la version des témoins à charge selon laquelle la victime avait suivi l’accusé avant l’agression. Le juge Lamont a dit ce qui suit au nom de la Cour (à la p. 617) :

[TRADUCTION] Donc, la règle voulant que l’accusé ait le droit, au procès, de faire examiner par le jury tous les moyens de défense subsidiaires qu’il invoque ne s’applique qu’aux moyens pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. J’estime que, même là, cette règle comporte des exceptions, dont l’une veut qu’elle soit inapplicable lorsque, en raison de la défense qu’il a opposée au procès, l’accusé a réfuté le moyen de défense subsidiaire sur lequel il se fonde par la suite pour demander la tenue d’un nouveau procès.

The defence that the accused was in Victoria at the time of the shooting was not only inconsistent with, but it negated the defence now sought to be set up.

In *Leary, supra*, Pigeon J., for the majority, stated, at p. 60:

An accused cannot very well at the same time ask the jury to believe his statement that the complainant did consent if, at the same time, he says he was so drunk as not to know what he was doing.

I am not unmindful of the rule that it is the duty of a trial judge to put to the jury every defence available to the accused. However, when the latter, with the advice of competent counsel, chooses not to raise a weak alternative defence so as not to prejudice his main defence, it would not in my view be consistent with the proper administration of justice to allow a new trial for the purpose of making it possible to raise the alternative ground of defence.

Nevertheless, this Court has also recognized the possibility of raising inconsistent alternative defences. For example, in *Squire, supra*, Spence J., for the Court, indicated, at p. 19:

And, of course, in many cases, there are alternative defences and counsel for the accused feels that his presentation to the jury would only be weakened if he presented alternatives requiring the jury to make two different findings of fact.

Thus it is now well established that this remains a possibility for the accused (see *Finta, supra*; *Sheridan, supra*; *Taillefer, supra*; *Martin, supra*), which often gives rise to disputes concerning the duty of the trial judge to instruct the jury on defences that were not argued by the accused's counsel, precisely because he or she might feel that raising a weaker and inconsistent alternative might prejudice the accused's position. While this will not mean that the trial judge will be dispensed from his or her duty to put to the jury all defences available to the accused on the evidence, a practical perspective indicates that an inconsistency between the accused's evidence and the alternative defence argued, often for the first time on appeal, can

Le moyen de défense selon lequel l'accusé se trouvait à Victoria au moment de la fusillade était non seulement incompatible avec le moyen qu'il tente maintenant d'invoquer, mais il le réfutait.

Dans l'arrêt *Leary*, précité, p. 60, le juge Pigeon affirme ceci, au nom des juges majoritaires :

Un accusé ne peut demander au jury de croire sa déclaration que la plaignante a consenti et prétendre en même temps qu'il était ivre au point de ne pas avoir conscience de ce qu'il faisait.

Je n'oublie pas que le juge du procès a le devoir d'exposer au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut invoquer. Toutefois lorsque l'accusé, aidé d'un avocat compétent, décide de ne pas invoquer un faible moyen de défense subsidiaire, de façon à ne pas nuire à son principal moyen de défense, il ne serait pas conforme à la bonne administration de la justice d'ordonner un nouveau procès afin de lui permettre d'invoquer ce moyen de défense subsidiaire.

La Cour a néanmoins reconnu la possibilité d'invoquer des moyens de défense subsidiaires incompatibles. Par exemple, dans l'arrêt *Squire*, précité, p. 19, le juge Spence a indiqué, au nom de la Cour :

Il y a souvent des défenses subsidiaires, mais l'avocat de l'accusé peut considérer que son adresse au jury serait affaiblie s'il lui présentait une alternative l'obligeant à tirer deux conclusions de fait différentes.

Il est donc désormais bien établi que l'accusé a toujours cette possibilité (voir les arrêts *Finta, Sheridan, Taillefer* et *Martin*, précités), ce qui donne souvent lieu à des désaccords au sujet de l'obligation du juge du procès de donner au jury des directives sur des moyens de défense que l'avocat de l'accusé n'a pas invoqués, précisément parce qu'il estimait que le recours à un moyen subsidiaire plus faible et incompatible pourrait nuire à son client. Bien que le juge du procès ne soit pour autant dispensé de soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut invoquer compte tenu de la preuve, en pratique, l'incompatibilité entre la preuve soumise par l'accusé et le moyen de défense subsidiaire invoqué souvent pour la première fois en appel peut être

influence the assessment respecting the “air of reality” of that defence.

176 The “air of reality” analysis is therefore necessarily influenced by the presence of inconsistent defences, especially where an accused gives evidence in support of only one of the alternative defences put forward. In such cases, the analysis cannot, as would normally be the case, especially when seeking to apply the classical “no evidence” test, proceed on the basis that the whole of the evidence for the accused must be taken as true, for that would always make the alternative inconsistent defence unavailable. In contrast, in the present case we can and we must assume that the whole of the respondent’s evidence is true in order to decide whether his defence of self-defence possesses the requisite “air of reality”.

6. Defences Resting on Technical or Policy Requirements

177 Another important factor to be considered in an analysis of the “air of reality” jurisprudence relates to technical or policy requirements applicable to specific defences, which also influence the determination of their availability. For example, in *Stone, supra*, at para. 179, the majority of this Court decided that an accused wishing to raise the defence of automatism now bears the legal burden of proof to demonstrate involuntariness on a balance of probabilities. This was found, in turn, to modify also the accused’s evidential burden, which is now described by Bastarache J., for the majority, at para. 182, as follows: “the defence must satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities”. In addition, there are specific requirements respecting the type of evidence required for an accused to fulfill the evidential burden related to the defence of automatism, the most important of which is the obligation to present expert psychiatric evidence confirming the accused’s claim (*Stone*, at paras. 183-84). Similarly, this Court

déterminante en ce qui concerne le caractère vraisemblable de ce moyen de défense.

L’existence de moyens de défense incompatibles influe donc nécessairement sur l’analyse de la vraisemblance, particulièrement lorsque l’accusé ne présente des éléments de preuve qu’à l’appui de l’un des moyens subsidiaires qu’il invoque. En pareil cas, spécialement lorsqu’on cherche à appliquer le critère classique de « l’absence de preuve », on ne peut pas effectuer l’analyse comme on le ferait normalement, c’est-à-dire en tenant pour acquis que la preuve présentée au nom de l’accusé est entièrement véridique, car il en résulterait toujours une impossibilité d’invoquer le moyen de défense subsidiaire incompatible. Par contre, nous pouvons et nous devons, en l’espèce, tenir pour acquis que la preuve présentée par l’intimé est entièrement véridique pour décider si la légitime défense qu’il invoque a la vraisemblance requise.

6. Les moyens de défense assujettis à des exigences techniques ou de politique générale

En analysant la jurisprudence relative au critère de la vraisemblance, il faut prendre en considération un autre élément important, à savoir les exigences techniques ou de politique générale qui s’appliquent à certains moyens de défense et qui sont également déterminantes en ce qui concerne la possibilité d’invoquer ces moyens de défense. Par exemple, dans l’arrêt *Stone*, précité, par. 179, la Cour a statué, à la majorité, que l’accusé qui souhaite invoquer l’automatisme comme moyen de défense doit désormais s’acquitter de la charge ultime de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il a agi involontairement. Elle a également conclu que cela avait pour effet de modifier la charge de présentation incombant à l’accusé, que le juge Bastarache définit ainsi, au nom des juges majoritaires, au par. 182 : « la défense doit convaincre le juge du procès de l’existence d’une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement ». En outre, des exigences particulières s’appliquent au type de preuve que

has held in *Daviault, supra*, at p. 101, that in the case of the defence of extreme intoxication “akin to automatism or insanity”, the accused bears the legal burden of establishing his or her defence on the balance of probabilities, in addition to the evidential burden of raising the defence (*Daviault*, at p. 102). This naturally involves a stricter evidential burden for the accused, and expert evidence is also required (*Daviault*, at p. 101). It is clear that no such requirements, or burden of proof, apply with respect to self-defence, and one must therefore be alive to the fact that the “air of reality” test, while in principle the same, cannot be applied in exactly the same manner to all defences.

There also exists statutory and common law bars to the availability of certain defences. For example, the defence of intoxication, as opposed to extreme intoxication, is only available for crimes of general intent (see *Leary, supra*, where the defence was consequently found not to apply to the crime of rape; see also, generally, *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, affirming and applying the *Leary* rule; *Lemky, supra*, at paras. 13-15; *Robinson, supra*, at para. 75, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point). Similarly, the statutory defence of compulsion by threats (provided for in s. 17 of the *Criminal Code*), is unavailable for a series of listed offences. In *Ruzic, supra*, LeBel J., for the Court, indicated, at para. 23: “Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether”. In *Bergstrom, supra*, reference was made to the issue of whether there was sufficient evidence for the defence of compulsion to be raised, but the Court’s main finding was that the defence was not available for the

l’accusé doit soumettre pour s’acquitter de la charge de présentation qui lui incombe lorsqu’il souhaite invoquer l’automatisme comme moyen de défense, la plus importante étant l’obligation de présenter une preuve d’expert en psychiatrie à l’appui de son allégation (*Stone*, par. 183-184). De même, dans l’arrêt *Daviault*, précité, p. 101, la Cour a décidé que, outre la charge de présentation qui lui incombe, l’accusé qui souhaite invoquer comme moyen de défense l’intoxication extrême « s’apparentant à l’automatisme ou à l’aliénation mentale » doit s’acquitter de la charge ultime d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il était dans cet état au moment où il a commis l’infraction reprochée (*Daviault*, p. 102). Il s’ensuit naturellement que l’accusé doit s’acquitter d’une charge de présentation plus stricte et produire une preuve d’expert (*Daviault*, p. 101). Il est clair qu’aucune exigence ni aucune charge de preuve de cette nature ne s’appliquent à la légitime défense, et il faut donc reconnaître que, bien qu’il soit invariable en principe, le critère de la vraisemblance ne saurait s’appliquer exactement de la même manière à tous les moyens de défense.

La loi écrite et la common law empêchent également d’invoquer certains moyens de défense. Par exemple, l’intoxication, par opposition à l’intoxication extrême, ne peut être invoquée comme moyen de défense que pour un crime d’intention générale (voir *Leary*, précité, où la Cour a, en conséquence, conclu que ce moyen de défense ne s’appliquait pas au crime de viol; voir aussi, de manière générale, *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, confirmant et appliquant la règle établie dans *Leary*; *Lemky*, précité, par. 13-15; *Robinson*, précité, par. 75, madame le juge L’Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point). De même, le moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces (prévu à l’art. 17 du *Code criminel*) ne peut être invoqué relativement à une série d’infractions énumérées. Dans l’arrêt *Ruzic*, précité, par. 23, le juge LeBel indique, au nom de la Cour : « Sous réserve d’un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d’éliminer complètement l’accès à un moyen de défense en matière criminelle. » Dans l’arrêt *Bergstrom*, précité, la Cour

crime of rape, as it was found to be excluded by statute. Another example of a statutory restriction to the availability of a defence is the fact that the defence of provocation, provided for in s. 232 of the *Criminal Code*, is only available for the crime of murder, and then only permits, if it raises a reasonable doubt, to return a conviction for manslaughter instead of murder. So, in *Wu*, *supra*, the Court noted, at pp. 616-17, that provocation was not an available defence to the charge of wounding with intent to murder.

s'est demandé si la preuve était suffisante pour que l'on puisse invoquer la contrainte comme moyen de défense, mais elle a principalement conclu que ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué relativement à un crime de viol étant donné que la loi empêchait de le faire. Un autre exemple de cas où la loi restreint l'accès à un moyen de défense est celui du moyen de défense fondé sur la provocation, prévu à l'art. 232 du *Code criminel*. Ce moyen de défense ne peut être invoqué que pour le crime de meurtre et ne peut alors donner lieu qu'à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre, s'il suscite un doute raisonnable. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Wu*, précité, p. 616-617, la Cour a fait remarquer que la personne accusée d'avoir infligé des blessures dans l'intention de tuer ne peut pas invoquer la provocation comme moyen de défense.

179 Policy considerations peculiar to a specific common law defence may also influence the "air of reality" analysis. For example, with respect to the defence of necessity, Dickson J., for the majority, indicated, in *Perka*, *supra*, at p. 250:

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively "involuntary".

Accordingly, Dickson J. stated, at p. 251, that the defence of necessity "was restricted to instances of non-compliance 'in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible'". The boundaries of the defence of necessity were further complemented by a policy analysis of proportionality, described as follows, at p. 252:

Even if the requirements for urgency and "no legal way out" are met, there is clearly a further consideration. There must be some way of assuring proportionality. No rational criminal justice system, no matter how humane

Des considérations de politique générale propres à un moyen de défense prévu par la common law peuvent également influencer l'analyse de la vraisemblance. Par exemple, le juge Dickson, s'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Perka*, précité, p. 250, a indiqué ce qui suit au sujet du moyen de défense fondé sur la nécessité :

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon valable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont « involontaires » sur le plan normatif.

Il a donc ajouté, à la p. 251, que le moyen de défense fondé sur la nécessité « ne s'applique qu'aux cas de désobéissance "dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible" ». Aux limites de l'application de ce moyen de défense s'est greffée une analyse de la proportionnalité faisant appel à des considérations de politique générale, qui est décrite comme suit, à la p. 252 :

Même si les exigences qu'il y ait urgence et absence de « moyen de s'en sortir légalement » sont remplies, il y a nettement une autre considération. Il doit y avoir un moyen quelconque d'assurer la proportionnalité. Aucun

or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. In such circumstances we expect the individual to bear the harm and refrain from acting illegally. [Emphasis added.]

As a result of those policy considerations, Dickson J., indicated in *Perka*, *supra*, at p. 259, that the criterion for necessity “is the moral involuntariness of the wrongful action” and that “this involuntariness is measured on the basis of society’s expectation of appropriate and normal resistance to pressure” (emphasis added). Indeed, in *Latimer*, *supra*, at para. 40, this Court indicated that the proportionality requirement of the necessity defence “requires the trial judge to consider, as a question of law rather than fact, whether the harm avoided was proportionate to the harm inflicted” (emphasis added). It therefore becomes apparent that when applied to the defence of necessity, the “air of reality” analysis becomes more than just the basic evidentiary assessment aimed at determining whether there exists, on the record, any evidence in support of the defence. Rather, it involves a careful policy exercise of balancing of values, so that the “air of reality” doctrine, in that case, amounts to a definition of the availability, in law, of this particular defence, not just with respect to the fact situation at issue in a given case, but more generally with respect to the societal values underlying the concept of necessity as a defence to a criminal charge. While questions of policy may be involved in a variety of defences, in most cases general principles respecting the legal requirements of the defence have already been clearly established, and the “air of reality” analysis can be restricted to its purely evidentiary function of determining whether there is any evidence going to those legal requirements.

système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l’imposition d’un mal plus grand afin de permettre à l’auteur de l’acte d’éviter un moindre mal. Dans de telles circonstances, on s’attend à ce que la personne subisse le mal et s’abstienne d’agir illégalement. [Je souligne.]

Ce sont ces considérations de politique générale qui ont amené le juge Dickson à préciser, à la p. 259 de l’arrêt *Perka*, que le critère applicable en matière de nécessité « est le caractère involontaire, du point de vue moral, de l’acte mauvais » et que « ce caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression » (je souligne). En fait, dans l’arrêt *Latimer*, précité, par. 40, la Cour a affirmé que l’exigence de proportionnalité applicable au moyen de défense fondé sur la nécessité « requiert que le juge du procès détermine, en tant que question de droit plutôt que de fait, si le mal évité était proportionné au mal infligé » (je souligne). Il appert donc que, lorsqu’elle porte sur le moyen de défense fondé sur la nécessité, l’analyse de la vraisemblance ne se résume pas à une appréciation sommaire de la preuve destinée à déterminer si, selon le dossier, il existe quelque élément de preuve à l’appui du moyen de défense invoqué. Elle comporte plutôt une évaluation minutieuse de valeurs faisant appel à des considérations de politique générale, de sorte que l’application du critère de la vraisemblance consiste alors à décider s’il est possible, en droit, d’invoquer ce moyen de défense particulier non seulement en fonction des faits en cause dans une affaire donnée, mais, de manière plus générale, en fonction des valeurs sociales qui sous-tendent la nécessité qui peut être invoquée comme moyen de défense face à une accusation criminelle. Bien que les moyens de défense qui soulèvent des questions de politique générale puissent varier, il existe déjà, dans la plupart des cas, des principes généraux qui établissent clairement les conditions légales de l’application du moyen de défense invoqué. Partant, l’analyse de la vraisemblance peut se limiter à sa fonction strictement probatoire et ne servir qu’à déterminer s’il existe quelque élément de preuve touchant à ces conditions légales d’application.

181

From the above analysis, it becomes clear that while the “air of reality” test elaborated in the sexual assault context has now gained general acceptance as the means to determine the availability of defences, the contents of the test, and the strictness of its application, might still vary depending on a number of factors. Thus, the fact that an accused has not raised a defence on the advice of competent counsel, that the defence has sought, or is seeking on appeal, to raise inconsistent alternative defences, as well as specific technical or policy requirements applicable to particular defences, can all influence the application of the test aimed at assessing whether the accused’s evidential burden has been fulfilled with respect to a defence. In my opinion, the analysis in the present case should focus on the reality of the situation involved, that is, an accused who has raised, throughout the proceedings, only one defence, essentially through his own testimony, while otherwise admitting guilt. Furthermore, the requirements of the defence of self-defence raised in this case are well defined in law, and the defence involves no specific technical requirements in terms of the nature of the evidence that must be found in the record for the defence to arise. Nor does the defence involve a legal burden of proof for the accused, who only has to raise a reasonable doubt.

B. Application of the “Air of Reality” Test Where the Accused Only Presents One Defence and Otherwise Admits Guilt

182

Counsel for the Crown conceded in oral argument of this appeal that an application of the “air of reality” test that denies an accused the only defence put forward, where the elements of the offence are otherwise admitted, is akin to a directed verdict of conviction, or a guilty verdict essentially rendered by the trial judge, and not by the jury. A directed verdict of conviction as such is, of course, a concept unknown to our criminal law, technically impossible at trial, and apparently contrary to all of the fundamental principles of criminal law, in particular the

Il ressort nettement de l’analyse qui précède que même si, désormais, le critère de la vraisemblance établi dans le contexte des procès pour agression sexuelle est généralement reconnu comme étant le moyen de déterminer si un moyen de défense peut être invoqué, le contenu du critère et la rigueur de son application peuvent quand même varier en fonction d’un certain nombre de facteurs. Par conséquent, l’application du critère visant à déterminer si l’accusé s’est acquitté de sa charge de présentation relativement à un moyen de défense donné peut être influencée par le fait que l’accusé a omis d’invoquer un moyen de défense, sur le conseil d’un avocat compétent, qu’en appel la défense a cherché ou cherche à invoquer des moyens subsidiaires incompatibles, et que certaines exigences techniques ou de politique générale s’appliquent à des moyens de défense particuliers. Selon moi, l’analyse en l’espèce devrait porter sur ce qui s’est réellement produit : tout au long des procédures, l’accusé n’a invoqué qu’un seul moyen de défense, étayé surtout par son propre témoignage, et il a par ailleurs reconnu sa culpabilité. En outre, les conditions applicables à la légitime défense invoquée en l’espèce sont bien définies en droit et ne comportent aucune exigence technique particulière quant à la nature de la preuve qui doit figurer au dossier pour que ce moyen de défense puisse être invoqué. Aucune charge de persuasion n’incombe à l’accusé qui invoque ce moyen de défense; celui-ci n’a qu’à susciter un doute raisonnable.

B. Application du critère de la vraisemblance lorsque l’accusé n’invoque qu’un seul moyen de défense et reconnaît par ailleurs sa culpabilité

Les avocates du ministère public ont reconnu dans leur plaidoirie devant la Cour qu’une application du critère de la vraisemblance qui a pour effet d’écarter le seul moyen de défense invoqué par l’accusé, dans le cas où l’existence des éléments constitutifs de l’infraction est par ailleurs reconnue, s’apparente à un verdict imposé de culpabilité ou à un verdict de culpabilité essentiellement prononcé par le juge du procès et non par le jury. Il est évident qu’un tel verdict imposé de culpabilité n’existe pas dans notre droit criminel, qu’il

presumption of innocence and the right to a trial by jury, both constitutionally protected rights. In particular, I would be concerned that a severe curtailment of the opportunity to present a defence to the jury could be challenged as an infringement of the right “to the benefit of trial by jury” (s. 11(f) of the *Charter*).

It seems to me from the jurisprudence studied above, that the “air of reality” test was never meant to lead to directed verdicts of conviction, but was mostly designed to avoid confusing the jury, particularly in cases of inconsistent alternative defences. Where only one defence is raised and guilt is otherwise admitted, therefore, if we are to give any real meaning to the right to a trial by jury, the application of the test should be strictly limited to situations where a technical evidentiary requirement necessary to fulfill the accused’s evidential burden for a specific defence is lacking, or when there is a complete absence of evidence on one or more of the essential ingredients of the defence. Only in those cases can it be said that the defence is not available in law, and only in this manner, in my view, can the proper role of the jury be respected.

It is important to distinguish cases where there is a complete lack of evidence from those cases where there is some evidence, but the court does not consider it strong enough to raise a reasonable doubt. An example of a true absence of evidence can be found in *Brisson*, *supra*, where the accused did not testify at trial, but relied only on a brief statement he made to the authorities, which indicated that the murder was committed in an attempt to [TRANSLATION] “calm down” the victim, but which did not contain any evidence with respect to the accused’s apprehension of death or grievous bodily harm, nor with respect to the accused’s perception of the availability of alternatives to the course of action taken. In

est techniquement impossible au procès et qu’il va apparemment à l’encontre de tous les principes fondamentaux du droit criminel, notamment la présomption d’innocence et le droit à un procès avec jury qui sont tous deux garantis par la Constitution. Je crains, en particulier, qu’une restriction draconienne de la possibilité de soumettre un moyen de défense au jury puisse être contestée pour le motif qu’elle représente une atteinte au droit « de bénéficier d’un procès avec jury » (al. 11f) de la *Charte*).

Il me semble ressortir de la jurisprudence examinée précédemment que l’application du critère de la vraisemblance n’a jamais été censée conduire à des verdicts imposés de culpabilité, mais qu’elle visait surtout à éviter qu’il y ait confusion dans l’esprit des jurés, spécialement lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués. Par conséquent, lorsqu’un seul moyen de défense est invoqué et que la culpabilité est par ailleurs reconnue, le respect du droit à un procès avec jury exige que le critère ne soit appliqué que si l’accusé n’a pas satisfait à une exigence technique en matière de preuve à laquelle il devait satisfaire pour s’acquitter de sa charge de présentation relativement à un moyen de défense particulier ou s’il y a absence totale de preuve concernant un seul ou plusieurs des éléments essentiels du moyen de défense. Ce n’est que dans ces cas que l’on peut dire que le moyen de défense ne peut pas être invoqué en droit, et ce n’est que de cette manière, selon moi, que le rôle que doit jouer le jury peut être respecté.

Il importe de distinguer les cas où il y a absence totale de preuve de ceux où il existe une preuve, mais où le tribunal juge que cette preuve n’est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. L’affaire *Brisson*, précitée, est un cas où il y avait absence véritable de preuve. L’accusé n’avait pas témoigné au procès et avait seulement invoqué une brève déclaration faite aux policiers selon laquelle le meurtre avait été commis en tentant de « calmer » la victime. Cette déclaration ne renfermait cependant aucun élément de preuve concernant l’appréhension de la mort ou de lésions corporelles graves qu’aurait eue l’accusé, ou encore sa perception de l’existence d’autres moyens de s’en sortir. Dans

183

184

that case, it could truly be said that there was absolutely no evidence going to at least two of the essential requirements of self-defence. This was so aside from any assessment of the reasonableness of the accused's possible perceptions, since the accused did not even provide any evidence of what his perceptions were at the relevant time. Another example can be found in *Duclos, supra*, with respect to the defence of intoxication, where while there was evidence of alcohol and drug consumption, there was absolutely no evidence provided with respect to the effect on the accused of such consumption, either through his testimony or through any other source. Once again, in that case, there was a total absence of evidence concerning an essential element of the defence, that is, the fact that the accused not only consumed intoxicating substances, but was in fact intoxicated at the relevant time. Similarly, in *Faid, supra*, a case which involved alternative defences and therefore also raised different concerns, it was found, at p. 278, that while there was evidence of an act that the jury could possibly find amounted to provocation, there was absolutely no evidence, in the accused's testimony or from any other source, that the accused in fact lost control, had his "passions . . . inflamed" or "killed in [the] heat of blood".

185 In *Ewanchuk, supra*, at para. 57, Major J. spoke of the limits of the "air of reality" test. He indicated:

At this point we are concerned only with the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief and should avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence. [Emphasis added.]

Where the "air of reality" test is applied to a single defence situation, it seems clear that the only possible way to avoid a substantive assessment of the merits of the defence is to limit the application of the test to cases like the ones referred to above, where there truly is a complete lack of evidence going to an essential requirement of the defence. The

cette affaire, on pouvait vraiment dire qu'il y avait absence totale de preuve concernant au moins deux des éléments essentiels de la légitime défense. Il en était ainsi indépendamment de toute évaluation du caractère raisonnable des perceptions que l'accusé avait pu avoir, étant donné qu'il n'avait même pas offert de preuve au sujet des perceptions qu'il avait eues au moment pertinent. On trouve un autre exemple dans l'affaire *Duclos*, précitée, où l'intoxication avait été invoquée comme moyen de défense. Dans cette affaire, la preuve établissait qu'il y avait eu consommation de drogue et d'alcool, mais absolument aucun élément de preuve n'avait été présenté, au moyen du témoignage de l'accusé ou autrement, quant à l'effet que cette consommation avait eu sur ce dernier. Là encore, il y avait absence totale de preuve concernant un élément essentiel du moyen de défense, savoir que l'accusé avait non seulement consommé des substances intoxicantes, mais qu'il était effectivement intoxiqué au moment pertinent. De même, dans l'arrêt *Faid*, précité, où il était question de moyens de défense subsidiaires et où, par conséquent, des questions différentes se posaient, la Cour a conclu, à la p. 278, que, même s'il existait une preuve de l'accomplissement d'un acte qu'un jury pourrait considérer comme étant de la provocation, il n'y avait absolument rien, dans le témoignage de l'accusé ou ailleurs, qui prouvait que ce dernier avait effectivement perdu son sang-froid, qu'il était « furieux » ou qu'il avait « tué dans un accès de colère ».

Dans l'arrêt *Ewanchuk*, précité, par. 57, le juge Major a parlé des limites du critère de la vraisemblance :

À ce stade-ci, nous ne nous attachons qu'à la plausibilité apparente de la défense de croyance sincère mais erronée, et il faut éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense. [Je souligne.]

Lorsqu'un seul moyen de défense est invoqué, il semble clair que la seule façon d'échapper à l'évaluation substantielle du bien-fondé de ce moyen de défense consiste à n'appliquer le critère de la vraisemblance que dans les cas — semblables à ceux déjà mentionnés — où il y a vraiment absence totale de preuve concernant une condition essentielle

application of the test where there is evidence which, in the opinion of the court, is not strong enough to raise a reasonable doubt, should be avoided. This is especially true where, as in this case, it is the opinion of the Court of Appeal or of this Court which is sought, as opposed to that of the trial judge. In *Thibert, supra*, at para. 33, Cory J. indicated:

It is trite but important to recall that the trial judge had the tremendous advantage of seeing and hearing the testimony of all who testified. The trial judge was in a very advantageous position to determine if there was such evidence of provocation adduced that the defence should be left with the jury. He considered the objections of the Crown to leaving the defence with the jury but decided, rightly in my view, that he should instruct the jury on the defence. Unless there is an absence of any evidence as to the objective and subjective elements of the defence such a decision of a trial judge should not be lightly interfered with by an appellate court. [Emphasis added.]

Therefore, and especially where appellate review is involved, the “air of reality” analysis, when applied to the sole defence raised and available to the accused, should focus only on the presence or absence of evidence, as opposed to its quality, sufficiency, or weight. An example of the attitude that must, in my opinion, prevail in the “air of reality” analysis in cases like the present is found in the decision of Proulx J.A., for the Quebec Court of Appeal, in *Taillefer, supra*, with respect to the defence of intoxication, at p. 37 C.C.C.:

[TRANSLATION] If the appellants, in their written statements, had only mentioned their consumption of alcohol or drugs without any indication of their effects on the acts alleged, then no instruction was required. However, as the appellants also alluded to their condition caused by the alcohol or the drug, it must be admitted that there is evidence, though not very convincing, since it was only an assertion on which neither elaborated and which also was not tested by cross-examination, nor supported by any

du moyen de défense. Il y a lieu d'éviter d'appliquer le critère en présence d'un élément de preuve qui, de l'avis du tribunal, n'est pas assez solide pour susciter un doute raisonnable. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, l'opinion sollicitée est celle de la cour d'appel ou de notre Cour, et non celle du juge du procès. Dans l'arrêt *Thibert*, précité, par. 33, le juge Cory indique ce qui suit :

Même s'il s'agit d'un lieu commun, il est néanmoins important de rappeler que le juge du procès a eu l'avantage énorme de voir et d'entendre tous les témoins. Il était dans une position très avantageuse pour décider s'il avait été présenté, relativement à la provocation, des éléments de preuve indiquant que cette défense devait être soumise à l'appréciation du jury. Après avoir pris en considération les objections du ministère public à cet égard, il a décidé, correctement selon moi, qu'il devait donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Un tribunal d'appel ne devrait pas modifier trop rapidement une telle décision du juge du procès, sauf en l'absence de preuve quant aux éléments objectif et subjectif de ce moyen de défense. [Je souligne.]

Par conséquent, lorsqu'elle porte sur le seul moyen de défense qui pouvait être invoqué et qui a été effectivement invoqué par l'accusé, l'analyse de la vraisemblance, surtout si elle est effectuée dans le cadre d'un examen en appel, doit être axée uniquement sur l'existence ou l'inexistence d'une preuve, et non pas sur la qualité, le caractère suffisant ou la valeur probante de la preuve soumise. L'arrêt *Taillefer*, précité, que le juge Proulx a rédigé au nom de la Cour d'appel du Québec traite du moyen de défense fondé sur l'intoxication et illustre l'attitude qui, à mon sens, doit être adoptée en effectuant l'analyse de la vraisemblance dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis. Le juge Proulx affirme, à la p. 328 :

Si les appelants, dans leur déclaration écrite, n'avaient fait mention que de leur consommation d'alcool ou de drogue sans autre indication de l'effet de celle-ci sur les actes reprochés, alors aucune directive n'était requise. Toutefois, comme, en plus, les appelants ont fait allusion à leur état causé par l'alcool ou la drogue, force est d'admettre l'existence d'une preuve, néanmoins peu convaincante, puisqu'il ne s'agit que d'une affirmation sur laquelle aucun n'élabore et qui, au surplus, n'est

other evidence. Despite the little weight which this evidence has, one cannot say that this ground of defence has no air of reality. [Italics in original; underlining added.]

187

In other words, in cases like the present one, when examining whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed and acting judicially, could convict, it is the “no evidence” test, rather than the “sufficient evidence” test, which must be applied. In fact, in my view, the test should be substantially the same as the one applied to cases of directed verdicts of acquittal or motions for non-suit, as well as committal for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code*. In *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paras. 2-3, Bastarache J., for the majority, reiterated that in order to determine whether a directed verdict of acquittal should be granted, the “no evidence” test, derived from the case of *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, is the applicable one. This test was formulated as follows by Ritchie J., for the majority, at p. 1080 of the *Shephard* case: “whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty” (emphasis added). The test was also found to apply to circumstantial evidence (see *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 161). In *Charemski*, *supra*, Bastarache J. indicated, at para. 4, that the application of the “no evidence” test to circumstantial evidence means that the question of “whether or not there is a rational explanation for that evidence other than the guilt of the accused, is a question for the jury”.

188

In *Monteleone*, *supra*, McIntyre J., for the Court, clearly stated, at p. 160, that when assessing whether a directed verdict of acquittal is appropriate, “it is not for this Court, nor was it for the Court of Appeal, to reach a conclusion or even to consider the issue of guilt or innocence”. Instead, the Court’s “sole concern is to inquire whether there was a case made by the Crown at trial which ought to have been left

pas testée par le contre-interrogatoire, ni appuyée par une autre preuve. Malgré le peu de valeur probante que revêtait cette preuve, on ne saurait dire que ce moyen de défense ne présentait aucune vraisemblance. [En italique dans l’original; je souligne.]

En d’autres termes, dans un cas comme celui qui nous occupe, il faut appliquer le critère de « l’absence de preuve » et non celui de la « preuve suffisante » pour déterminer s’il existe une preuve qui permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de prononcer un verdict de culpabilité. En fait, j’estime que le critère appliqué doit être essentiellement le même que dans le cas d’un verdict imposé d’acquiescement ou d’une demande de non-lieu, ainsi que dans le cas d’un renvoi à procès fondé sur le par. 548(1) du *Code criminel*. Dans l’arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2-3, le juge Bastarache a rappelé, au nom des juges majoritaires, que, pour décider s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement, il faut appliquer le critère de l’« absence de preuve », qui émane de l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. À la page 1080 de ce dernier arrêt, le juge Ritchie, s’exprimant au nom des juges majoritaires, formule ainsi le critère en question : « existe[-t-il] ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité [?] » (je souligne). La Cour a également statué que ce critère s’applique à la preuve circonstancielle (voir *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 843; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 161). Dans l’arrêt *Charemski*, précité, par. 4, le juge Bastarache précise que l’application du critère de « l’absence de preuve » à la preuve circonstancielle signifie qu’« il appartient au jury de déterminer s’il existe, à l’égard de cette preuve, une autre explication logique que la culpabilité de l’accusé ».

Dans l’arrêt *Monteleone*, précité, p. 160, le juge McIntyre a clairement affirmé, au nom de la Cour, que pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un verdict imposé d’acquiescement, « cette Cour n’a pas, pas plus que la Cour d’appel, à conclure à la culpabilité ou à l’innocence ou même à examiner cette question ». Au contraire, la « seule préoccupation [de la Cour] est de voir s’il y avait une preuve

to the jury for that determination". At p. 161, it was also made clear that the analysis is only concerned with the existence of any evidence. McIntyre J. indicated:

It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

The Court concluded that there was, in *Monteleone*, some evidence which met the *Shephard* test. McIntyre J. was careful, however, not to express any opinion as to the strength of this evidence, and rather stated, at p. 167:

In conclusion, I do not suggest that the inculpatory evidence is conclusive or even persuasive. That is not the function of an appellate court. The resolution of that question is for the jury upon proper instructions on the law after having heard the evidence.

The principle according to which the application of the "no evidence" test constitutes a question of law which must involve no weighing of the evidence is a well-established principle that has been consistently applied by this Court (see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 361; *Mezzo*, *supra*, at p. 844; *Shephard*, *supra*, at p. 1088). The "limited weighing" permitted in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, is not a departure from this line of authorities and is specific to cases where the evidence is entirely circumstantial, which is not the case here. Naturally, it is also clear that no assessment of credibility must be involved in the determination of whether a directed verdict of acquittal should be granted, as was repeatedly emphasized in *Shephard*, *supra*, at pp. 1083-84 and 1087. In addition, it was specified in *Litchfield*, *supra*, at p. 362, that "proof beyond a reasonable doubt is not an element of the test for a directed verdict; the proper test is some evidence" (emphasis added).

As indicated in *Shephard*, *supra*, at p. 1080, the test used to determine whether a directed verdict of acquittal is appropriate is the same as the one used

présentée par la poursuite au procès qui aurait dû être soumise au jury afin qu'il arrive à cette conclusion ». À la page 161, le juge McIntyre précise également que l'examen ne doit porter que sur l'existence d'une preuve :

Le juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. Il n'incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury.

Dans l'arrêt *Monteleone*, la Cour a conclu à l'existence d'une preuve qui satisfaisait au critère de l'arrêt *Shephard*. Toutefois, le juge McIntyre s'est bien gardé d'exprimer une opinion sur la force probante de cette preuve, préférant affirmer, à la p. 167 :

En conclusion, je ne suggère pas que les éléments de preuve incriminants sont concluants ou même probants. Ce n'est pas la fonction d'une cour d'appel. La réponse à cette question relève du jury après qu'il a entendu la preuve et reçu des directives appropriées.

Le principe voulant que l'application du critère de « l'absence de preuve » constitue une question de droit qui doit être tranchée sans évaluation de la preuve est un principe bien établi que la Cour a toujours appliqué (voir *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 361; *Mezzo*, précité, p. 844; *Shephard*, précité, p. 1088). L'« évaluation limitée » qui est autorisée dans l'arrêt *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, ne déroge pas à ce courant de jurisprudence et ne s'applique que lorsque la preuve produite est entièrement circonstancielle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Naturellement, comme cela a été souligné à maintes reprises dans l'arrêt *Shephard*, précité, p. 1083, 1084 et 1087, il est également clair qu'aucune évaluation de crédibilité ne doit être effectuée pour décider s'il y a lieu de prononcer un verdict imposé d'acquiescement. En outre, comme le précise l'arrêt *Litchfield*, précité, p. 362, « la preuve hors de tout doute raisonnable n'est pas un élément du critère applicable à un verdict imposé; le critère approprié est l'existence d'une preuve quelconque » (je souligne).

Comme l'indique l'arrêt *Shephard*, précité, p. 1080, le critère appliqué pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un verdict imposé d'acquiescement

to determine whether an accused should be committed for trial under s. 548(1) of the *Criminal Code* (then s. 475(1)). The “no evidence” test was applied to committal for trial in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, where Estey J., for the majority, at pp. 107-8, indicated that the evidence in that case “approaches the traditional expression ‘a scintilla of evidence’ but falls short of what may be classified as fanciful” (emphasis added). It was therefore found, at p. 108, that “[c]onsequently, there can be gleaned from the record ‘some evidence’ to support the action of committal” (emphasis added).

191 Clearly, the *Shephard* test to determine whether a verdict of acquittal should be directed and whether the preliminary inquiry judge should refrain from committing the accused for trial is an extremely strict test. As I indicated in *R. v. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.), at p. 213:

The Supreme Court in that case rejected the suggestion that a directed verdict could be granted because the evidence was “manifestly unreliable”, “dubious”, “tainted beyond redemption”, or because it had been eroded by cross-examination.

The rationale behind such a strict test is readily understood when one considers the fundamental importance of the jury system in our law. In *Charemski, supra*, Bastarache J., elaborated on this rationale, in the context of the application of the “no evidence” test to cases involving circumstantial evidence only. He stated, at para. 13:

In my view, the trial judge should have directed the jury according to the requirement that a finding of guilt could only be made where there was no other rational explanation for the circumstantial evidence but that the defendant committed the crime (*John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, at pp. 791-92; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, at p. 881; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843). Making that finding is essentially a factual matter arising from an evaluation of the evidence. That assessment is properly left to the jury. Judges should not be hasty to encroach on that time-honoured

est le même que celui appliqué pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès de l’accusé, en vertu du par. 548(1) du *Code criminel* (à l’époque, le par. 475(1)). Le critère de « l’absence de preuve » a été appliqué à un renvoi à procès dans *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, où le juge Estey affirme, au nom des juges majoritaires, que la preuve dans cette affaire, « [s]ans tomber dans le domaine de la pure fantaisie, [. . .] se rapproche de ce qu’on appelle traditionnellement [TRADUCTION] “un soupçon de preuve” » (p. 107-108 (je souligne)). Il conclut donc, à la p. 108 : « Par conséquent, on peut glaner du dossier “des éléments de preuve” justifiant le renvoi au procès » (je souligne).

Manifestement, le critère établi dans l’arrêt *Shephard* pour décider si un verdict imposé d’acquittement devrait être prononcé et si le juge président l’enquête préliminaire devrait s’abstenir d’ordonner le renvoi à procès de l’accusé est extrêmement strict. Comme je l’ai indiqué dans *R. c. Collins* (1993), 79 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.), p. 213 :

[TRADUCTION] Dans cette affaire, la Cour suprême a rejeté la proposition selon laquelle un verdict imposé pouvait être prononcé parce que la preuve était « manifestement indigne de foi », « douteuse », « irrémédiablement viciée », ou parce que le contre-interrogatoire l’avait minée.

On comprend facilement la raison d’être d’un critère aussi strict si on considère l’importance fondamentale que revêt l’institution du jury dans notre droit. Dans l’arrêt *Charemski*, précité, le juge Bastarache précise cette raison d’être dans le contexte de l’application du critère de « l’absence de preuve » aux cas où seule une preuve circonstancielle a été produite. Voici ce qu’il affirme, au par. 13 :

À mon avis, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives lui précisant que, pour conclure à la culpabilité, il fallait que la seule explication logique de la preuve circonstancielle soit que le défendeur avait commis le crime (*John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, aux pp. 791 et 792; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, à la p. 881; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 843). Tirer cette conclusion est essentiellement une question de fait qui résulte d’une appréciation de la preuve. Il appartient au jury de faire cette appréciation. Les juges ne devraient pas empiéter à la légère sur cette

function, . . . [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

In *Mezzo, supra*, McIntyre J., for the majority, emphasized the importance of the jury's role as the rationale for the restrictive "no evidence" test. At p. 836, he stated:

The problem which arises here has its roots in the tendency to overlook the division of duties inherent in a trial by judge and jury. No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in the criminal law. Much of the difficulty that has arisen on this subject has been caused by a failure to recognize and preserve this distinction.

Thus, McIntyre J. indicated at p. 845, at the conclusion of his reasons:

There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and a jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret. [Emphasis added.]

Far from being inclined to elaborate rules that would restrict the role of the jury or lead to the abolition of the jury system, this Court has on the contrary recently strongly reiterated its faith in the system and its commitment to maintaining the integrity of the jury's important role in our criminal law (see *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at paras. 26-27 and 107; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42, at paras. 41-43 and 100). As indicated by Cory J., for the majority, in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13:

The jury system is clearly a significant factor in many democratic regimes. This is emphatically true in Canada. It is extremely important to our democratic society that jurors as representatives of their community may make

fonction consacrée par l'usage . . . [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Dans l'arrêt *Mezzo*, précité, le juge McIntyre a souligné, au nom des juges majoritaires, que l'importance du rôle du jury justifie l'application du critère strict de « l'absence de preuve ». Il affirme, à la p. 836 :

Le problème qui se pose ici s'explique par la tendance à ne pas tenir compte du partage des fonctions inhérent dans un procès devant un juge et un jury. Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel. La plupart des difficultés qui ont surgi à ce sujet sont dues au défaut de reconnaître et de maintenir cette distinction.

C'est ainsi qu'il ajoute à la fin de ses motifs, à la p. 845 :

Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup. [Je souligne.]

Loin d'être portée à établir des règles qui limiteraient le rôle du jury ou qui entraîneraient l'abolition de l'institution du jury, la Cour a récemment réitéré avec force sa confiance dans l'institution et son engagement à préserver l'intégrité du rôle important que joue le jury dans notre droit criminel (voir *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 26, 27 et 107; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42, par. 41-43 et 100). Comme le juge Cory l'a dit, au nom des juges majoritaires, dans *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13 :

Le système du jury est clairement un facteur important dans bien des régimes démocratiques. Cela est nettement le cas au Canada. Il est extrêmement important pour notre société démocratique que les jurés, en tant que

192

193

the decision as to the guilt or innocence of the accused before the court based solely on the evidence presented to them. There is a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous verdicts. [Emphasis added.]

At para. 14, Cory J. added that the jury system “has proven itself in the centuries past and continues to do so today”.

194

Our faith in the jury system explains why we have devised the “no evidence” test in order to assess whether a criminal case should go to trial and if so, whether it should be put to the jury. We have found ourselves willing and eager to let the jury make the final decision in every case in which there was any evidence at all, no matter how weak or unreliable, going to the essential elements of the offence, even if to do so involved accepting the possibility that innocent persons might be forced to stand trial in the face of very limited evidence against them, just so that the jury, and not the judge, may make the final determination of guilt or innocence. In my opinion and as has been repeatedly emphasized by this Court, our faith in the jury is not misplaced. However, I see no reason why the same principles should not govern the application of the “air of reality” test, where the accused risks what is akin to a directed verdict of conviction. There is no reason, either in law or in policy, to justify a greater level of scrutiny by the court of evidence tendered in support of an acquittal than of evidence introduced to convict. In both cases, the same level of “sufficiency” is called for.

195

Moreover, there is no reason to expand to the present context the “limited weighing” of the evidence endorsed in *Arcuri*, *supra*. *Arcuri* was a committal for trial case, and the evidence was entirely circumstantial. Inevitably, the court had to determine whether the evidence was capable of supporting all the inferences required so that there would be some evidence on all the essential ingredients of the offence. Here, the full case was already before

représentants de leur collectivité, puissent décider de la culpabilité ou de l’innocence d’un accusé en se fondant uniquement sur la preuve qui leur a été présentée. La tradition des jurys prononçant des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles. [Je souligne.]

Au paragraphe 14, le juge Cory ajoute que l’institution du jury « a fait ses preuves au cours des siècles et continue de le faire aujourd’hui ».

Notre confiance dans l’institution du jury explique pourquoi nous avons conçu le critère de « l’absence de preuve » qui doit être appliqué pour déterminer si une affaire criminelle justifie la tenue d’un procès et, dans l’affirmative, si elle doit être soumise au jury. Nous nous sommes montrés parfaitement disposés à confier au jury le soin de rendre la décision finale dans tous les cas où il existait quelque preuve, si faible et indigne de foi fût-elle, concernant les éléments essentiels de l’infraction reprochée, même si, ce faisant, nous reconnaissons implicitement le risque que des innocents soient contraints à subir un procès sur la foi d’une preuve très ténue, justement de manière à permettre au jury, et non au juge, de rendre une décision finale quant à leur culpabilité ou à leur innocence. À mon avis — la Cour l’a souligné à maintes reprises —, notre confiance dans le jury n’est pas injustifiée. Cependant, je ne vois pas pourquoi les mêmes principes ne devraient pas régir l’application du critère de la vraisemblance lorsque l’accusé s’expose à ce qui s’apparente à un verdict imposé de culpabilité. Ni le droit ni quelque politique générale ne justifient que la preuve à l’appui d’un verdict d’acquiescement fasse l’objet d’un examen plus rigoureux par le tribunal que la preuve à l’appui d’un verdict de culpabilité. Dans les deux cas, la même norme doit s’appliquer en ce qui concerne le « caractère suffisant » de la preuve.

De plus, il n’y a aucune raison d’étendre au présent contexte l’« évaluation limitée » de la preuve, autorisée dans l’arrêt *Arcuri*, précité, où il était question de renvoi à procès et où la preuve était entièrement circonstancielle. Dans *Arcuri*, le tribunal devait nécessairement décider si la preuve soumise pouvait étayer toutes les inférences requises pour qu’il existe une preuve concernant chacun des éléments essentiels de l’infraction.

the jury, and it was based not only on circumstantial evidence but mostly on direct evidence tendered by the accused himself.

In my opinion, the rationale, based on the division of tasks between judge and jury, behind the “no evidence” test for directed verdicts of acquittal and committals for trial applies with at least equal force to the assessment of the “air of reality” of the defence put forward by an accused. If anything, when it is the accused who is asking for his “case” to go to the jury, there are additional justifications for applying strictly a “no evidence” test. The right to a trial by jury is constitutionally guaranteed to the accused under s. 11(f) of the *Charter*. That right is expressed as the right to the benefit of a jury trial, and it is a self-standing constitutional right, separate and distinct from the right to a fair trial (s. 11(d)). It is therefore essential to afford the jury the opportunity to pronounce on every factual issue, in all cases where there is “some evidence” supporting the defence.

Furthermore, different judicial policy concerns arise when a court considers, on the one hand, withdrawing a case from the jury, either by discharging the accused at the preliminary inquiry or directing an acquittal at trial and, on the other hand, refusing to put a defence to the jury. A discharge at the preliminary inquiry allows for the saving of time and resources, since a possibly lengthy, expensive and unnecessary trial is avoided. Similarly, where an acquittal is directed, the time and resources that would have been necessary for the introduction of the defence evidence, if any, the judge’s charge to the jury, and the jury deliberation, are all avoided, while the rights of the accused are protected and he is not placed in unnecessary jeopardy. However, in spite of the considerable advantages involved in directed acquittals and refusals to commit for trial, this Court has consistently held that where there is any evidence, no matter how tainted, weak or unreliable, the case must nevertheless go to the jury in order to preserve the basic division of tasks

En l’espèce, le jury était déjà saisi de toute la preuve constituée non seulement d’éléments de preuve circonstancielle, mais principalement d’éléments de preuve directe émanant de l’accusé lui-même.

J’estime que le raisonnement, fondé sur le partage des tâches entre le juge et le jury, qui sous-tend le critère de « l’absence de preuve » applicable au verdict imposé d’acquiescement et au renvoi à procès, s’applique au moins tout autant à l’appréciation de la « vraisemblance » du moyen de défense invoqué par un accusé. En fait, d’autres raisons justifient l’application stricte d’un critère de « l’absence de preuve » lorsque c’est l’accusé qui demande que son moyen de défense soit soumis au jury. Le droit à un procès avec jury est garanti par la Constitution à l’al. 11f) de la *Charte*. Le droit garanti est celui de bénéficier d’un procès avec jury. Il s’agit d’un droit constitutionnel indépendant, distinct du droit à un procès équitable (al. 11d)). Il est donc essentiel de permettre au jury de se prononcer sur chacune des questions de fait dans tous les cas où le moyen de défense invoqué est étayé par « une preuve ».

En outre, des questions de politique judiciaire différentes se posent selon qu’un tribunal envisage de soustraire une affaire au jury, soit en libérant l’accusé à l’enquête préliminaire, soit en prononçant un verdict imposé d’acquiescement au procès, ou selon qu’il envisage de refuser de soumettre un moyen de défense à l’appréciation du jury. La libération de l’accusé à l’enquête préliminaire permet d’économiser temps et ressources, en ce sens qu’elle permet d’éviter la tenue d’un procès susceptible d’être long, coûteux et inutile. De même, le verdict imposé d’acquiescement permet d’économiser le temps et les ressources qui auraient dû être consacrés à la présentation, le cas échéant, de la preuve appuyant le moyen de défense, à l’exposé du juge au jury et aux délibérations du jury; du même coup, les droits de l’accusé sont protégés et celui-ci n’est pas exposé inutilement à une déclaration de culpabilité. Cependant, malgré les avantages considérables que comportent le verdict imposé d’acquiescement et le refus de renvoyer l’accusé à son procès, la Cour a toujours statué que, dès qu’il existe quelque preuve, si viciée, faible ou

196

197

between judge and jury and to avoid the risk of unjustified acquittals.

198 An application of the “air of reality” test that withdraws from the jury the only defence adduced at trial by an accused does not involve the same benefits and economy of resources as a directed acquittal or a refusal to commit the accused for trial. The “air of reality” determination can only be made after all the evidence has been heard, so that no time or resources will be saved during the trial *per se*. Since no rule of admissibility could possibly prevent an accused from testifying as to his or her version of the events, the accused’s evidence with respect to the defence raised will have to be heard whether or not the judge finds that there is an “air of reality” to the defence. In addition, since a directed verdict of conviction as such is not an option, the judge will still have to fully charge the jury on the applicable legal principles, such as the essential elements of the offence and the Crown’s burden of proof, even where the only defence adduced is essentially withdrawn from the jury. The jury will have to deliberate and render a verdict in the usual manner. In sum, while it might make the trial somewhat shorter, in the end, little time or resources will be saved by an application of the “air of reality” doctrine.

199 Therefore, the only principled and practical justification for withdrawing a defence is to avoid confusing the jury (see *Pappajohn*, *supra*, at pp. 126-27; *Osolin*, *supra*, at p. 648; *Park* (1995), *supra*, at para. 11; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 150; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, *supra*, at p. 119). This is not to say that there is no justification in principle for imposing an evidential burden on an accused who wishes to raise a defence. On the contrary, as explained earlier, such a burden serves to ensure that the Crown does not

indigne de foi soit-elle, l’affaire doit être soumise au jury afin de préserver le partage fondamental des tâches entre le juge et le jury et d’éviter qu’un verdict d’acquiescement injustifié soit prononcé.

L’application du critère de la vraisemblance, ayant pour effet de soustraire à l’appréciation du jury le seul moyen de défense invoqué par l’accusé au procès, ne comporte pas les mêmes avantages et ne permet pas de réaliser la même économie de ressources que le verdict imposé d’acquiescement ou le refus de renvoyer l’accusé à son procès. La décision relative à la vraisemblance ne peut être prise qu’à la suite de l’audition de toute la preuve, de sorte qu’aucune économie de temps ou de ressources n’est réalisée pendant le procès lui-même. Étant donné qu’aucune règle d’admissibilité n’est susceptible d’empêcher l’accusé de donner sa version des faits, le témoignage de l’accusé concernant le moyen de défense invoqué devra être entendu, quelle que soit la conclusion du juge concernant la vraisemblance de ce moyen de défense. De plus, en raison de l’impossibilité de prononcer un verdict imposé de culpabilité, le juge sera toujours tenu de donner au jury des directives complètes sur les principes juridiques applicables, tels les éléments essentiels de l’infraction et la charge de preuve incombant au ministère public, même dans le cas où le seul moyen de défense invoqué est, pour l’essentiel, soustrait à l’appréciation du jury. Le jury devra délibérer et prononcer un verdict de la manière habituelle. Somme toute, bien qu’elle puisse écourter quelque peu le procès, l’application du critère de la vraisemblance ne permet pas, en fin de compte, d’économiser beaucoup de temps ou de ressources.

Par conséquent, la seule raison qui justifie, en pratique et en principe, de soustraire un moyen de défense à l’appréciation du jury est d’éviter de semer la confusion dans l’esprit des jurés (voir *Pappajohn*, précité, p. 126-127; *Osolin*, précité, p. 648; *Park* (1995), précité, par. 11; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 150; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, *op. cit.*, p. 119). Cela ne signifie pas qu’il n’y a, en principe, aucune raison d’imposer une charge de présentation à l’accusé qui souhaite invoquer un moyen de défense. Au

have to adduce evidence with respect to every possible defence in order to complete its case, but must only negate beyond a reasonable doubt the defences which actually arise on the evidence. This principle is sound. However, when the requisite legal elements of a single defence are properly explained to the jury, there is little risk of confusion on the part of the jury solely because the evidence in support of the defence is weak and unpersuasive.

Yet the cost of risking a wrongful conviction and possibly violating the accused's constitutionally protected rights by inadvisably withdrawing a defence from the jury is a high one. Since this Court has consistently been of the view that the possible advantages that would be gained by adopting a higher threshold for the test respecting directed verdicts of acquittal are not sufficient to justify a change in the test, then I can see no possible justification for the adoption of a higher threshold in the "air of reality" context, where such an adoption would involve fewer advantages and more risks.

Therefore, I conclude that the "air of reality" test, as a judicial evaluation of evidence that is for a jury to accept or reject, is essentially the same test as the one applicable to the Crown's case in directed verdicts of acquittal or committals for trial. That test is whether there is any evidence upon which a jury, properly instructed and acting judicially, could acquit. In applying the test, trial judges and appellate courts must assume that all the evidence supportive of the defence, including the testimony of the accused, is true. Furthermore, the courts must avoid weighing the evidence and applying their own assessment of questions of fact.

This Court has clearly indicated that the question of whether a defence possesses the requisite "air

contraire, comme je l'ai déjà expliqué, cette charge de présentation permet d'assurer que, pour compléter sa preuve, le ministère public n'ait pas à réfuter tout moyen de défense susceptible d'être invoqué, mais qu'il soit seulement tenu de réfuter hors de tout doute raisonnable les moyens de défense que la preuve permet effectivement d'invoquer. Ce principe est bien fondé. Toutefois, lorsque les conditions légales d'application d'un moyen de défense sont bien expliquées au jury, le seul fait que la preuve offerte à l'appui de ce moyen de défense soit faible et non convaincante risque peu de semer la confusion dans l'esprit des jurés.

Or, si on soustrait de façon inopportune un moyen de défense à l'appréciation du jury, cela risque fortement d'entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée et une atteinte aux droits que la Constitution garantit à l'accusé. Étant donné que la Cour a toujours été d'avis que les avantages qui pourraient résulter du resserrement du critère applicable au verdict imposé d'acquiescement ne sont pas suffisants pour justifier une modification de ce critère, je ne vois aucune raison d'appliquer une norme plus stricte au chapitre de la vraisemblance s'il est susceptible d'en découler plus de risques que d'avantages.

Je conclus donc que le critère de la vraisemblance, en tant qu'instrument d'évaluation judiciaire d'un élément de preuve qu'il appartient au jury d'accepter ou de rejeter, est essentiellement le même que celui qui s'applique à la preuve du ministère public dans le cas d'un verdict imposé d'acquiescement ou d'un renvoi à procès. Ce critère consiste à déterminer s'il existe quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer un verdict d'acquiescement. En appliquant ce critère, le juge du procès et la cour d'appel doivent tenir pour acquis que l'ensemble de la preuve à l'appui du moyen de défense invoqué, y compris le témoignage de l'accusé, est véridique. En outre, le tribunal doit éviter d'évaluer la preuve et d'appliquer sa propre appréciation des questions de fait.

La Cour a clairement indiqué que la question de savoir si un moyen de défense a la vraisemblance

200

201

202

of reality” is a question of law (see *Esau, supra*, at para. 21; *Osolin, supra*, at p. 691). As indicated by L’Heureux-Dubé J. in *Park* (1995), *supra*, at para. 13:

It is a legal threshold, not a factual one. It is an error of law for a judge not to put a defence to the jury where an air of reality to that defence exists and it is an error of law to put a defence to a jury where no such air of reality exists. [Emphasis added.]

That being so, it is particularly imperative that the prohibition against weighing the evidence or assessing credibility that applies both in the context of directed verdicts of acquittal (see *Litchfield, supra*, at p. 361; *Monteleone, supra*, at p. 161; *Mezzo, supra*, at p. 844; *Shephard, supra*, at pp. 1083-84 and 1087-88) and in the context of the “air of reality” determination (see *Davis, supra*, at para. 82; *Ewanchuk, supra*, at para. 57; *Thibert, supra*, at para. 7; *Park* (1995), *supra*, at para. 13; *Osolin, supra*, at p. 691; *Bulmer, supra*, at p. 790; *Pappajohn, supra*, at p. 132), be strictly observed when applying the “air of reality” test to the only defence raised by an accused. Refraining from weighing the evidence or assessing credibility, through a strict application of the “no evidence” test, will also serve to ensure that the basic division of tasks between judge and jury is observed.

203

I add that when making the assessment of whether the defence put forward by the accused possesses the requisite “air of reality”, the testimony of the accused must not be viewed as second-class evidence. The accused is obviously an interested witness, but this consideration can only be relevant to a determination of the accused’s credibility and of the probative value of his evidence. Those questions are for the jury and should not enter into the “air of reality” analysis. When an accused testifies as to the essential elements of his defence, allowing the jury to observe his demeanour and assess his credibility, he is entitled to have a properly instructed jury weigh his evidence, assess the plausibility and the reasonableness of his assertions, and decide whether his defence should be accepted or rejected.

requisie est une question de droit (voir *Esau*, précité, par. 21; *Osolin*, précité, p. 691). Comme l’a précisé le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Park* (1995), précité, par. 13 :

Il s’agit d’une norme juridique et non pas factuelle. Comment donc une erreur de droit le juge qui ne soumet pas un moyen de défense à l’appréciation du jury dans un cas où celui-ci est vraisemblable, ou qui soumet à son appréciation un moyen de défense qui ne l’est pas. [Je souligne.]

Il est donc particulièrement impératif que l’interdiction d’évaluer la preuve ou d’apprécier sa crédibilité, qui s’applique à la fois dans le contexte d’un verdict imposé d’acquiescement (voir *Litchfield*, précité, p. 361; *Monteleone*, précité, p. 161; *Mezzo*, précité, p. 844; *Shephard*, précité, p. 1083, 1084, 1087 et 1088), et dans celui de la détermination de la vraisemblance (voir *Davis*, précité, par. 82; *Ewanchuk*, précité, par. 57; *Thibert*, précité, par. 7; *Park* (1995), précité, par. 13; *Osolin*, précité, p. 691; *Bulmer*, précité, p. 790; *Pappajohn*, précité, p. 132), soit strictement respectée lorsqu’il s’agit de déterminer si le seul moyen de défense invoqué par un accusé est vraisemblable. Le fait d’appliquer de manière stricte le critère de l’« absence de preuve » et de s’abstenir ainsi d’évaluer la preuve et d’apprécier la crédibilité permet également d’assurer le respect du partage fondamental des tâches entre le juge et le jury.

J’ajoute que, pour décider si le moyen de défense invoqué par l’accusé a la vraisemblance requise, le témoignage de l’accusé ne doit pas être considéré comme une preuve de second ordre. Il est évident que l’accusé est un témoin intéressé, mais ce facteur n’est pertinent que pour déterminer sa crédibilité et la valeur probante de son témoignage. Ces questions relèvent du jury et ne devraient pas entrer en ligne de compte lorsqu’il s’agit d’apprécier la vraisemblance d’un moyen de défense. L’accusé qui témoigne au sujet des éléments essentiels du moyen de défense qu’il invoque — et qui permet ainsi au jury d’observer son comportement et d’apprécier sa crédibilité — a droit à ce qu’un jury ayant reçu des directives appropriées évalue son témoignage, détermine si ses affirmations sont plausibles et raisonnables et décide s’il y a lieu d’accepter ou de rejeter le moyen de défense en cause.

The legal requirement goes further. In determining whether a defence should go to the jury, the court must take the accused's evidence as true. Unlike the situation that prevails in cases where inconsistent alternative defences are involved, there is no need, in a case like the present, to "cobble together" the versions of the Crown and defence witnesses or to search for support for the accused's version in the totality of the evidence as was necessary in *Osolin, supra*, and *Park (1995), supra*. In a case such as this one there is no reason why the trial judge should not assume the whole of the accused's evidence to be true in order to decide if the defence has an "air of reality". Skepticism about the truth or the plausibility of the accused's testimony have no place in that assessment. That, and contradictions with the rest of the evidence, will be matters for the consideration of the jury when assessing whether the accused's evidence is in fact to be believed and what weight it should be given.

The sole issue for the court is whether the facts asserted in support of the defence are, as a matter of law, capable of amounting to some evidence on all the essential elements of the defence. It is clearly not sufficient for an accused to assert the existence of a legal defence (e.g., "I was provoked, or I was drunk") nor is it sufficient for the accused to assert a fact that does not give rise to a defence (e.g., "I believed that the complainant consented because she did not fight back" — *Ewanchuck, supra*).

Support for a defence can be entirely found in the accused's testimony. But a simple statement, "I acted in self-defence" made by an accused, even under oath, means nothing in law. If nothing else, there might be significant differences between the popular understanding of the term self-defence and its legal meaning. In the context of self-defence, what is relevant is the accused's belief that he was

Mais la loi exige davantage. Pour déterminer s'il y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, le tribunal doit tenir pour acquis que le témoignage de l'accusé est véridique. Contrairement à ce qui se produit lorsque des moyens de défense subsidiaires incompatibles sont invoqués, il n'est pas nécessaire, dans un cas comme celui qui nous occupe, de « combiner » la version du ministère public et celle des témoins de la défense ni de chercher dans l'ensemble de la preuve des éléments étayant la version de l'accusé, comme cela devait être fait dans *Osolin et Park (1995)*, précités. Dans un cas comme la présente affaire, le juge du procès n'a aucune raison de ne pas tenir pour acquis que l'ensemble du témoignage de l'accusé est véridique pour décider si le moyen de défense qu'il invoque est vraisemblable. Les doutes quant à la véracité ou à la plausibilité du témoignage de l'accusé n'ont pas leur place dans l'analyse de la vraisemblance. Il appartient au jury de trancher la question de la véracité ou de la plausibilité du témoignage de l'accusé, et de tenir compte des contradictions qu'il peut comporter avec le reste de la preuve, au moment de décider s'il y a lieu d'ajouter foi à ce témoignage et de lui reconnaître une valeur probante.

La seule question que le tribunal doit trancher est de savoir si les faits allégués à l'appui du moyen de défense peuvent, en droit, constituer une preuve concernant chacun des éléments essentiels du moyen de défense. Manifestement, il ne suffit pas que l'accusé allègue l'existence d'un moyen de défense prévu par la loi (par exemple : « j'ai été provoqué » ou « j'étais ivre ») ou qu'il allègue un fait ne donnant pas ouverture à un moyen de défense (par exemple : « J'ai cru que la plaignante était consentante parce qu'elle n'a pas résisté » — *Ewanchuck*, précité).

Un moyen de défense peut s'appuyer entièrement sur le témoignage de l'accusé. Cependant, une simple déclaration de l'accusé — « j'ai agi en légitime défense » —, même faite sous serment, n'a aucune valeur en droit. Il peut y avoir, tout au moins, des différences considérables entre la compréhension que le grand public a de la légitime défense et le sens juridique de cette

204

205

206

being, or about to be, assaulted or threatened, that his life or bodily integrity was in danger and that he had no alternative but to act as he did. When an accused testifies to that effect and indicates what he perceived to be the threat to his safety, it cannot be said that this only amounts to a mere assertion that the offence was committed in self-defence. On the contrary, such testimony constitutes evidence concerning each requirement of the defence, and, in order to assess the “air of reality” of the defence, it must be assumed to be true (*Osolin, supra; Brisson, supra; Lemky, supra; Louison, supra; Davis, supra*). The fact that the defence of self-defence includes a reasonableness requirement does not significantly modify the analysis. The defence must go to the jury every time there is evidence relevant to each of its requirements, including the requirement of reasonableness.

C. Where the Defence Includes a Reasonableness Requirement

207

While reasonableness constitutes a legal requirement of self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, the law is clear that it is for the jury to decide whether an accused’s perceptions were reasonable. In *Lavallee, supra*, at p. 891, Wilson J., for the majority, held that “[u]ltimately, it is up to the jury to decide whether, in fact, the accused’s perceptions and actions were reasonable” (emphasis added). It must therefore be kept in mind that the use of an objective standard, based on the legal concept of reasonableness, does not, in law, allow the trial judge or the appellate courts to make their own determination of the issue, since this determination forms an integral part of the role exclusively reserved to the jury.

208

Since reasonableness is a question for the jury, an accused is entitled to have a properly instructed

expression. Ce qui compte lorsque la légitime défense est invoquée, c’est que l’accusé ait cru qu’il était agressé ou menacé, ou sur le point de l’être, que sa vie ou son intégrité physique était en danger et qu’il n’avait eu d’autre choix que d’agir comme il l’a fait. On ne saurait considérer que l’accusé qui témoigne en ce sens et qui indique ce qu’il a perçu comme une menace à sa sécurité ne fait que simplement affirmer qu’il a commis l’infraction en état de légitime défense. Au contraire, un tel témoignage constitue une preuve concernant chacune des conditions d’application du moyen de défense invoqué et il faut tenir pour acquis qu’il est véridique lorsqu’il s’agit d’apprécier la vraisemblance de ce moyen de défense (*Osolin, Brisson, Lemky, Louison et Davis, précités*). Le fait que le caractère raisonnable soit une condition d’application du moyen fondé sur la légitime défense ne modifie pas l’analyse d’une manière significative. Ce moyen de défense doit être soumis à l’appréciation du jury chaque fois qu’il existe un élément de preuve pertinent quant à chacune de ses conditions d’application, y compris celle du caractère raisonnable.

C. Le cas où le caractère raisonnable est une condition d’application du moyen de défense invoqué

Bien que le caractère raisonnable soit une condition d’application de la légitime défense aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la loi précise clairement qu’il appartient au jury de décider si les perceptions d’un accusé étaient raisonnables. Dans l’arrêt *Lavallee*, précité, p. 891, madame le juge Wilson statue, au nom des juges majoritaires, que, « [e]n définitive, c’est le jury qui doit décider si, en fait, les perceptions et les actes de l’accusée étaient raisonnables » (je souligne). Il faut donc se rappeler que le recours à une norme objective, fondée sur la notion juridique du caractère raisonnable, ne permet pas, en droit, au juge du procès ou aux cours d’appel de trancher eux-mêmes cette question étant donné qu’il appartient exclusivement au jury de le faire.

Vu que la question du caractère raisonnable relève du jury, l’accusé qui invoque la légitime

jury assess his reasonableness when the defence of self-defence is put forward. The question then inevitably arises: can a trial judge find that the evidence is incapable of raising a reasonable doubt as to the reasonableness of the accused's perceptions and actions, without at the same time ruling that the accused's perceptions and actions are, in the trial judge's opinion, unreasonable? Trial judges are skilled and experienced at assessing reasonableness, and some may argue that they would be in a better position than the jury to decide whether an accused's beliefs and actions are reasonable. As the law stands, this task, however, rests with the jury. That being the case, trial judges, when making the "air of reality" determination, must refrain from assessing the substantive merits of the defence, both in its subjective and objective components.

This brings us to the crux of this case: how does the trial judge determine whether there is some evidence upon which a jury, properly instructed and acting judicially, could have a reasonable doubt as to whether the actions of the accused were reasonable? My colleagues conclude that objective reasonableness cannot be established by direct evidence only, and that it calls for the drawing of reasonable inferences. They turn to the "limited weighing" exercise described in *Arcuri, supra*, to delineate the role of the trial judge.

With respect, I do not agree with that approach which will inevitably lead to a substitution of the judge's views of reasonableness for that of the jury. A finding of reasonableness is not a matter of drawing inferences, it is a matter of judgment. The process of drawing permissible inferences (under the supervision of the trial judge) is required to complete the factual record. Here, the factual record in that sense is complete. The accused explained, and was cross-examined about, the events, his thoughts, his feelings, assumptions and rationales for acting as he did. Given the evidence, whether or not he acted reasonably, subjectively and objectively, is a matter

défense a droit à ce qu'un jury ayant reçu des directives appropriées en apprécie le caractère raisonnable. Une question se pose alors inévitablement : le juge du procès peut-il conclure que la preuve n'est pas susceptible de susciter un doute raisonnable quant au caractère raisonnable des perceptions et des actes de l'accusé, sans pour autant décider lui-même que les perceptions et les actes de l'accusé sont déraisonnables? Les juges du procès ont les compétences et l'expérience requises pour apprécier le caractère raisonnable, et certains d'entre eux peuvent soutenir qu'ils seraient mieux placés que le jury pour décider si les croyances et les actes d'un accusé sont raisonnables. Toutefois, dans l'état actuel du droit, cette tâche incombe au jury. Cela étant, lorsqu'il détermine la vraisemblance d'un moyen de défense, le juge du procès doit s'abstenir d'évaluer le bien-fondé de ce moyen de défense, tant en ce qui concerne ses composantes subjectives que ses composantes objectives.

Cela nous amène au nœud de la présente affaire : de quelle manière le juge du procès détermine-t-il s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement d'avoir un doute raisonnable quant à savoir si les actes de l'accusé étaient raisonnables? Mes collègues concluent que le caractère raisonnable objectif ne peut pas être établi uniquement au moyen d'une preuve directe, et que des inférences raisonnables sont nécessaires à cette fin. Ils font appel à l'« évaluation limitée » dont il est question dans *Arcuri*, précité, pour circonscrire le rôle du juge du procès.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette démarche qui entraînera inévitablement la substitution de l'opinion du juge à celle du jury quant à ce qui est raisonnable. Une constatation de caractère raisonnable est une question de jugement et n'a rien à voir avec des inférences. Les inférences qui peuvent être faites (sous la supervision du juge du procès) visent à compléter le dossier factuel. Or, le dossier factuel est complet en l'espèce. L'accusé a fourni des explications et a été contre-interrogé au sujet des événements, des pensées, des sentiments, des suppositions et des raisons qui l'ont poussé à agir comme il l'a fait. Compte tenu de la preuve,

209

210

of judgment, and that judgment, in a case like this one, is the *raison d'être* of the jury system.

211 My colleagues assert that “[i]t is in keeping with the solemnity of the jury’s task that frivolous questions are not put to it” (para. 84). In my view, what is unworthy of the jury is that it be deprived of the opportunity to decide the only question of fact that is truly central to the guilt or innocence of the accused, having of course heard all the evidence on the point. Again my colleagues express the concern that “[t]he jury must not be diverted from the real issues in a case by defences that the evidence cannot reasonably support” (para. 84). There is no risk of diverting the jury from anything in this case since the only issue is whether the accused acted in self-defence; everything else he admitted.

212 Under these circumstances, I respectfully disagree that the approach adopted by my colleagues manages to avoid, completely, consideration of the substantive merits of the accused’s defence. I find some support in this regard by comparing their conclusions regarding the first two elements of self-defence (paras. 107-16) to their conclusions regarding the third element (paras. 117-24). Despite the differing approach favoured by my colleagues, they effectively determine under the first two inquiries that the circumstances described by the accused could provide a basis upon which the jury could found its judgment. Regarding the third component of the defence, however, my colleagues would apply a much more stringent standard. Practically speaking, they would require some evidence regarding each of the alternative courses of action that were conceivably open to the accused, and why he believed these all to be unavailable to him.

213 As I have already stated, I do not believe that one can usefully speak of a threshold of reasonableness.

la question de savoir si l’acte qu’il a accompli est subjectivement et objectivement raisonnable est une question de jugement et, dans une affaire comme celle qui nous occupe, ce jugement est la raison d’être de l’institution du jury.

Mes collègues affirment que « [l]e caractère solennel de la tâche qui [. . .] incombe [au jury] commande qu’il ne soit pas saisi de questions frivoles » (par. 84). À mon sens, le jury ne mérite pas qu’on le prive de la possibilité de trancher la seule question de fait vraiment cruciale pour décider de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé, une fois, bien sûr, qu’il a entendu toute la preuve pertinente. Là encore, mes collègues affirment que « [l]’attention du jury ne doit pas être détournée des véritables enjeux d’une affaire par un moyen de défense que la preuve ne peut pas raisonnablement étayer » (par. 84). Il n’y a aucun risque que l’attention du jury soit détournée de quoi que ce soit en l’espèce étant donné que la seule question à trancher est de savoir si l’accusé a agi en état de légitime défense, ce dernier ayant avoué tout le reste.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord, dans ces circonstances, pour dire que l’approche adoptée par mes collègues permet d’éviter complètement de mettre en question le bien-fondé du moyen de défense invoqué par l’accusé. À cet égard, je m’appuie notamment sur la comparaison de leurs conclusions concernant les deux premiers éléments de la légitime défense (par. 107-116) avec leurs conclusions relatives au troisième élément (par. 117-124). Malgré l’approche différente qu’ils privilégient, mes collègues concluent, en ce qui concerne les deux premiers éléments, que le jury pourrait fonder son jugement sur les circonstances relatées par l’accusé. Toutefois, en ce qui a trait au troisième élément du moyen de défense, mes collègues sont d’avis d’appliquer une norme beaucoup plus stricte. Concrètement, ils exigeraient une preuve concernant chacune des autres lignes de conduite que l’accusé pouvait théoriquement adopter, et concernant les raisons qui l’ont amené à croire qu’il ne pouvait adopter aucune de celles-ci.

Comme je l’ai déjà dit, je ne crois pas qu’on puisse parler utilement d’une norme de raisonna-

Nor do I believe that reasonableness, as it is considered in applying the “air of reality” test to the defence of self-defence under s. 34(2)(b) of the *Criminal Code*, is best measured by an *ex post facto* identification of the full panoply of alternate courses of action, and a concomitant requirement that there be evidence from which the jury could determine whether the accused held a reasonable belief in the non-viability of each. Again, reasonableness is a judgment call, and one properly reserved for the jury. It would seem to me that, considering the evidentiary threshold demanded by my colleagues in terms of the third element of the defence, they de-emphasize this fact to the point where their analysis treads a fine line between what a jury acting reasonably could conclude, and what it should conclude.

The proper approach, in my opinion, is as follows. Where a reasonableness requirement is involved in a defence, the “air of reality” test must focus on assessing whether there is any evidence of an explanation for the accused’s perceptions and conduct. The court should not embark upon an assessment of the reasonableness, or potential reasonableness, of this explanation for that is precisely the task that the law reserves for the jury. We have seen earlier that a mere assertion by an accused that he acted in self-defence will not suffice to give an “air of reality” to the defence, but that an assertion by the accused under oath as to what he perceived and understood with regard to the circumstances, that the law makes relevant to his defence, will be sufficient. Similarly, where a reasonableness requirement is involved, a mere assertion of subjective perceptions will not suffice to give the objective component of the defence an “air of reality”, but the assertion under oath of the reasons and circumstances explaining why the accused perceived the situation the way he says he did will constitute some evidence relevant to the reasonableness requirement of self-defence. As indicated earlier, in the case of a defence involving no specific technical requirement as to the type of evidence needed to fulfill the accused’s evidential burden, some evidence relevant to each requirement of the defence will always be

bilité. Lorsqu’il s’agit d’appliquer le critère de la vraisemblance à la légitime défense prévue à l’al. 34(2)(b) du *Code criminel*, je ne crois pas non plus que la raisonabilité s’apprécie mieux en identifiant, *ex post facto*, toute la gamme des autres lignes de conduite que l’accusé aurait pu adopter, et en exigeant de manière concomitante l’existence d’une preuve qui permettrait au jury de décider si l’accusé avait des motifs raisonnables de croire à l’inopportunité de chacune de ces autres lignes de conduite. Je le répète, la question de savoir si l’acte accompli est raisonnable est une question de jugement, et c’est au jury qu’il appartient de la trancher. Compte tenu de la norme de preuve qu’ils préconisent relativement au troisième élément du moyen de défense, il me semble que mes collègues minimisent l’importance de ce fait au point d’établir une distinction subtile entre ce qu’un jury agissant raisonnablement pourrait conclure et ce qu’il devrait conclure.

Selon moi, l’approche devant être adoptée est la suivante. Lorsque la raisonabilité est une condition d’application d’un moyen de défense, l’analyse de la vraisemblance doit être axée sur la question de savoir s’il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l’accusé a perçu les choses comme il l’a fait et pourquoi il a adopté le comportement reproché. Il n’appartient pas au tribunal de se demander si cette explication est raisonnable ou potentiellement raisonnable, étant donné que la loi confie précisément cette tâche au jury. Comme nous l’avons vu, la simple allégation de l’accusé qu’il a agi en état de légitime défense ne suffit pas à rendre le moyen de défense vraisemblable. Par contre, la déclaration sous serment de l’accusé concernant la perception et la compréhension qu’il avait des circonstances qui, en droit, sont pertinentes relativement à ce moyen de défense est suffisante à cet égard. De même, lorsque la raisonabilité est une condition d’application d’un moyen de défense, la simple allégation de perceptions subjectives ne suffit pas à rendre vraisemblable la composante objective de ce moyen de défense. Cependant, la déclaration sous serment faisant état des raisons et des circonstances à l’origine de la perception que l’accusé prétend avoir eue de la situation constitue une preuve pertinente en ce qui concerne la raisonabilité comme condition d’application de la légitime défense. Je le répète, lorsqu’un

sufficient to give the defence the requisite "air of reality".

215 Therefore, where, as here, an accused explains, in his testimony, why he thought he was being, or about to be, assaulted or threatened; why he apprehended death or grievous bodily harm; and why he believed that there was no alternative but to act as he did, the defence of self-defence has to be left to the jury, who will in turn have to decide whether to believe the accused and, if so, whether his perceptions and actions were reasonable in the circumstances that the jury will have found existed at the time of the offence. In this way, the basic division of tasks between the judge and the jury will be observed, the jury's function will not be usurped by the judge, and the issue of reasonableness will properly remain in the province of the jury.

216 Before essentially taking the case away from the jury, leaving the jury with no alternative but to convict, courts will be prudent to remember that their own assessment of reasonableness, even of patent unreasonableness, is at times elusive and controverted. For example, in the context of administrative law, experienced jurists often disagree on the application of the reasonableness or patent unreasonableness standard of review. Members of this Court have disagreed amongst themselves, or with court of appeal judges, on the question of whether a particular decision was patently unreasonable (see, for example, *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001

moyen de défense ne comporte aucune exigence technique particulière quant au type de preuve que l'accusé doit soumettre pour s'acquitter de sa charge de présentation, une preuve pertinente relativement à chacune des conditions d'application du moyen de défense sera toujours suffisante pour conférer à celui-ci la vraisemblance requise.

En conséquence, il y a lieu de soumettre à l'appréciation du jury le moyen fondé sur la légitime défense lorsque, comme en l'espèce, un accusé explique, dans son témoignage, pourquoi il croyait être agressé ou menacé, ou sur le point de l'être, pourquoi il craignait de perdre la vie ou de subir des lésions corporelles graves et pourquoi il a cru n'avoir d'autre choix que d'agir comme il l'a fait. Il appartient alors au jury de décider s'il croit l'accusé et, dans l'affirmative, si les perceptions et les actes de l'accusé étaient raisonnables dans les circonstances qui, selon le jury, ont entouré la perpétration de l'infraction. De cette manière, le partage fondamental des tâches entre le juge et le jury est respecté, le juge du procès n'usurpe pas le rôle du jury et la question de la raisonnabilité continue à juste titre de relever du jury.

Avant de retirer, pour ainsi dire, l'affaire au jury et de ne lui laisser d'autre choix que de prononcer un verdict de culpabilité, le tribunal devra se montrer prudent et se rappeler que sa propre appréciation du caractère raisonnable, et même du caractère manifestement déraisonnable, est parfois difficile à comprendre et controversée. Par exemple, dans le domaine du droit administratif, des juristes chevronnés sont souvent en désaccord en ce qui concerne l'application de la norme de contrôle fondée sur le caractère raisonnable ou manifestement déraisonnable d'une décision. Des membres de la Cour ont été en désaccord entre eux ou avec des juges de la cour d'appel quant à savoir si une décision donnée était manifestement déraisonnable (voir, par exemple, *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR*,

SCC 47; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13). It therefore appears that reasonableness findings are not necessarily as self-evident as the term might suggest, and courts are not always able to make unequivocal and unanimous findings that something was or was not reasonable. I think that it is important to keep this in mind in a case where the only issue is basically whether it would be unreasonable for a jury to have a reasonable doubt as to whether the accused's perceptions were reasonable.

In the case at bar, four experienced jurists were of the view that it would have been possible for a reasonable jury to acquit the respondent on the basis of self-defence. The three Quebec Court of Appeal judges expressly stated their opinion that the defence of self-defence raised by the respondent possessed the requisite "air of reality". As for the trial judge, while he did not make an explicit ruling on this issue, probably because he was never asked, the fact that he instructed the jury on the law of self-defence must be taken to mean that he believed that the defence had an "air of reality". Contrary to the submissions of the Crown, I am of the view that where a trial judge charges the jury with respect to a defence, appellate courts should not simply assume that he did so "just in case" and that it is possible that he did not really think that the defence had an "air of reality". Except where a trial judge expressly states otherwise, we must assume that he conducted himself in accordance with the law and did not deliberately choose to make an error of law by putting a defence to the jury that was not available on the evidence just to insulate himself from

section locale 454, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13). Il semble donc que, contrairement à ce que l'expression « caractère raisonnable » pourrait laisser croire, il n'est pas nécessairement facile de distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas, et les tribunaux ne sont pas toujours en mesure de tirer des conclusions claires et unanimes à cet égard. J'estime qu'il importe de se le rappeler dans une affaire où il s'agit essentiellement de décider s'il serait déraisonnable qu'un jury ait un doute raisonnable quant à savoir si les perceptions de l'accusé étaient raisonnables.

En l'espèce, quatre juristes chevronnés étaient d'avis qu'un jury raisonnable aurait pu acquitter l'intimé pour cause de légitime défense. Les trois juges de la Cour d'appel du Québec ont exprimé l'avis que le moyen fondé sur la légitime défense invoqué par l'intimé avait la « vraisemblance » requise. Quant au juge du procès, il ne s'est pas prononcé explicitement à ce sujet, probablement parce qu'on ne lui a jamais demandé de le faire. Cependant, il faut considérer que c'est parce qu'il croyait que le moyen fondé sur la légitime défense était vraisemblable qu'il a donné au jury des directives sur le droit applicable en la matière. Contrairement aux arguments du ministère public, j'estime que, dans le cas où le juge du procès a donné au jury des directives sur un moyen de défense, la cour d'appel ne peut pas simplement tenir pour acquis qu'il l'a fait « juste au cas » et qu'il se peut qu'il n'ait pas vraiment cru à la vraisemblance du moyen en question. À moins que le juge du procès n'ait dit expressément le contraire, nous devons supposer qu'il a agi conformément à la loi et qu'il n'a pas délibérément choisi de commettre une erreur de droit en

appellate review or to ensure that his decision did not prejudice the accused.

218 Therefore, in the present case, all the judges below believed that there was some evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could have found the respondent's perceptions and actions to be reasonable in the circumstances, had the jurors believed the respondent's evidence. The jury in this case rejected the defence. Another jury may very well reject it again. As set out earlier, that is beside the point.

III. "Air of Reality" of the Respondent's Defence

219 In order to assess whether the respondent's defence had an "air of reality" in the present case, we must determine whether there is any evidence relevant to the three elements of self-defence. Those elements, as indicated by Lamer C.J., in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 12, are the existence of an unlawful assault, a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm, and a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary. As *Pétel* also makes clear, at p. 13, an accused may make an honest but reasonable mistake as to each of those three requirements, including the existence of an assault, and still succeed in his defence. Evidence relevant to the existence of each of these requirements is necessary for the defence to possess the requisite "air of reality". As for the reasonableness requirement, the "air of reality" analysis must not invite an assessment of the reasonableness of the accused's perceptions, but rather a determination of whether there is any evidence of an explanation as to why the accused perceived things the way he did, so that the jury can decide whether the accused's perceptions and actions were reasonable in the circumstances.

soumettant à l'appréciation du jury un moyen de défense qui ne pouvait pas être invoqué selon la preuve produite, et ce, uniquement dans le but de se prémunir contre une révision en appel ou d'éviter que sa décision nuise à l'accusé.

Dans la présente affaire, les juges des tribunaux d'instance inférieure ont donc tous cru qu'il existait une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure, s'il avait ajouté foi au témoignage de l'intimé, que les perceptions et les actes de ce dernier étaient raisonnables dans les circonstances. Le jury a rejeté le moyen de défense en l'espèce. Un autre jury pourra fort bien le rejeter à nouveau. Comme nous l'avons vu, là n'est pas la question.

III. La vraisemblance du moyen de défense invoqué par l'intimé

Pour décider si, en l'espèce, le moyen de défense invoqué par l'intimé était vraisemblable, il nous faut déterminer s'il existe quelque preuve pertinente relativement aux trois éléments constitutifs de la légitime défense. Comme l'a indiqué le juge en chef Lamer dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, p. 12, ces éléments sont l'existence d'une attaque illégale, l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves et la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire. Comme le précise l'arrêt *Pétel*, p. 13, l'accusé peut commettre une erreur honnête mais raisonnable relativement à chacune de ces trois exigences, y compris l'existence d'une attaque, et invoquer quand même avec succès ce moyen de défense. Pour que le moyen de défense ait la vraisemblance requise, il doit exister une preuve pertinente concernant chacune de ces exigences. En ce qui concerne l'exigence de caractère raisonnable, l'analyse de la vraisemblance doit consister non pas à apprécier le caractère raisonnable des perceptions de l'accusé, mais plutôt à déterminer s'il existe quelque élément de preuve expliquant pourquoi l'accusé a perçu les choses comme il l'a fait, lequel élément de preuve permettrait au jury de décider si les perceptions et les actes de l'accusé étaient raisonnables dans les circonstances.

I emphasize that, at this stage of the analysis, the fact that the accused's testimony is unsupported by other evidence, or even that it is contradicted by other evidence, is irrelevant. Consequently, the fact, for example, that the accused's testimony as to the unusual silence in the van was contradicted by another witness, while it will undoubtedly be relevant when the time comes for the jury to assess the accused's credibility and to decide whether any weight should be given to his testimony, can have no impact on the "air of reality" analysis. This assessment, as explained above, is concerned only with the existence of some evidence, as opposed to its weight or credibility.

The accused's testimony must be taken as entirely true in order to make the "air of reality" determination and the evidence must be "considered most favourably for the accused" (*Lemky, supra*, at para. 20). There is also no need, as recognized by this Court in *Osolin, supra*, for the accused's version to be corroborated or confirmed by other evidence, although this may become relevant to the jury's assessment of weight and credibility. Similarly, since self-defence is only concerned with the accused's perceptions and their reasonableness, the fact, for example, that no independent evidence was led as to the significance of latex gloves, apart from the accused's testimony, that no firearm was in fact found on the victim, and that no evidence was led to demonstrate that the victim had in fact stolen the accused's gun as the accused believed he had, are equally irrelevant to an assessment of the existence of any evidence respecting the accused's perceptions.

My colleagues have concluded that there was an "air of reality" to all but one of the ingredients of self-defence in this case. They find that there is an "air of reality" to (1) the existence of an assault, both subjectively and objectively, to (2) the reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, again both from a subjective and an objective perspective and to (3) the subjective belief in the absence of alternatives to killing. In their view, the whole defence however had to be withdrawn

Je souligne que, à ce stade de l'analyse, il est sans importance que le témoignage de l'accusé ne soit pas corroboré ou encore qu'il soit contredit par un autre élément de preuve. En conséquence, le fait, par exemple, que le témoignage de l'accusé concernant le silence inhabituel dans la fourgonnette ait été contredit par un autre témoin sera sans doute pertinent lorsque le jury sera appelé à en évaluer la crédibilité et à décider s'il convient de lui reconnaître une valeur probante, mais ce fait ne saurait influencer sur l'analyse de la vraisemblance. Comme je l'ai déjà expliqué, il ne s'agit alors que de déterminer s'il existe une preuve, et non pas de déterminer la valeur probante ou la crédibilité d'une telle preuve.

Il faut tenir pour acquis que le témoignage de l'accusé est entièrement véridique pour décider s'il y a vraisemblance, et la preuve doit être « considérée sous l'angle le plus favorable à l'accusé » (*Lemky, précité*, par. 20). Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Osolin, précité*, il n'est pas nécessaire non plus que la version de l'accusé soit corroborée ou confirmée par un autre élément de preuve, même si une telle corroboration ou confirmation peut devenir pertinente au moment où le jury se prononce sur la valeur probante et la crédibilité de cette version des faits. De même, seules les perceptions de l'accusé et leur caractère raisonnable comptent en matière de légitime défense. Pour déterminer s'il existe quelque élément de preuve concernant les perceptions de l'accusé, il est donc sans importance, par exemple, qu'aucune autre preuve que le témoignage de l'accusé n'ait été offerte concernant la signification du port des gants de latex, qu'aucune arme n'ait été trouvée sur la victime ou qu'aucun élément de preuve ne confirme les soupçons de l'accusé que la victime lui avait volé son arme.

Mes collègues concluent que tous les éléments de la légitime défense sauf un étaient vraisemblables en l'espèce. Selon eux, il y a vraisemblance en ce qui concerne (1) l'existence d'une attaque, autant du point de vue subjectif que du point de vue objectif, (2) l'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves, là encore autant du point de vue subjectif que du point de vue objectif, et (3) la croyance subjective que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime. Ils estiment,

220

221

222

from the jury because there was no evidence of the objective component of the accused's belief. Even though I agree with them on all but the last point, I will review the evidence on each issue to situate the contentious one in its proper context.

A. *The Existence of an Assault*

223

There was evidence that the respondent believed that he was being assaulted. An assault can take the form of a physical attack, of threats communicated to the accused or of an attempt to assault him. In all three cases, however, what is relevant for our purposes is only what the accused perceived as to the existence of any of these possibilities, and why. Here, the respondent testified that he believed that the victim had stolen his gun; that he heard rumours that the victim and his companion, Ice, wanted to kill him and that he was specifically warned to that effect by a close friend. He testified that the victim kept trying to make contact with him after he had clearly indicated that he wanted no more contact, for example, by coming to his door unannounced and unexpected. The respondent also indicated that the victim and Ice, when they arrived at his apartment on the night in question, kept their jackets on and whispered to each other, and that Ice put his hand inside his coat. The respondent said that he suspected, because of those facts, that Ice and the victim were armed, but that they denied it when he asked them. He also testified that when he entered the van with Ice, and was joined by the victim shortly afterwards, he became convinced that his suspicions were true and that he was going to be killed that night.

224

The respondent also explained why his suspicions became for him a certainty when he was in the van. He indicated that the fact that Ice had put on different gloves than the ones he previously wore, and, most importantly, that he had put them on before entering the van, rather than waiting until they were on their way to commit the intended break and enter, was unusual and constituted an indication that a plan

cependant, que le moyen de défense devait être entièrement soustrait à l'appréciation du jury étant donné l'absence de preuve concernant la croyance objective de l'accusé. Même si mon désaccord ne porte que sur ce dernier point, j'examinerai la preuve relative à chaque question afin de situer celle qui nous divise dans son juste contexte.

A. *L'existence d'une attaque*

Il existait une preuve que l'intimé croyait qu'il était attaqué. Une attaque peut revêtir la forme d'une agression physique, de menaces proférées à l'accusé ou d'une tentative de l'agresser. Cependant, dans les trois cas, seules nous importent la perception de l'accusé quant à l'existence de l'une ou l'autre de ces possibilités et les raisons expliquant cette perception. En l'espèce, l'intimé a témoigné qu'il soupçonnait la victime de lui avoir volé son arme; il a ajouté que des rumeurs circulaient selon lesquelles la victime et son acolyte, Ice, voulaient le supprimer, et qu'un ami intime l'avait expressément prévenu à ce sujet. Il a affirmé que la victime persistait à tenter de communiquer avec lui, notamment en se présentant à l'improviste chez lui, même s'il lui avait clairement indiqué qu'il ne voulait plus avoir affaire à elle. L'intimé a également indiqué que, lorsqu'ils étaient arrivés à son appartement le soir en question, la victime et Ice avaient gardé leurs blousons et s'étaient parlé à voix basse, et que Ice avait glissé la main dans son blouson. Il a précisé que c'est ce qui l'avait amené à soupçonner que Ice et la victime étaient armés, et que, lorsqu'il les avait interrogés à ce sujet, ces derniers avaient nié avoir une arme sur eux. Il a également raconté que, lorsqu'il était monté dans la fourgonnette avec Ice et que la victime les avait rejoints peu après, il avait acquis la conviction que ses craintes étaient fondées et qu'il serait assassiné ce soir-là.

L'intimé a également expliqué pourquoi, une fois dans la fourgonnette, ses soupçons s'étaient transformés en certitude. Il a dit que le fait que Ice ait changé de gants et, surtout, qu'il ait mis ces autres gants avant de monter dans la fourgonnette au lieu d'attendre d'être en route pour commettre l'introduction par effraction prévue, était inhabituel et indiquait qu'on s'apprêtait à le tuer. Qui plus est,

to murder him was about to be carried out. More significantly, he testified that the fact that the victim was wearing surgical gloves was a clear sign to him that he was about to be killed. The respondent explained the special significance of those gloves by reference to the fact that only twice before had he seen such gloves being used, both times in situations where bloodshed was expected, particularly in the context of attacks on criminals by other criminals. In addition to his personal experience, the respondent also testified that he had seen movies in which latex gloves were used when bloodshed was expected.

Throughout his testimony, the respondent asserted that he was convinced that the victim and Ice were just waiting for the right moment to kill him and that they were bound to do it at any time. More specifically, the respondent testified that he believed that the victim would be the one to execute the plan, since he was sitting in the back. The accused also testified that he knew that the victim had used firearms before.

The respondent testified that the unusual silence in the van further confirmed his belief that the victim and Ice were about to kill him, in addition to the fact that Ice was avoiding eye contact. Also he said that Ice kept touching his jacket as if he had a gun, and remained in that position for most of the time spent in the van. This was significant for the respondent in two respects. First, it made him feel trapped, as it was clear to him that if Ice decided to use his gun, he would be able to do so before the respondent could reach for his own weapon, as Ice already had his hand ready while the respondent was driving. Secondly, the respondent interpreted Ice's gesture as a threat to him and said that in his understanding, such a gesture is usually meant to indicate to others that one is armed and to threaten them. The fact that the victim snapped his surgical gloves while in the van was also a confirmation to the respondent that he was going to be killed. The respondent stated that while they were at the gas station, every time he came back towards the van, Ice would put his hand back inside his jacket, which led him to feel that he was still under threat and that Ice and the victim were still just waiting for the right moment to kill him.

l'intimé a soutenu que le fait que la victime ait porté des gants chirurgicaux lui indiquait clairement qu'il allait être tué. Il a expliqué la signification particulière du port de ces gants en précisant qu'il ne se rappelait avoir vu des gens porter de tels gants qu'à deux reprises seulement et que, dans chaque cas, on s'attendait à une effusion de sang, spécialement lors d'attaques de criminels par d'autres criminels. L'intimé a ajouté que, outre son expérience personnelle, il avait déjà vu des films dans lesquels on s'était servi de gants de latex lorsqu'on s'attendait à une effusion de sang.

Tout au long de son témoignage, l'intimé a dit avoir été convaincu que la victime et Ice n'attendaient que le moment propice pour l'assassiner et qu'ils pourraient passer aux actes à tout instant. Il a affirmé plus précisément qu'il croyait qu'il serait exécuté par la victime étant donné qu'elle prenait place à l'arrière. Il a ajouté qu'il savait que la victime avait déjà utilisé des armes à feu.

225

Selon l'intimé, le silence inhabituel qui régnait dans la fourgonnette et le fait que Ice évitait de croiser son regard avaient confirmé ses soupçons que la victime et Ice s'apprêtaient à le tuer. Il a ajouté que, pendant la plus grande partie du trajet, Ice avait sans cesse porté la main à son blouson comme s'il y dissimulait une arme à feu. Pour l'intimé, cela signifiait deux choses. Premièrement, il se sentait pris au piège, car il était clair pour lui que, si Ice décidait d'utiliser son arme, il n'aurait pas le temps de réagir étant donné qu'il était au volant et que Ice avait déjà la main sur son arme. Deuxièmement, l'intimé a interprété le geste de Ice comme une menace, affirmant que, selon lui, un tel geste sert habituellement à indiquer aux autres que l'on est armé, et à les menacer. Le fait que la victime faisait claquer ses gants chirurgicaux dans la fourgonnette confirmait également la conclusion de l'intimé qu'il serait tué. Il a raconté que, chaque fois qu'il revenait vers la fourgonnette pendant qu'ils étaient à la station-service, Ice remettait la main à l'intérieur de son blouson, ce qui lui a fait croire qu'il était toujours menacé et que la victime et Ice attendaient seulement le moment propice pour en finir avec lui.

226

227

It is not clear whether the respondent thought that the victim and Ice had made a plan to kill him that they tried to keep secret until it was carried out, or whether they made gestures, once in the van, that were meant to communicate to him their intention to kill him, such as Ice placing his hand inside his jacket and the victim snapping his gloves. In fact, it is not even clear whether the victim ever intended to kill or threaten the respondent at all. Whether the victim or Ice could have been found guilty of a criminal offence for threatening the respondent, and particularly whether it could have been shown that they intended to communicate to him their intention to assault him, is highly doubtful. However, for our purposes, the victim's true intentions are not relevant; we are only concerned with the accused's perceptions and the explanation he provides for them (see *Pétel*, *supra*, at p. 13). Also, whether or not the respondent reluctantly indicated that he perceived Ice's gesture as a threat will be a matter for the jury. In my view, at the stage of the "air of reality" analysis, it is of no import.

228

Since the respondent testified that he interpreted Ice's gestures as a threat to him, and explained that he took this gesture as a signal by Ice that he was armed, it cannot in my view be said that there is no evidence that the respondent believed that he was being threatened. Nor can it be said, when all the other circumstances testified to by the respondent are also taken into account, that there was no evidence explaining his perception and thereby allowing the jury to assess its reasonableness. While the rumours and warning that the respondent alleges to have heard about the intentions of the victim were not interpreted by the respondent, according to his testimony, as constituting threats in themselves, they were clearly provided by the respondent as an explanation as to why he would believe that Ice and the victim were threatening him on the night of the offence, and such an explanation allows the jury to assess whether or not the accused's belief was reasonable in the circumstances. If the jury were to find that the respondent took these rumours seriously, rightly or wrongly, it could serve to assess the reasonableness of his subsequent actions.

On ne sait pas clairement si l'intimé a cru que la victime et Ice projetaient de le tuer et qu'ils s'efforçaient de garder leur projet secret jusqu'au moment de le mettre à exécution, ou encore si, une fois dans la fourgonnette, ils avaient agi de manière à lui signifier leur intention de le tuer, comme, par exemple, lorsque Ice avait glissé la main dans son blouson et que la victime avait fait claquer ses gants. En fait, il n'est même pas clair que la victime ait jamais voulu tuer l'intimé ni même le menacer. Il n'est pas du tout certain que la victime ou Ice auraient pu être déclarés coupables d'une infraction criminelle pour avoir menacé l'intimé et, plus particulièrement, que l'on aurait pu démontrer qu'ils voulaient lui signifier leur intention de l'agresser. Cependant, les intentions véritables de la victime ne sont pas pertinentes en l'espèce; ce sont les perceptions de l'accusé et l'explication qu'il en donne qui nous intéressent (voir *Pétel*, précité, p. 13). De plus, il appartiendra au jury de décider si l'intimé a hésité à indiquer qu'il a perçu le comportement de Ice comme une menace. À ce stade de l'analyse de la vraisemblance, j'estime que cela n'a aucune importance.

Étant donné que l'intimé a témoigné qu'il avait interprété les gestes de Ice comme une menace et qu'il avait considéré que Ice avait voulu lui indiquer par ces gestes qu'il était armé, l'on ne peut pas dire, à mon sens, qu'il n'y a aucune preuve que l'intimé se croyait menacé. Compte tenu de toutes les autres circonstances relatées par l'intimé, on ne peut pas dire non plus qu'il n'y avait aucun élément de preuve qui expliquait la perception qu'il avait eue et qui permettrait ainsi au jury de déterminer si cette perception était raisonnable. Bien que l'intimé ait indiqué dans son témoignage qu'il n'avait pas considéré que les rumeurs et la mise en garde qu'il aurait entendues au sujet des intentions de la victime étaient des menaces en soi, il les a manifestement mentionnées afin d'expliquer pourquoi il avait cru que Ice et la victime le menaçaient le soir du meurtre. Une telle explication permet au jury de déterminer si la croyance de l'intimé était raisonnable dans les circonstances. Si le jury conclut que l'intimé a, à tort ou à raison, pris ces rumeurs au sérieux, elles pourront servir à évaluer le caractère raisonnable des actes que l'intimé a accomplis par la suite. De plus,

Furthermore, the respondent testified that he believed that the victim and Ice were attempting to kill him, in that they had “set a trap” for him in order to be able to kill him as soon as there was an opportunity. He said that he interpreted the victim’s and Ice’s actions as being part of an attempt to kill him.

In short, in my view the accused introduced evidence that he believed he was being assaulted and he also provided an explanation for this belief. His testimony detailed the circumstances which gave rise to his state of mind on the night of the offence, as well as the broader context which he said led him to believe that the victim and Ice were assaulting him, including the rumours that he had previously heard and his belief that the victim had stolen his gun. The accused’s belief that the behaviour of Ice and of the victim was increasingly unusual as the evening progressed was also evidence of an explanation for the accused’s ultimate perception that he was in fact being threatened or that an attempt to kill him was in progress. Whether on these facts, the accused’s perception was reasonable is for the jury to decide. The sole question before us is whether there was evidence explaining the accused’s belief, enabling the jury to make the determination of its reasonableness. Again, the evidence in support of reasonableness does not have to be persuasive.

The respondent also testified about the special significance that he attached to the fact that the victim was wearing latex gloves, and why. Being provided with an explanation of why the respondent attached such significance to what might otherwise seem like an innocuous indicator, the jury was well positioned to determine whether it was consistent with the respondent’s perception or not, and whether his belief was a reasonable one. It matters little, it seems to me, where the source of his understanding lies, whether in his own criminal past or in movies. Had he received a dead fish wrapped in newspaper or found a horse’s head in his bed, he might have also thought that his life was under threat. I think

l’intimé a dit avoir cru que la victime et Ice tentaient de le tuer en ce sens qu’ils lui avaient tendu un piège afin de pouvoir le supprimer à la première occasion. Il a affirmé qu’il avait considéré que les actes de la victime et de Ice faisaient partie d’une tentative de le tuer.

Bref, j’estime que l’accusé a produit des éléments de preuve établissant qu’il se croyait attaqué, et qu’il a aussi expliqué ce qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué. Dans son témoignage, il a expliqué en détail les circonstances qui avaient été à l’origine de son état d’esprit le soir du meurtre, ainsi que le contexte général qui l’avait amené à croire qu’il était attaqué par la victime et Ice, y compris les rumeurs qu’il avait entendues auparavant et le fait qu’il croyait que la victime lui avait volé son arme. La croyance de l’accusé que la victime et Ice avaient un comportement de plus en plus inhabituel le soir en question est également un élément de preuve qui explique pourquoi l’accusé a eu, en fin de compte, l’impression qu’il était effectivement menacé ou qu’une tentative de le tuer était en cours. Il appartient au jury de décider si, compte tenu de ces faits, la perception de l’accusé était raisonnable. La seule question dont nous sommes saisis est de savoir s’il existait une preuve qui expliquait la croyance que l’accusé avait eue et qui permettrait au jury de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette croyance. Là encore, la preuve offerte à l’appui du caractère raisonnable ne doit pas nécessairement être convaincante.

L’intimé a également témoigné au sujet de la signification particulière qu’il avait attachée au port des gants de latex par la victime et au sujet des raisons qui l’avaient amené à attacher cette signification particulière. Vu qu’il disposait d’une explication des raisons qui avaient incité l’intimé à attacher une telle signification à ce qui aurait pu par ailleurs sembler inoffensif, le jury était bien placé pour décider si ce fait était compatible avec la perception de l’intimé et si la croyance que ce dernier avait eue était raisonnable. Il importe peu, selon moi, que la croyance de l’accusé ait été fondée sur ses propres antécédents criminels ou sur ce qu’il avait vu au cinéma. S’il avait reçu un poisson mort emballé dans

a jury would be able to determine whether, in such circumstances, the respondent's understanding was a reasonable one.

231 The respondent testified that he believed that a physical attack on him was imminent. He repeated that he believed he was going to be killed at any moment and that the victim and his companion were just waiting for the right moment to shoot him. In cross-examination, he maintained that, although he went to the gas station to reduce the chances of being shot by staying in a crowded and well-lit area and although he got out of the van where he could not use his weapon as quickly as his adversaries, he was still not certain that he would not be shot at the gas station, and still believed that he could be killed at any time.

232 The law of self-defence does not require the accused to wait until a firearm is actually pointed at him before defending himself. That is, in my view, why the so-called imminency requirement was not only relaxed, but unequivocally rejected by this Court as an essential element of the defence. In *Pétel, supra*, at p. 13, Lamer C.J., for the majority, clearly indicates that “[m]oreover, *Lavallee, supra*, rejected the rule requiring that the apprehended danger be imminent” (emphasis added). Unlike suddenness in the defence of provocation, which is made an integral part of the defence's requirements by the very text of the section setting out the defence (see s. 232 of the *Criminal Code*), imminency of the danger is not, as such, a legal requirement of self-defence. I do not understand the reference by the majority in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 16, to a requirement of imminency to be other than an application of reasonableness to the facts of that case.

233 When it is said that imminency remains a factor for the jury to assess, and that evidence can be led to rebut this presumption of fact (*Pétel, supra*, at

du papier journal ou s'il avait découvert une tête de cheval dans son lit, il aurait pu également conclure que sa vie était en danger. Je crois qu'un jury serait à même de décider si, dans de telles circonstances, la perception de l'intimé était raisonnable.

L'intimé a dit avoir cru à l'imminence d'une attaque physique dirigée contre lui. Il a répété qu'il craignait d'être tué à tout instant et que la victime et son acolyte attendaient seulement le moment propice pour l'abattre. En contre-interrogatoire, il a raconté que, même après s'être rendu à une station-service, un lieu achalandé et bien éclairé, afin de réduire le risque d'être tué, et après être descendu du véhicule où il ne pouvait utiliser son arme aussi rapidement que ses adversaires, il ne se sentait pas encore en sécurité et craignait toujours d'être abattu à tout instant.

Le droit applicable en matière de légitime défense n'exige pas que l'accusé attende qu'une arme soit effectivement braquée sur lui pour se défendre. Voilà pourquoi, à mon sens, la Cour a non seulement assoupli ce qu'il est convenu d'appeler l'exigence d'imminence, mais l'a rejetée sans équivoque comme élément essentiel du moyen de défense. Dans l'arrêt *Pétel*, précité, p. 13, le juge en chef Lamer indique clairement, au nom des juges majoritaires, que « [p]ar ailleurs, l'arrêt *Lavallee*, précité, a rejeté la règle exigeant que le danger appréhendé soit imminent » (je souligne). Contrairement à la soudaineté qui fait partie intégrante des conditions d'application du moyen de défense fondé sur la provocation, en vertu du texte même de la disposition qui définit ce moyen de défense (voir l'art. 232 du *Code criminel*), l'imminence du danger n'est pas en soi une condition légale d'application de la légitime défense. Je considère que la mention, par les juges majoritaires de la Cour, d'une exigence d'imminence dans l'arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 16, n'est rien de plus qu'une application du critère de la raisonabilité aux faits de cette affaire.

Lorsqu'on dit que l'imminence demeure un facteur qui doit être évalué par le jury et qu'une preuve peut être présentée pour réfuter cette présomption

p. 13), it must be understood that there exists no legal presumption, in the form of a burden that would be imposed on the accused to demonstrate, where the attack was not imminent, that he or she nevertheless reasonably believed to be in immediate danger. The evidential burden imposed on the accused to raise the defence remains unchanged, whether or not the attack was, or was perceived to be, imminent. The so-called presumption of imminency simply means that where the accused does not claim to have been in immediate danger, but rather says that he seized an opportunity to avoid a distant but certain danger, the jury will be entitled, though never obligated, to draw an inference of fact that the accused's actions were not really motivated by self-defence, since the accused did not reasonably apprehend serious harm or believe that he had no alternative.

In this case, the accused repeatedly testified that he felt trapped in the situation and he believed that the only way out was to first get out of the van and then shoot before he got shot. The accused also gave an explanation as to why he did not walk away or call the police and as to why he believed that the only way out of the situation was to shoot the victim. It will be for the jury to decide whether this explanation is compelling and whether it can displace the common sense inference resulting from the lack of imminency, and from the fact that the victim had his back turned to the accused at the time of the shooting. Imminency will be but one factor for the jury to take into account in its assessment of reasonableness, and, since it does not constitute a formal legal requirement of the defence, its absence alone may not be used by trial judges or appellate courts to withdraw self-defence from the jury.

B. *Reasonable Apprehension of Death or Grievous Bodily Harm*

The respondent has testified that he apprehended death on the night of the offence. He said that he was convinced that the victim would be the one to kill him, because he was sitting in the back and he

de fait (*Pétel*, précité, p. 13), il faut comprendre qu'aucune présomption légale n'oblige l'accusé à établir, dans le cas où l'attaque n'était pas imminente, qu'il avait néanmoins des motifs raisonnables de croire qu'il était en danger immédiat. La charge de présentation incombant à l'accusé qui souhaite invoquer la légitime défense demeure la même, peu importe que l'attaque ait été imminente ou non, ou encore perçue comme telle. La prétendue présomption d'imminence signifie simplement que, lorsque l'accusé affirme non pas qu'il était en danger immédiat, mais plutôt qu'il a saisi l'occasion d'échapper à un danger éloigné mais certain, le jury a le droit, bien qu'il ne soit jamais tenu de le faire, de tirer la conclusion de fait que l'accusé n'a pas vraiment agi en état de légitime défense étant donné qu'il n'avait aucun motif raisonnable d'appréhender un préjudice grave ou de croire qu'il n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir.

Dans la présente affaire, l'accusé a affirmé à maintes reprises qu'il s'était senti pris au piège et qu'il avait cru que le seul moyen de s'en sortir était de descendre de la fourgonnette et de faire feu le premier. Il a également expliqué pourquoi il n'avait ni pris la fuite ni appelé la police et pourquoi il avait cru que le seul moyen de s'en sortir était d'abattre la victime. Il appartiendra au jury de décider si cette explication est convaincante et si elle est de nature à repousser l'inférence, fondée sur le bon sens, qui résulte de l'absence d'imminence et du fait que la victime tournait le dos à l'accusé au moment où il a fait feu sur elle. L'imminence n'est que l'un des facteurs dont le jury doit tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable et, comme elle n'est pas à proprement parler une condition légale d'application du moyen de défense, le juge du procès ou la cour d'appel ne peut pas invoquer la seule absence d'imminence pour soustraire le moyen fondé sur la légitime défense à l'appréciation du jury.

B. *L'appréhension raisonnable de la mort ou de lésions corporelles graves*

L'intimé a témoigné qu'il craignait pour sa vie le soir où il a commis l'infraction. Il a dit avoir été convaincu que la victime était la personne qui le tuerait, car elle prenait place à l'arrière, d'où, croyait-il, le

234

235

believed that the shot would come from behind. This was evidence of his apprehension of serious harm. The respondent also provided, in his testimony, an explanation for his apprehension, which would allow the jury to assess its reasonableness. The factors referred to above, which led the respondent to believe that he was being assaulted, also caused him, according to his evidence, to apprehend death. There were numerous factors and their relevance to the respondent was clearly explained in his testimony. They may not appear very persuasive that the respondent's apprehension of death was reasonable in the circumstances, and they may not prove sufficient to raise a reasonable doubt in the jury's mind as to the reasonableness of the respondent's apprehension. However, they amount to some evidence upon which the jury may make its own assessment of reasonableness, since the jurors were provided with the full background and explanation for the respondent's perceptions.

C. Subjective Belief in the Absence of Alternatives to Killing

236

Finally, the respondent testified that he believed that shooting the victim was the only way to preserve his life on the night in question. His testimony was clearly to the effect that he believed himself to be in a situation of "kill or be killed", so that shooting the victim was, in his mind, the only way to get out of the situation. The respondent explained first that he did not call the police because, having spent his life running away from them, he did not believe that the police would be willing to help him. He also believed that the police would force him to work as an informant if he were to seek protection. He said that he thought that the police would arrive too late to help him if he were to call. As for running away, the respondent indicated that it did not enter his mind at the time. He explained that he did not want to leave his van with the three others in it, and that he believed he had nowhere to run, as the victim and Ice knew where he lived. He stated that he thought that the only way out of the situation was to make Ice and the victim leave the van. Again, all this constituted evidence in this case which provided an

coup de feu serait tiré. Il s'agit d'une preuve qu'il appréhendait un préjudice grave. Dans son témoignage, l'intimé a également donné une explication de cette appréhension, qui permettrait au jury d'évaluer le caractère raisonnable. Les facteurs susmentionnés, qui ont amené l'intimé à croire qu'il était attaqué, l'ont également amené, selon son témoignage, à craindre pour sa vie. Ces facteurs étaient nombreux et, dans son témoignage, l'intimé a clairement expliqué ce qu'ils avaient signifié pour lui. Il est possible qu'ils ne soient pas de nature à convaincre le jury que l'appréhension de la mort que l'intimé a eue était raisonnable dans les circonstances et qu'ils se révèlent insuffisants pour susciter un doute raisonnable dans l'esprit des jurés en ce qui concerne le caractère raisonnable de cette appréhension de la part de l'intimé. Cependant, ils constituent une preuve qui permet au jury de procéder à sa propre évaluation du caractère raisonnable, étant donné qu'il a obtenu des explications complètes sur les perceptions de l'intimé et le contexte dans lequel il a eu ces perceptions.

C. La croyance subjective que le seul moyen de s'en sortir était de tuer la victime

Enfin, l'intimé a témoigné qu'il avait cru qu'abattre la victime était le seul moyen de sauver sa vie le soir en question. Il ressort clairement de son témoignage qu'il se croyait dans la situation où, s'il ne tuait pas quelqu'un, c'est lui qui serait tué, de sorte qu'abattre la victime était, dans son esprit, le seul moyen de s'en sortir. L'intimé a d'abord expliqué qu'il n'avait pas appelé la police parce que, après avoir passé sa vie à la fuir, il ne croyait pas qu'elle serait disposée à lui venir en aide. Il croyait aussi que la police l'obligerait à servir d'indicateur s'il demandait sa protection. Il a ajouté qu'il croyait que, s'il appelait la police, elle arriverait trop tard pour pouvoir l'aider. L'intimé a précisé qu'il n'avait pas songé à prendre la fuite à l'époque. Il a expliqué qu'il n'avait pas voulu laisser sa fourgonnette aux trois autres personnes qui y prenaient place et qu'il n'avait nulle part où aller étant donné que la victime et Ice savaient où il habitait. Il a affirmé avoir cru que le seul moyen de s'en sortir était d'amener Ice et la victime à descendre du véhicule. Là encore, tout cela constituait en l'espèce une preuve expliquant

explanation as to why the respondent believed that he could not simply walk away from the situation. Whether or not that explanation is compelling, and whether or not the respondent's belief was reasonable, will once again be a matter for the jury.

Reasonableness can hardly be established by a single item of evidence; rather, it calls for an appreciation of all the circumstances, including the credibility of the witnesses who relate the events. Despite its objective component reasonableness remains a question for the jury. In the present case, the accused's testimony detailed the circumstances surrounding the offence, as well as the broader context in which his perceptions arose. The evidence required to give a defence an "air of reality" may come from the accused's testimony alone, and need not be confirmed by independent evidence. Therefore, it will be for the jury to assess whether, in the context described by the accused of having two men in his van that he believed to be armed and intent on killing him that very night, it was reasonable for him not to consider running away or calling the police.

I must add that the accused did not forfeit his right to rely on self-defence merely because he entered his van with the victim and Ice without being coerced to do so, while he suspected, but was not yet certain, that they wanted to kill him. What is relevant for the purposes of the law of self-defence is the reasonableness of the accused's actions and perceptions at the time of the offence. The background circumstances and the prior actions of the accused will of course be relevant to this assessment, but the jury is not asked to pass judgment on the reasonableness of the accused's past actions, or of his whole lifestyle.

In *Lavallee, supra*, referring to the fact that the accused had not left her partner before in spite of the intolerable violence that she was subjected to, Wilson J. indicated, at p. 884, that "[t]his question does not really go to whether she had an alternative to killing the deceased at the critical moment". While this evidence was of course relevant to

pourquoi l'intimé croyait qu'il ne pouvait pas simplement prendre la fuite. Il appartiendra également au jury de décider si cette explication est convaincante et si la croyance de l'intimé était raisonnable.

Il est difficile de déterminer le caractère raisonnable au moyen d'un seul élément de preuve; il faut plutôt apprécier toutes les circonstances, y compris la crédibilité des témoins relatant ce qui s'est passé. Malgré sa composante objective, le caractère raisonnable est une question qui relève du jury. En l'espèce, l'accusé a exposé en détail les circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction, ainsi que le contexte général dans lequel il en est venu à avoir les perceptions qu'il a eues. La preuve requise pour qu'un moyen de défense soit vraisemblable peut émaner du seul témoignage de l'accusé et n'a pas à être confirmée par une preuve indépendante. Il appartient donc au jury de décider si, dans les circonstances décrites par l'accusé, savoir la présence à bord de sa fourgonnette de deux hommes qu'il croyait armés et résolu à le tuer le soir même, il était raisonnable qu'il ne songe pas à s'enfuir ou à appeler la police.

Je dois ajouter que l'accusé n'a pas renoncé à son droit d'invoquer la légitime défense du seul fait qu'il est monté de son propre gré à bord de sa fourgonnette en compagnie de la victime et de Ice, alors qu'il les soupçonnait simplement de vouloir le tuer, sans en être certain à ce moment-là. Ce qui est pertinent aux fins d'application du droit en matière de légitime défense, c'est le caractère raisonnable des actes et des perceptions de l'accusé au moment de l'infraction. Les antécédents et les actes antérieurs de l'accusé sont certes pertinents à cette fin, mais le jury n'est pas appelé à se prononcer sur le caractère raisonnable des actes antérieurs de l'accusé, ni sur son mode de vie général.

Dans l'arrêt *Lavallee*, précité, p. 884, madame le juge Wilson a dit que le fait que l'accusée n'avait pas déjà quitté son conjoint, en dépit de la violence intolérable qu'il lui faisait subir, « ne permet[tait] pas de répondre à la question de savoir si elle avait un autre choix que l'homicide au moment critique ». Il va sans dire que cet élément de preuve était

237

238

239

provide the background circumstances necessary to assess the reasonableness of the accused's belief that she had no alternative at the time of the offence, the jury was not to assess whether it was reasonable for the accused not to leave her partner at a previous time. Wilson J. further explained, at p. 888:

I emphasize at this juncture that it is not for the jury to pass judgment on the fact that an accused battered woman stayed in the relationship. Still less is it entitled to conclude that she forfeited her right to self-defence for having done so. [Emphasis added.]

240

The respondent is not asking this Court to take into account, in deciding whether there is any evidence relevant to the reasonableness of his perceptions and actions, a criminal "world-view", or a specific set of values that would advocate, for example, choosing to fight instead of running away in order to preserve one's honour. Such values would certainly not be controlling. In *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at paras. 59-60, Lamer C.J., for the Court, indicated that the standard to be used to assess the reasonableness of the accused's belief in the lack of alternative should be similar for the defences of necessity, duress and self-defence. In *Ruzic, supra*, at para. 61, LeBel J. described the standard as follows, in the context of the defence of duress:

The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics.

241

The fact that the respondent's background in this case, as well as the circumstances surrounding the offence, involve criminal activity, does not mean that it cannot be taken into account by the jury. On the contrary, the assessment remains similar, regardless of the type of circumstances involved. In all cases, the jury must take into account the accused's

pertinent pour décrire les antécédents en fonction desquels le jury devait déterminer s'il était raisonnable que l'accusée croie qu'elle n'avait pas d'autres moyens de s'en sortir au moment de l'infraction. Cependant, le jury ne devait pas décider s'il était raisonnable que l'accusée n'ait pas quitté son conjoint auparavant. Le juge Wilson ajoute ce qui suit, à la p. 888 :

Je souligne à ce stade-ci qu'il n'appartient nullement au jury de porter un jugement sur le fait qu'une femme battue inculpée est restée avec l'homme qui l'agressait. Encore moins lui est-il permis d'en conclure qu'elle a renoncé à son droit à la légitime défense. [Je souligne.]

L'intimé ne demande pas à la Cour de tenir compte d'une vision criminelle du monde ou d'un ensemble particulier de valeurs — qui inciterait, par exemple, un individu soucieux de préserver son honneur à combattre plutôt qu'à prendre la fuite — pour décider s'il existe quelque élément de preuve pertinent en ce qui concerne le caractère raisonnable de ses perceptions et de ses actes. De telles valeurs ne seraient sûrement pas déterminantes. Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, par. 59-60, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, que la norme à appliquer pour évaluer le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé à l'absence d'une autre solution devait s'apparenter à celle applicable aux moyens de défense fondés sur la nécessité, la contrainte et la légitime défense. Dans l'arrêt *Ruzic*, précité, par. 61, le juge LeBel a décrit ainsi la norme applicable au moyen de défense fondé sur la contrainte :

Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles.

Ce n'est pas parce que les antécédents de l'intimé en l'espèce et les circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction comportent une activité criminelle que le jury ne peut en tenir compte. Au contraire, l'appréciation demeure la même peu importe le genre de circonstances en cause. Le jury doit, dans tous les cas, tenir compte de la situation

circumstances and background to the extent that they shed light on and explain his perception of the existence of an assault, his apprehension of death and his belief in the lack of alternative. Reprobation for the accused's lifestyle or past actions is properly expressed in a prosecution for any crime that he might have committed in the past, but it should not be expressed by an effective denial of the defence of self-defence through the refusal to take into account circumstances that are related to a criminal background.

IV. Conclusion

The test for committal for trial, directed verdicts of acquittal and the withdrawing of a defence from the jury strives to respect the long-standing divisions of tasks between judges and jury, and favours great deference to the wisdom of the jury. Discharges at the preliminary inquiry and directed verdicts of acquittal also promote judicial economy and may serve as an early barrier to the danger of a wrongful conviction. Not so where a defence is withdrawn from the jury. The only rational purpose served by withdrawing a defence is to avoid confusing the jury who may then wrongly acquit on the basis of that confusion. When the critical issue in a criminal case is whether a person who otherwise committed a crime acted reasonably in the circumstances, we ought not to misconstrue the risk of the jury being confused with the possibility that we may disagree with its verdict.

Consequently, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, IACOBUCCI, MAJOR and ARBOUR JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Pasquin, Bibeau, Brouillard, Gariépy & Associés, Montréal.

et des antécédents de l'accusé dans la mesure où ils clarifient et expliquent sa perception de l'existence d'une attaque, son appréhension de la mort et sa croyance qu'il n'avait aucun autre moyen de s'en sortir. Pour réprouver le mode de vie ou les actes antérieurs de l'accusé, il convient de le poursuivre pour tout crime qu'il a pu commettre dans le passé, mais il n'y a pas lieu de l'empêcher d'invoquer la légitime défense en refusant de prendre en considération des circonstances liées à des antécédents criminels.

IV. Conclusion

Le critère applicable pour ordonner un renvoi à procès, prononcer un verdict imposé d'acquiescement et soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury tente de respecter le partage de longue date des tâches entre le juge et le jury et incite à s'en remettre énormément à la sagesse du jury. La libération à l'enquête préliminaire et le verdict imposé d'acquiescement contribuent également à la réalisation d'économies sur le plan judiciaire et peuvent permettre d'éviter, dès le départ, qu'un verdict de culpabilité injustifié soit prononcé. Il n'en va pas ainsi lorsqu'un moyen de défense est soustrait à l'appréciation du jury. La seule raison qui puisse justifier de soustraire un moyen de défense au jury est d'éviter de semer dans l'esprit des jurés une confusion qui pourrait les amener à acquiescer à tort l'accusé. Lorsque la question cruciale qui se pose dans une affaire criminelle est de savoir si la personne qui a commis un crime a agi de manière raisonnable dans les circonstances, il ne faut pas confondre le risque de semer la confusion dans l'esprit des jurés avec la possibilité que le juge ou la cour soit en désaccord avec leur verdict.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI, MAJOR et ARBOUR sont dissidents.

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

Procureurs de l'intimé : Pasquin, Bibeau, Brouillard, Gariépy & Associés, Montréal.

242

243

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

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

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

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

Bernadette Smith *Appellant*

v.

**Co-operators General Insurance
Company** *Respondent*

**INDEXED AS: SMITH v. CO-OPERATORS GENERAL
INSURANCE Co.**

Neutral citation: 2002 SCC 30.

File No.: 27875.

2001: November 6; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci,
Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Limitation of actions — Insurance — Limitation period in Ontario insurance law — Insurer stopping payments of accident benefits to insured and informing her that she could apply for mediation — Mediation unsuccessful — Insured filing action against insurer more than two years after its refusal to continue to pay benefits — Insurer claiming insured's action time-barred by two-year limitation period in s. 281(5) of Insurance Act — Limitation period only begins upon proper refusal by insurer — Whether insurer entitled to assert limitation defence — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 281(5) — Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996, O. Reg. 776/93, ss. 71, 72.

An insured, who was the victim of a motor vehicle accident, received statutory benefits from the respondent insurer. The insurer ceased paying those benefits on May 8, 1996. Its notice of termination advised the insured of her right to seek mediation through the Ontario Insurance Commission should she disagree with the cessation of payments. The insured filed for mediation as required by the *Insurance Act*, but the mediation failed. On September 8, 1998, the insured issued a statement of claim for ongoing statutory benefits. The insurer presented a motion for summary judgment on the grounds that the claim

Bernadette Smith *Appelante*

c.

**Compagnie d'assurance générale
Co-operators** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : SMITH c. CIE D'ASSURANCE
GÉNÉRALE CO-OPERATORS**

Référence neutre : 2002 CSC 30.

N° du greffe : 27875.

2001 : 6 novembre; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Prescription — Assurance — Délai de prescription prévu dans le droit des assurances de l'Ontario — Assureur cessant de verser à l'assurée des indemnités d'accident et l'informant de la possibilité de demander la médiation — Échec de la médiation — Assurée intentant une action contre l'assureur plus de deux ans après qu'il eut refusé de continuer à lui verser des indemnités — Assureur faisant valoir que l'action de l'assurée est prescrite en raison du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 281(5) de la Loi sur les assurances — Délai de prescription ne commençant à courir qu'à partir du moment où l'assureur exprime un refus valable — L'assureur peut-il invoquer la prescription comme moyen de défense? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 281(5) — Annexe sur les indemnités d'accident légales — Accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93, art. 71, 72.

Une assurée, victime d'un accident de la route, a obtenu le versement d'indemnités légales par l'assureur intimé. Ce dernier a cessé de verser ces indemnités le 8 mai 1996. Dans son avis de cessation d'indemnisation, il a informé l'assurée de son droit de faire une demande de médiation auprès de la Commission des assurances de l'Ontario, si elle n'était pas d'accord avec sa décision de cesser les versements. L'assurée a présenté une demande de médiation conformément à la *Loi sur les assurances*, mais la médiation a échoué. Le 8 septembre 1998, l'assurée a produit une déclaration dans laquelle elle réclamait

was barred under the two-year limitation period set out in s. 281(5) of the *Insurance Act*. The Superior Court of Justice allowed the motion and dismissed the action. A majority of the Court of Appeal upheld that judgment.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The two-year limitation period under s. 281(5) of the *Insurance Act* only begins to run upon the issuance by the insurer of a valid refusal. No such refusal is given if there has not been adequate compliance with s. 71 of the *Statutory Accident Benefits Schedule* (“SABS”). Section 71 obliges insurers to inform claimants of the entire dispute resolution process under ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* and not merely the right under s. 280(1) to refer a dispute to mediation. This information must be provided in straightforward and clear language, directed towards an unsophisticated person. At a minimum, the information should include a description of the most important points of the dispute resolution process, such as the right to seek mediation, the right to arbitrate or litigate if mediation fails, that mediation must be attempted before resorting to arbitration or litigation and the relevant time limits that govern the entire process. Since the insured was only informed of the first step of the process, a proper refusal was not given. Consequently, the limitation period under s. 281(5) of the *Insurance Act* did not begin to run. The fact that the insurer used a standard form prescribed by the Commissioner of Insurance does not relieve it of its obligations under s. 71 of the *SABS*. Although s. 94 of the *SABS* provides that a notice of refusal must be in a form approved by the Commissioner, there is no requirement that the documents be in a form issued by the Commissioner. The industry practice of using the form prescribed by the Commissioner is not a substitute for conformity with s. 71 of the *SABS*.

Per Bastarache J. (dissenting): The insurer’s notification given in response to s. 71 of the *SABS* in the standard form used was insufficient to advise the insured of the dispute resolution process. However, the duty imposed on the insurer by s. 62(8) of the *SABS* to notify the claim-

ant of the payment of legal indemnities not yet paid and of those to be paid. The insurer presented a motion to obtain a summary judgment on the basis that the claim was barred by the two-year limitation period of s. 281(5) of the *Insurance Act*. The Superior Court of Justice allowed the motion and dismissed the action. A majority of the Court of Appeal upheld that judgment.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : Le délai de prescription de deux ans prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* ne commence à courir qu’à partir du moment où l’assureur exprime un refus valable. L’assureur n’exprime pas un refus valable s’il ne prend pas les mesures suffisantes pour se conformer à l’art. 71 de l’*Annexe sur les indemnités d’accident légales* (« AIAL »). Cet article oblige l’assureur à informer le demandeur de toute la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*, et non seulement du droit qu’il a, en vertu du par. 280(1), de soumettre le litige à un médiateur. Pour fournir ces renseignements, l’assureur doit utiliser des termes clairs et simples qu’un profane peut saisir. Il doit au moins donner une description des éléments les plus importants de la procédure de règlement des différends, comme le droit de demander la médiation, le droit de demander l’arbitrage ou d’intenter une poursuite en cas d’échec de la médiation, l’obligation de recourir à la médiation avant de demander l’arbitrage ou d’intenter une poursuite et les délais pertinents qui s’appliquent à l’ensemble de la procédure. Étant donné que l’assurée a seulement été informée de la première étape de la procédure, le refus exprimé n’est pas valable. En conséquence, le délai de prescription prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* n’a pas commencé à courir. L’utilisation par l’assureur d’une formule type prescrite par le commissaire aux assurances n’a pas eu pour effet de le soustraire aux obligations qui lui incombent en vertu de l’art. 71 AIAL. Bien que l’art. 94 AIAL prévoie que l’avis de refus doit être rédigé selon une formule approuvée par le commissaire aux assurances, rien n’exige que les documents soient rédigés selon une formule prescrite par ce dernier. La pratique de l’industrie consistant à utiliser la formule prescrite par le commissaire ne dispense pas l’assureur de l’obligation de se conformer à l’art. 71 AIAL.

Le juge Bastarache (dissident) : L’avis que l’assureur a donné selon la formule type, conformément à l’art. 71 AIAL, était insuffisant pour renseigner l’assurée sur la procédure de règlement des différends. Toutefois, l’obligation qu’a l’assureur, en vertu du par. 62(8) AIAL,

ant of the refusal of benefits is an obligation that exists separate and apart from the duty of the insurer under s. 71 of the *SABS* to inform the claimant of the right to dispute the refusal. The legislation establishes no clear link between the notification of the right to dispute and the notification of the refusal to pay benefits, the latter of which must be given before the limitation periods set out in s. 281(5) of the *Insurance Act* and s. 72(1) of the *SABS* will begin to run. The purpose of s. 71 of the *SABS* is simply to give access to the right to dispute. Until the insurer's notice of the right to dispute is given, the claimant may at any time resort to mediation. Once the claimant is informed, then pursuant to s. 72(1), she has two years to proceed to mediation. Section 72(2) of the *SABS* ensures that the claimant's right to arbitrate and litigate is also protected since, under this section, arbitration or a court proceeding may be commenced within 90 days of the issuance of the mediator's report. Here, there is no injustice in applying s. 72(1) of the *SABS* and s. 281(5) of the *Insurance Act* to bar the insured's action. She was not denied access to the dispute resolution procedures, nor was she prevented from instituting a civil action for lack of notice of the limitation period applicable at the relevant time.

Cases Cited

By Bastarache J. (dissenting)

Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 1998 CarswellOnt 2811, leave to appeal refused, [1998] O.J. No. 2872 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 279 to 283, 279(2), 280(1), 281(1) [rep. & sub. 1996, c. 21, s. 37], (5) [*idem*].

Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996, O. Reg. 776/93 [am. O. Reg. 463/96], ss. 62(7), (8) [rep. & sub. 781/94, s. 16], 71, 72, 94.

Authors Cited

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 130 O.A.C. 122, 183 D.L.R. (4th) 385, 19 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 270, [2000] O.J. No. 408 (QL), dismissing the appellant's

d'aviser un demandeur de son refus de l'indemniser est distincte de l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 71 *AIAL*, d'informer le demandeur de son droit de contester ce refus. Les dispositions législatives en question n'établissent aucun lien clair entre la notification du droit de contestation et celle du refus de verser des indemnités, cette dernière notification étant requise pour que les délais de prescription prévus au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* et au par. 72(1) *AIAL* commencent à courir. L'article 71 *AIAL* vise simplement à donner accès au droit de contestation. Tant que l'assureur ne donne pas avis du droit de contestation, le demandeur peut en tout temps recourir à la médiation. Dès qu'il est informé de ce droit, le demandeur dispose alors de deux ans pour recourir à la médiation, selon le par. 72(1). Le paragraphe 72(2) *AIAL* protège également le droit du demandeur de recourir à l'arbitrage et d'intenter une poursuite, étant donné qu'il prévoit que la procédure d'arbitrage ou l'instance devant un tribunal peut être engagée dans les 90 jours suivant le dépôt du rapport du médiateur. En l'espèce, il n'y a rien d'injuste à appliquer le par. 72(1) *AIAL* et le par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* pour déclarer irrecevable l'action de l'assurée. On ne lui a pas refusé l'accès à la procédure de règlement des différends et on ne l'a pas empêchée non plus d'intenter une action civile en ne lui donnant pas avis du délai de prescription applicable à l'époque pertinente.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Kirkham c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 1998 CarswellOnt 2811, autorisation d'appel refusée, [1998] O.J. No. 2872 (QL).

Lois et règlements cités

Annexe sur les indemnités d'accident légales — accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93 [mod. règl. de l'Ont. 463/96], art. 62(7), (8) [abr. & rempl. 781/94, art. 16], 71, 72, 94.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 279 à 283, 279(2), 280(1), 281(1) [abr. & rempl. 1996, ch. 21, art. 37], (5) [*idem*].

Doctrine citée

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 130 O.A.C. 122, 183 D.L.R. (4th) 385, 19 C.C.L.I. (3d) 1, 50 M.V.R. (3d) 270, [2000] O.J. No. 408 (QL), rejetant l'appel de

appeal from a decision of the Superior Court of Justice, [1999] O.J. No. 2484 (QL). Appeal allowed, Bastarache J. dissenting.

Andrew R. Kerr and M. Steven Rastin, for the appellant.

Bruce Keay, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ This case involves questions of statutory interpretation in the context of limitation periods in Ontario insurance law. The appellant insured appeals against a decision of the Ontario Court of Appeal dismissing her appeal from a summary judgment by the Superior Court of Justice. The latter court allowed the respondent insurer's motion to dismiss the appellant's claim for benefits based on expiry of the limitation period. The general issue raised by this appeal is whether the insurer fulfilled its obligation under s. 71 of the *Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996*, O. Reg. 776/93 ("SABS"), to inform the insured of the procedure for resolving disputes set out in ss. 279 to 283 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8. This will determine whether there was a proper refusal by the respondent to continue payment of the benefits so as to trigger the limitation period of two years to launch a civil action. For the reasons that follow, I have concluded that the Court of Appeal erred in finding that the insurer had fulfilled its obligations under s. 71 of the SABS. Therefore, there was no proper refusal made and the limitation period did not begin to run. The appellant is not barred from bringing her action. However, I make no conclusion about the merits of her claim, which a trial judge must assess.

l'appelante contre une décision de la Cour supérieure de justice, [1999] O.J. No. 2484 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Bastarache est dissident.

Andrew R. Kerr et M. Steven Rastin, pour l'appelante.

Bruce Keay, pour l'intimée.

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

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

La présente affaire porte sur des questions d'interprétation législative relatives aux délais de prescription prévus dans le droit des assurances de l'Ontario. L'assurée appelante se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant l'appel qu'elle avait interjeté contre un jugement sommaire de la Cour supérieure de justice. Cette dernière avait accueilli la motion fondée sur l'expiration du délai de prescription que l'assureur intimé avait présentée en vue d'obtenir le rejet de la demande d'indemnité de l'appelante. La question générale que soulève le présent pourvoi est de savoir si l'assureur s'est acquitté de son obligation, en vertu de l'art. 71 de l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales — accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996*, règl. de l'Ont. 776/93 (« AIAL »), d'informer l'assurée de la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8. La réponse à cette question permettra de déterminer si l'intimée a exprimé un refus valable de continuer à verser les indemnités et si le délai de prescription de deux ans applicable aux actions civiles a, de ce fait, commencé à courir. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'assureur a rempli les obligations lui incombant en vertu de l'art. 71 AIAL. Le refus n'était donc pas valable et le délai de prescription n'a pas commencé à courir. Rien n'empêche l'appelante d'intenter son action. Cependant, je ne me prononce pas sur le bien-fondé de sa demande, qui relève du juge de première instance.

II. Facts

The appellant was a victim of a motor vehicle accident that occurred on April 14, 1994. She claimed and received statutory benefits from the respondent who ceased paying those benefits on May 8, 1996. The respondent advised the appellant in writing that same day of the reasons for the termination. The form sent by the respondent to the appellant contained the following notation:

We have assessed your claim for accident benefits. This form tells you how we calculated your benefits. If you disagree with our assessment, please contact us immediately.

If we cannot settle the application to your satisfaction, you have the right to ask for mediation through the Ontario Insurance Commission. You can contact them in Toronto at (416) 250-6750 or toll free at 1-800-668-0128.

In a letter sent to the appellant's solicitor on the same day, the respondent wrote, "please be advised that Ms. Smith is no longer entitled to Income Replacement Benefits".

After engaging in correspondence in which she unsuccessfully urged the respondent to reinstate her benefits, the appellant filed for mediation as required by the provisions of the *Insurance Act*. The mediation was held on August 11, 1997 but failed. The appellant issued a statement of claim on September 8, 1998 for ongoing statutory benefits.

The respondent presented a motion for summary judgment on the grounds that the appellant's claim was time-barred by s. 281(5) of the *Insurance Act* which requires that any court action or arbitration claiming statutory accident benefits be commenced within two years of "the insurer's refusal to pay the benefit claimed". On June 23, 1999, MacKinnon J. of the Superior Court of Justice allowed the motion for summary judgment and dismissed the appellant's action. The appellant's appeal was dismissed by a majority of the Ontario Court of Appeal on February 21, 2000.

II. Les faits

L'appelante a été victime d'un accident de la route le 14 avril 1994. Elle a demandé et obtenu le versement d'indemnités légales par l'intimée. Le 8 mai 1996, l'intimée a cessé de verser ces indemnités et a informé par écrit l'appelante des motifs de cette cessation. Le formulaire que l'intimée a envoyé à l'appelante contenait la note suivante :

[TRADUCTION] Nous avons évalué votre demande d'indemnité d'accident. Le présent formulaire vous indique la façon dont nous avons calculé vos indemnités. Si vous n'êtes pas d'accord avec notre évaluation, veuillez communiquer avec nous immédiatement.

Si nous ne pouvons pas régler la demande à votre satisfaction, vous avez le droit de faire une demande de médiation auprès de la Commission des assurances de l'Ontario, en composant le numéro (416) 250-6750 si vous êtes à Toronto, ou le numéro sans frais 1-800-668-0128 si vous êtes à l'extérieur de Toronto.

Dans une lettre envoyée à l'avocat de l'appelante le même jour, l'intimée écrivait : [TRADUCTION] « veuillez noter que M^{me} Smith n'a plus droit à des indemnités de remplacement de revenu ».

À la suite d'un échange de correspondance qui ne lui a pas permis de convaincre l'intimée de reprendre le versement des indemnités, l'appelante a présenté une demande de médiation conformément à la *Loi sur les assurances*. La médiation a eu lieu le 11 août 1997, mais elle a échoué. Le 8 septembre 1998, l'appelante a produit une déclaration dans laquelle elle réclamait le versement des indemnités légales impayées et de celles à venir.

L'intimée a présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire pour le motif que la demande de l'appelante était prescrite en vertu du par. 281(5) de la *Loi sur les assurances*, qui prévoit que toute instance devant un tribunal ou toute procédure d'arbitrage à l'égard d'indemnités d'accident légales doit être engagée dans les deux ans qui suivent le « moment où l'assureur refuse de payer l'indemnité demandée ». Le 23 juin 1999, le juge MacKinnon de la Cour supérieure de justice a accueilli cette motion et a rejeté l'action de l'appelante. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté, à la majorité, l'appel de l'appelante le 21 février 2000.

2

3

4

III. Relevant Statutory Provisions

5

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8

281. (1) Subject to subsection (2),

- (a) the insured person may bring a proceeding in a court of competent jurisdiction;
- . . .

(5) A step authorized by subsection (1) must be taken within two years after the insurer's refusal to pay the benefit claimed or within such longer period as may be provided in the *Statutory Accident Benefits Schedule*.

Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996, O. Reg. 776/93

62. . . .

(7) When a weekly benefit is first paid under Part II, section 15, Part IV or Part V or the amount of the weekly benefit is changed, the insurer shall provide the insured person with a written explanation of how the amount of the weekly benefit was determined.

(8) If the insurer refuses to pay weekly benefits under Part II, section 15 or Part IV or V, it shall give the insured person notice of the reasons for the refusal,

- (a) within 14 days after receiving an application for the benefits, if the refusal occurs before the application is approved;
- (b) by the day on which it would have paid the next weekly benefit, if the refusal occurs after the application is approved.

71. If an insurer refuses to pay a benefit that a person has applied for under this Regulation or reduces the amount of a benefit that a person received under this Regulation, the insurer shall inform the person in writing of the procedure for resolving disputes relating to benefits under sections 279 to 283 of the *Insurance Act*.

94. Each of the following documents shall be in a form approved by the Commissioner of Insurance:

. . .

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8

281. (1) Sous réserve du paragraphe (2) :

- a) la personne assurée peut introduire une instance devant un tribunal compétent;
- . . .

(5) Les mesures permises par le paragraphe (1) doivent être prises dans les deux ans qui suivent le moment où l'assureur refuse de payer l'indemnité demandée ou dans le délai plus long que prévoit l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales*.

Annexe sur les indemnités d'accident légales — accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93

62. . . .

(7) Lorsqu'une indemnité hebdomadaire est initialement payée aux termes de la partie II, de l'article 15 ou de la partie IV ou V, ou en cas de modification du montant de l'indemnité hebdomadaire, l'assureur fournit à la personne assurée des explications écrites sur la façon dont le montant de l'indemnité hebdomadaire a été déterminé.

(8) L'assureur qui refuse de verser des indemnités hebdomadaires visées à la partie II, à l'article 15, à la partie IV ou à la partie V donne à la personne assurée un avis précisant les motifs du refus :

- a) dans les 14 jours qui suivent la réception de la demande d'indemnités, si le refus survient avant l'approbation de la demande;
- b) au plus tard le jour où il aurait versé l'indemnité hebdomadaire suivante, si le refus survient après l'approbation de la demande.

71. S'il refuse de payer une indemnité ou une prestation qu'une personne a demandée aux termes du présent règlement ou s'il réduit le montant d'une indemnité ou d'une prestation qu'une personne a reçue aux termes du présent règlement, l'assureur renseigne la personne par écrit sur la procédure de règlement de différends relatifs aux indemnités ou aux prestations qui est prévue aux articles 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*.

94. Les documents qui suivent sont rédigés selon la formule approuvée par le commissaire aux assurances :

. . .

10. An explanation under subsection 62(7).

11. A notice under subsection 62(8).

IV. Judgments Below

A. *Ontario Superior Court of Justice*, [1999] O.J. No. 2484 (QL)

MacKinnon J. allowed the motion for summary judgment and dismissed the claim. He held that the two-year limitation period in s. 281(5) of the *Insurance Act* began upon the refusal of the insurer to pay, as stipulated by that subsection. Since the appellant did not file her claim within two years of the insurer's refusal, her action was time-barred. According to MacKinnon J., the two-year period begins to run when the benefits have been refused, not when the insurer advises the applicant of his or her rights to mediation and of the existence of the time limit.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 130 O.A.C. 122

A majority of the Court of Appeal (Sharpe J.A., Catzman J.A. concurring) dismissed the appellant's appeal, but for reasons different from those given by the motions judge. They acknowledged that the limitation period in s. 281(5) of the *Insurance Act* did not start to run unless the requirements imposed by s. 71 of the *SABS* were complied with. The issue therefore was whether s. 71 was complied with by the respondent. The appellant's contention that the respondent's notice was insufficient because it did not advise her of the existence of the two-year statutory limitation period was rejected by the majority of the Court of Appeal. In Sharpe J.A.'s view, the procedure for resolving disputes under ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* referred to in s. 71 of the *SABS* was complex, and consequently it was sufficient for the respondent to mention the next step of that process, which was the right to request mediation.

In addition to satisfying the requirements of s. 71, the notice satisfied the consumer protection purpose of the statute and regulations. Sharpe J.A.

10. Les explications visées au paragraphe 62(7).

11. L'avis visé au paragraphe 62(8).

IV. Les jugements

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*, [1999] O.J. No. 2484 (QL)

Le juge MacKinnon a accueilli la motion visant à obtenir un jugement sommaire et a rejeté la demande. Il a conclu que le délai de prescription de deux ans prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* commençait à courir à partir du moment où l'assureur refuse de payer, comme le prévoit ce paragraphe. Étant donné que l'appelante n'avait pas déposé sa demande dans les deux ans suivant le moment où l'assureur a refusé de payer, son action était prescrite. Selon le juge MacKinnon, le délai de prescription de deux ans commence à courir à partir du moment où l'assureur refuse de verser les indemnités, et non pas à partir du moment où l'assureur avise le demandeur de son droit à la médiation et de l'existence du délai de prescription.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 130 O.A.C. 122

Les juges majoritaires de la Cour d'appel (les juges Sharpe et Catzman) ont rejeté l'appel de l'appelante, mais pour des motifs différents de ceux exposés par le juge des requêtes. Ils ont reconnu que le délai de prescription prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* ne commençait à courir que si les exigences de l'art. 71 *AIAL* étaient respectées. Il s'agissait donc de déterminer si l'intimée s'était conformée à l'art. 71. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'avis donné par l'intimée était insuffisant étant donné qu'il ne l'informait pas de l'existence du délai de prescription légal de deux ans. D'après le juge Sharpe, la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances* et mentionnée à l'art. 71 *AIAL* était complexe, de sorte qu'il était suffisant pour l'intimée de mentionner l'étape suivante de cette procédure, soit le droit de demander la médiation.

En plus de respecter les exigences de l'art. 71, l'avis était conforme à l'objectif de protection du consommateur visé par la loi et les règlements. Le

6

7

8

held that an expansive interpretation of s. 71 would likely defeat its consumer protection purpose since insurers would simply attach copies of ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* to their notices with the result that claimants would be overwhelmed with information. As further support for his belief that claimants are given the information they require regarding the limitation period when the time is appropriate, Sharpe J.A. pointed to the fact that the appellant was advised of the two-year limitation period in the Report of the Mediator sent to her on August 11, 1997 by the Ontario Insurance Commission following the unsuccessful mediation. The majority of the Court of Appeal concluded that the respondent did comply with s. 71 of the *SABS* and was therefore entitled to assert the limitation defence.

9

Borins J.A. dissented and would have held that there was insufficient compliance with s. 71 of the *SABS*. He indicated that the section is clear and unambiguous, and manifests a legislative intention to expand the information that an insurer must provide upon refusal to pay or the reduction of payments. Consistency with the consumer protection purpose of s. 71 requires insurers to completely and clearly provide insured persons with the information needed to enable them to challenge the refusal to pay or the reduction of payments. Borins J.A. stated that mediation is only the first step in the dispute resolution process, and as a result it is not sufficient for the insurer to give information about that step only. While he acknowledged that the dispute resolution provisions are complex, Borins J.A. found the limitation period to be central to the dispute resolution process contained in the *Insurance Act* since it conveys the need to proceed expeditiously. Complexity of the provisions could not be an excuse for ignoring the plain meaning of s. 71. Borins J.A. prescribed a basic minimum of four points of information that an insurer should provide to comply with s. 71. He concluded that the limitation period did not begin to run and consequently the appellant was not precluded from proceeding with her claim against the respondent.

juge Sharpe a conclu qu'une interprétation large de l'art. 71 contrecarrerait probablement cet objectif puisque les assureurs joindraient simplement à leurs avis une copie des art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*, de sorte que les demandeurs seraient inondés de renseignements. Pour étayer davantage son point de vue selon lequel les demandeurs reçoivent en temps opportun les renseignements nécessaires au sujet de la prescription, le juge Sharpe a souligné que l'appelante a été avisée de l'existence du délai de prescription de deux ans dans le rapport du médiateur que la Commission des assurances de l'Ontario lui a fait parvenir le 11 août 1997, à la suite de l'échec de la médiation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'intimée s'était conformée à l'art. 71 *AIAL* et qu'elle pouvait donc invoquer la prescription comme moyen de défense.

Le juge Borins, dissident, était d'avis que les mesures prises étaient insuffisantes pour qu'il y ait conformité avec l'art. 71 *AIAL*. Il a indiqué que cette disposition est claire et sans ambiguïté, et traduit l'intention du législateur d'accroître la quantité de renseignements qui doivent être fournis par l'assureur qui refuse de payer ou qui réduit le montant des paiements. Pour se conformer à l'objectif de protection du consommateur visé par l'art. 71, les assureurs doivent fournir clairement aux assurés tous les renseignements dont ils ont besoin pour contester le refus de payer ou la réduction du montant des paiements. Selon le juge Borins, la médiation n'est que la première étape de la procédure de règlement d'un différend et il n'est donc pas suffisant que l'assureur ne donne des renseignements qu'au sujet de cette étape. Bien qu'il ait reconnu la complexité des dispositions relatives au règlement des différends, le juge Borins a conclu que le délai de prescription est au cœur de la procédure de règlement des différends établie dans la *Loi sur les assurances*, étant donné qu'il traduit la nécessité d'agir rapidement. La complexité des dispositions ne pouvait pas excuser l'omission de tenir compte du sens clair de l'art. 71. Le juge Borins a indiqué que, pour se conformer à l'art. 71, l'assureur doit fournir au moins quatre éléments d'information. Il a conclu que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, de sorte que rien n'empêchait l'appelante d'intenter son action contre l'intimée.

V. Issues

The questions raised by this appeal are the following:

- (1) What requirements are imposed on an insurer under s. 71 of the *SABS*?
- (2) Was there a proper refusal by the respondent so as to trigger the limitation period of two years to launch a civil action?

VI. Analysis

A. *The Requirements Imposed by Section 71 of the SABS*

There is no dispute that one of the main objectives of insurance law is consumer protection, particularly in the field of automobile and home insurance. The Court of Appeal was unanimous on this point and the respondent does not contest it. In *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, Professor Craig Brown observed, “In one way or another, much of insurance law has as an objective the protection of customers” (p. 1-5). I note in this vein s. 279(2) of the *Insurance Act* which provides that any restriction on a party’s right to mediate, arbitrate, litigate, or appeal is void, except as provided in the regulations. True to that purpose of consumer protection, no refusal under s. 71 of the *SABS* can be said to have been given by an insurer if there has not been adequate compliance with that section.

Borins J.A. was correct in observing that s. 71 is clear and unambiguous. The legislature clearly intended to place an obligation on the insurer to inform the claimant of the dispute resolution process under ss. 279 to 283 of the *Insurance Act*. The section does not refer only to s. 280(1), which gives the insured the right to refer the dispute to mediation. It refers to the whole process. In fact, having no indication that there is anything beyond mediation

V. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Quelles obligations l’art. 71 *AIAL* impose-t-il à l’assureur?
- (2) L’intimée a-t-elle exprimé un refus valable ayant fait en sorte que le délai de prescription de deux ans applicable aux actions civiles a commencé à courir?

VI. Analyse

A. *Les exigences de l’art. 71 AIAL*

Il n’est pas contesté que l’un des principaux objectifs du droit des assurances est de protéger les consommateurs, surtout dans les domaines de l’assurance-automobile et de l’assurance-habitation. La Cour d’appel était unanime à ce sujet et l’intimée ne prétend pas le contraire. Dans son ouvrage intitulé *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, le professeur Craig Brown fait remarquer que, [TRADUCTION] « [d]’une manière ou d’une autre, une bonne partie du droit des assurances a pour objectif de protéger les consommateurs » (p. 1-5). Je souligne, dans la même veine, que le par. 279(2) de la *Loi sur les assurances* précise que toute restriction du droit qu’a une partie de demander la médiation ou l’arbitrage, d’intenter une poursuite ou d’interjeter appel est nulle, sous réserve des exceptions prévues par les règlements. Conformément à cet objectif de protection du consommateur, on ne peut pas dire que l’assureur a exprimé un refus au sens de l’art. 71 *AIAL* s’il n’a pas pris les mesures suffisantes pour se conformer à cette disposition.

Le juge Borins a eu raison de faire remarquer que l’art. 71 est clair et sans ambiguïté. Le législateur a clairement voulu imposer à l’assureur l’obligation d’informer le demandeur de la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*. L’article 71 ne renvoie pas seulement au par. 280(1), qui donne à l’assuré le droit de soumettre le litige à un médiateur. Il renvoie à l’ensemble de la procédure. En

10

11

12

would tend to create a misguided sense of discouragement in the claimant.

13 That said, Sharpe J.A. was also properly concerned that claimants would be overwhelmed should insurers opt to simply attach a verbatim reproduction of ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* to the refusal. In fact, it is questionable whether this would qualify as a valid refusal as it would surely run afoul of the consumer protection purpose of the legislation. However, we are not merely restricted to two options, both of which are at opposite ends of the spectrum of possible information. There is middle ground.

14 Borins J.A. provided a list of the basic elements of ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* that he thought must be conveyed, and I generally agree with his identification of the most important aspects of those sections. I would caution, however, that it is not the role of this Court to set out the specific content of insurance refusal forms. This task is better left to the legislature. However, it is appropriate for this Court to interpret in general terms what the legislature intended the insurer to convey under s. 71. In my opinion, the insurer is required under s. 71 to inform the person of the dispute resolution process contained in ss. 279 to 283 of the *Insurance Act* in straightforward and clear language, directed towards an unsophisticated person. At a minimum, this should include a description of the most important points of the process, such as the right to seek mediation, the right to arbitrate or litigate if mediation fails, that mediation must be attempted before resorting to arbitration or litigation and the relevant time limits that govern the entire process. Without this basic information, it cannot be said that a valid refusal has been given.

fait, le défaut d'indiquer que la médiation n'est pas la seule possibilité tendrait à susciter chez le demandeur un malencontreux sentiment de découragement.

Cela dit, le juge Sharpe avait également raison de craindre que les demandeurs soient inondés de renseignements si les assureurs décidaient simplement de joindre à leur refus une reproduction littérale des art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*. En réalité, il est douteux que cette façon de procéder constituerait un refus valable étant donné qu'elle contrecarrerait sûrement l'objectif de protection du consommateur visé par la mesure législative. Toutefois, nous ne disposons pas seulement de deux choix situés aux extrémités opposées de l'éventail des renseignements pouvant être fournis. Il existe une solution intermédiaire.

Le juge Borins a donné une liste des éléments fondamentaux des art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances* qui, selon lui doivent être communiqués, et, de façon générale, je souscris à sa description des aspects les plus importants de ces dispositions. Je tiens cependant à souligner qu'il n'appartient pas à notre Cour d'énoncer le contenu précis des formulaires de refus des indemnités d'assurance. Il appartient au législateur de le faire. Il convient toutefois que notre Cour donne une interprétation générale des renseignements que le législateur a voulu que l'assureur communique aux termes de l'art. 71. À mon avis, cette disposition oblige l'assureur à utiliser des termes clairs et simples — qu'un profane peut saisir — pour informer la personne assurée de la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*. L'assureur doit au moins donner une description des éléments les plus importants de la procédure, comme le droit de demander la médiation, le droit de demander l'arbitrage ou d'intenter une poursuite en cas d'échec de la médiation, l'obligation de recourir à la médiation avant de demander l'arbitrage ou d'intenter une poursuite et les délais pertinents qui s'appliquent à l'ensemble de la procédure. Si ces renseignements de base ne sont pas fournis, on ne peut pas dire que le refus exprimé est valable.

B. *Was There a Proper Refusal?*

Given that s. 71 of the *SABS* imposes a requirement to inform the claimant of the dispute resolution process as discussed above, and given that the respondent only informed the appellant of the first step of this process, a proper refusal cannot be said to have been given. Since a proper refusal was not given, and since the limitation period under s. 281(5) of the *Insurance Act* only begins to run upon a refusal, that limitation period was not triggered by the notice sent on May 8, 1996.

The respondent argued that the appellant was informed of the limitation period in any event through the mediator's report. Sharpe J.A. also took note of this, although not for the purpose of invoking it against the appellant as the respondent wishes to do. However, to take this fact into account against the appellant would be to ignore the particular nature of the matter. As I have mentioned above, insurance law is, in many respects, geared towards protection of the consumer. This approach obliges the courts to impose bright-line boundaries between the permissible and the impermissible without undue solicitude for particular circumstances that might operate against claimants in certain cases. Moreover, as previously discussed, the insurer's obligation extends beyond mere communication of the limitation period.

The respondent also invoked the fact that its notice of refusal was in a standard form prescribed by the Commissioner of Insurance (referred to as the Superintendent after July 1, 1998). It argued that by virtue of ss. 94, 62(7), and 62(8) of the *SABS*, it was mandatory for the respondent to use the form drafted and approved by the Commissioner of Insurance. Section 62(7) imposes an obligation of a written explanation in case of a change in payment, and s. 62(8) imposes an obligation of a notice of the reasons for refusal where the insurer refuses payment. Section 94 requires

B. *Le refus était-il valable?*

Étant donné que l'art. 71 *AIAL* oblige, comme nous l'avons vu, à informer le demandeur de la procédure de règlement des différends, et que l'intimée n'a informé l'appelante que de la première étape de cette procédure, on ne peut pas dire qu'un refus valable a été exprimé. Étant donné que le refus n'était pas valable et que le délai de prescription prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* ne commence à courir qu'à partir du moment où un refus est exprimé, l'avis envoyé le 8 mai 1996 n'a pas fait en sorte que ce délai de prescription a commencé à courir.

L'intimée a prétendu que, de toute manière, l'appelante avait été informée du délai de prescription grâce au rapport du médiateur. Le juge Sharpe a également pris acte de ce fait sans toutefois avoir l'intention d'en tenir compte au détriment de l'appelante comme l'intimée souhaite le faire. Cela dit, tenir compte de ce fait au détriment de l'appelante reviendrait à passer sous silence la nature particulière de l'affaire. Comme je l'ai mentionné précédemment, le droit des assurances est, à maints égards, axé sur la protection du consommateur. Les tribunaux sont, de ce fait, tenus de tracer une ligne de démarcation claire entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas, sans toutefois accorder trop d'importance aux circonstances qui peuvent être défavorables aux demandeurs dans certains cas. De plus, comme nous l'avons vu, l'assureur n'est pas seulement tenu de communiquer l'existence du délai de prescription.

L'intimée a également fait valoir que son avis de refus avait été rédigé selon une formule type prescrite par le commissaire aux assurances (appelé surintendant après le 1^{er} juillet 1998). Elle a soutenu qu'en vertu de l'art. 94 et des par. 62(7) et 62(8) *AIAL*, elle était tenue d'utiliser la formule conçue et approuvée par le commissaire aux assurances. Le paragraphe 62(7) oblige à fournir des explications écrites en cas de modification de paiement et le par. 62(8) oblige à donner un avis précisant les motifs qui incitent l'assureur à refuser de payer. Selon l'art. 94, les formules utilisées pour donner

15

16

17

regulatory approval of the forms used for those explanations and notices.

18 My own reading of these sections leads to a more nuanced interpretation of the regulatory provisions than the one suggested by the respondent. Section 94 provides that “Each of the following documents shall be in a form approved by the Commissioner of Insurance . . .”. There is nothing in the provision that requires that the documents be in a form issued by the Commissioner. Section 94 simply indicates that whatever form the insurer uses, it must be approved by the Commissioner. Moreover, s. 94 makes no reference to s. 71. Consequently, its applicability in this case is rather doubtful. The use by the insurer of a prescribed form does not detract from its obligations under s. 71.

19 Notwithstanding my own reading of the provision, the issue is largely irrelevant to the matter since the industry practice of using the form prescribed by the Commissioner cannot somehow be a substitute for conformity with s. 71 of the *SABS*. Section 71 clearly states that it is the insurer who “shall inform the person in writing” of the dispute resolution procedure. There is no indication that insurers are legally prevented from adding to the prescribed form so that it is in conformity with the legal requirements.

20 There is some doubt in my mind as to whether the notice given by the respondent in this case would even be considered a refusal in a non-technical sense, absent the refusal letter sent to the appellant’s solicitor. The notice says, *inter alia*, “If you disagree with our assessment, please contact us immediately. If we cannot settle the application to your satisfaction, you have the right to ask for mediation . . .”. There is an equivocal sense of indeterminacy in the decision of the insurer giving the reader the impression that the insurer may very well change its stance if it is contacted for a discussion of the matter. The letter to the solicitor in this case removes any doubt by clearly stating, “Ms. Smith is no longer entitled to Income Replacement Benefits”. However,

ces explications et ces avis doivent être approuvées par l’organisme de réglementation.

La lecture de ces dispositions réglementaires m’amène à leur donner une interprétation plus nuancée que celle proposée par l’intimée. L’article 94 prévoit que « [l]es documents qui suivent sont rédigés selon la formule approuvée par le commissaire aux assurances . . . ». Rien dans cette disposition n’exige que les documents soient rédigés selon une formule prescrite par le commissaire. L’article 94 ne fait qu’indiquer que, quelle que soit la formule utilisée par l’assureur, cette formule doit être approuvée par le commissaire. De plus, l’art. 94 ne renvoie pas à l’art. 71. Par conséquent, il est plutôt douteux que l’art. 94 s’applique en l’espèce. L’utilisation par l’assureur d’une formule prescrite n’a pas pour effet de le soustraire aux obligations qui lui incombent en vertu de l’art. 71.

Nonobstant ma propre interprétation de l’art. 94, cette question est très peu pertinente en l’espèce étant donné que la pratique de l’industrie consistant à utiliser la formule prescrite par le commissaire ne saurait en aucune façon dispenser l’assureur de l’obligation de se conformer à l’art. 71 *AIAL*. L’article 71 précise clairement que c’est l’assureur qui « renseigne la personne par écrit » sur la procédure de règlement des différends. Rien n’indique que les assureurs ne peuvent pas légalement effectuer des ajouts à la formule prescrite de manière à la rendre conforme aux exigences de l’art. 71.

Je ne suis pas sûr que l’avis donné par l’intimée en l’espèce serait même considéré en pratique comme un refus, si elle n’avait pas envoyé la lettre de refus à l’avocat de l’appelante. L’avis indique notamment : [TRADUCTION] « Si vous n’êtes pas d’accord avec notre évaluation, veuillez communiquer avec nous immédiatement. Si nous ne pouvons pas régler la demande à votre satisfaction, vous avez le droit de faire une demande de médiation . . . ». La décision de l’assureur laisse place à une certaine incertitude, ce qui donne au lecteur l’impression que l’assureur pourra fort bien changer d’idée s’il communique avec lui pour discuter de l’affaire. La lettre envoyée à l’avocat en l’espèce élimine tout doute en indiquant clairement que [TRADUCTION] « M^{me}

if it were not for this letter there might have been another ground, apart from the requirements of s. 71, on which this notice's status as a refusal could be impugned.

VII. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — I agree with my colleague Gonthier J. that the adoption of s. 71 of the *Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996*, O. Reg. 776/93 (“SABS”), in 1993 creates a right of access to the dispute resolution process and that it must be interpreted in a purposeful manner. This is why I share the view that the notification given in response to s. 71 in the standard form used was insufficient to advise the appellant as prescribed in s. 71. As stated by my colleague, this section clearly places upon the insurer the obligation to inform the claimant of the most important points of the dispute resolution process contained in ss. 279 to 283 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8.

The respondent's argument that it used the form provided by the Commissioner of Insurance is, on the facts of this case, irrelevant. The form used by the respondent, entitled “Explanation of Assessment by Insurance Company”, was approved for the purpose of advising the claimant of the refusal of benefits. No form was either provided or approved for the purpose of advising the claimant of the right to dispute. As I will explain in greater detail below, the duty imposed on the insurer by s. 62(8) of the *SABS* to notify the claimant of the refusal of benefits is an obligation that exists separate and apart from the duty of the insurer under s. 71 of the *SABS* to inform the claimant of the right to dispute the refusal.

Smith n'a plus droit à des indemnités de remplacement de revenu ». Toutefois, n'eût été cette lettre, il aurait pu y avoir un autre motif que les exigences de l'art. 71 de contester l'allégation que l'avis donné constituait un refus.

VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je conviens avec mon collègue le juge Gonthier que l'art. 71 de l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales — accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996*, règl. de l'Ont. 776/93 (« AIAL »), adopté en 1993, établit un droit d'accès à la procédure de règlement des différends et que cet article doit être interprété en fonction de l'objet qu'il vise. Voilà pourquoi je partage l'opinion que l'avis donné selon la formule type, conformément à l'art. 71, était insuffisant pour fournir à l'appelante les renseignements requis par cet article. Comme l'affirme mon collègue, l'art. 71 oblige clairement l'assureur à renseigner le demandeur sur les aspects les plus importants de la procédure de règlement des différends énoncée aux art. 279 à 283 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8.

Compte tenu des faits de la présente affaire, l'argument de l'intimée selon lequel elle a utilisé la formule fournie par le commissaire aux assurances est sans importance. La formule intitulée [TRADUCTION] « Explication de l'évaluation effectuée par la compagnie d'assurances », que l'intimée a utilisée, est une formule approuvée qui sert à informer le demandeur du refus de l'indemniser. Aucune formule n'a été fournie ou approuvée pour ce qui est d'informer le demandeur de son droit de contestation. Comme je vais l'expliquer plus en détail ci-après, l'obligation qu'a l'assureur, en vertu du par. 62(8) *AIAL*, d'aviser un demandeur de son refus de l'indemniser est distincte de l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 71 *AIAL*, d'informer le demandeur de son droit de contester ce refus.

21

22

23

24

My colleague accepts the Court of Appeal's conclusion that the insurer's duty to inform the claimant of the right to dispute in s. 71 is linked inextricably with the insurer's duty to notify the claimant of the refusal of benefits pursuant to s. 62(8) of the *SABS*. He reasons that a proper refusal is not made until the claimant is informed about the dispute resolution process. In turn, the limitation period under s. 281(5) of the *Insurance Act* does not begin to run until a proper refusal is made. According to this logic, if the claimant is not informed of the dispute resolution process as part of the refusal of benefits, the limitation period does not begin to run.

25

In my view, neither the language of the *SABS* nor the language of the *Insurance Act* supports the above conclusion. I agree that it is well established in the jurisprudence that the limitation periods set out in s. 281(5) of the *Insurance Act* and s. 72(1) of the *SABS* do not begin to run until the insurer has properly notified the claimant of the insurer's refusal to pay: see, for example, *Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 1998 CarswellOnt 2811 (Div. Ct.), leave to appeal refused, [1998] O.J. No. 2872 (QL) (C.A.). This interpretation is based on the precise and unambiguous language of the legislation. Section 281(5) of the *Insurance Act* provides that proceedings "must be taken within two years after the insurer's refusal to pay the benefit claimed or within such longer period as may be provided in the *Statutory Accident Benefits Schedule*" (emphasis added). Section 72(1) of the *SABS* provides that "[a] mediation proceeding under section 280 of the *Insurance Act* or an arbitration or court proceeding under section 281 of the Act in respect of a benefit under this Regulation shall be commenced within two years from the insurer's refusal to pay the amount claimed . . ." (emphasis added). Both provisions clearly link the running of the limitation period with the insurer's refusal to pay the claimant.

Mon collègue accepte la conclusion de la Cour d'appel que l'obligation de l'assureur d'informer un demandeur du droit de contestation prévu à l'art. 71 est inextricablement liée à son obligation, en vertu du par. 62(8) *AIAL*, d'aviser le demandeur de son refus de l'indemniser. Il estime que le refus n'est valable que si le demandeur est renseigné sur la procédure de règlement des différends. Par ailleurs, le délai de prescription prévu au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* ne commence à courir que s'il y a refus valable. Selon ce raisonnement, le délai de prescription ne commence pas à courir si l'assureur ne renseigne pas le demandeur sur la procédure de règlement des différends au moment où il lui exprime son refus de l'indemniser.

D'après moi, ni les termes de l'*AIAL* ni ceux de la *Loi sur les assurances* n'appuient la conclusion susmentionnée. Je reconnais qu'il est bien établi dans la jurisprudence que les délais de prescription prévus au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* et au par. 72(1) *AIAL* ne commencent à courir que si l'assureur a exprimé au demandeur un refus valable de payer : voir, par exemple, *Kirkham c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 1998 CarswellOnt 2811 (C. div.), autorisation d'appel refusée, [1998] O.J. No. 2872 (QL) (C.A.). Cette interprétation repose sur le texte précis et non équivoque des dispositions législatives en cause. Le paragraphe 281(5) de la *Loi sur les assurances* prévoit que les procédures « doivent être [engagées] dans les deux ans qui suivent le moment où l'assureur refuse de payer l'indemnité demandée ou dans le délai plus long que prévoit l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales* » (je souligne). Le paragraphe 72(1) *AIAL* prévoit que « [l]a procédure de médiation prévue à l'article 280 de la *Loi sur les assurances* ou la procédure d'arbitrage ou l'instance devant un tribunal prévue à l'article 281 de la *Loi* relativement à une indemnité ou à une prestation prévue par le présent règlement doit être engagée dans les deux ans de la date à laquelle l'assureur a refusé de verser le montant demandé . . . » (je souligne). Ces deux dispositions établissent clairement un lien entre l'écoulement du délai de prescription et le refus de l'assureur de payer le demandeur.

While I accept that the limitation period cannot begin to run until the claimant has been properly notified of the refusal of benefits, I disagree with my colleague that this notification is incomplete until the claimant is informed of his or her right to dispute pursuant to s. 71 of the *SABS*. In my view, the legislation establishes no clear link between the notification of the right to dispute and the notification of the refusal to pay benefits, the latter of which must be given before the limitation periods set out in s. 281(5) of the *Insurance Act* and s. 72(1) of the *SABS* will begin to run. Had the legislature intended to tie the insurer's obligation to notify the claimant of the right to dispute to the running of the limitation period, it could have amended s. 281(5) of the *Insurance Act* and drafted s. 72 of the *SABS* differently when it adopted s. 71 of the *SABS* in 1993. I am not persuaded that it is appropriate to read into s. 72(1) and s. 281(5) what was obviously left out by the legislature.

In my view, it is not necessary to resort to an interpretation that is so remote from the "grammatical and ordinary sense of the words", to use the expression of the appellant, in order to make it mandatory for the insurer to fully inform the claimant pursuant to s. 71. I think that the purpose of s. 71 is simply to give access to the right to dispute, as the subheading indicates. Section 71 reinforces the claimant's right to dispute a refusal of benefits and obligates the insurer to inform the claimant of this right. The appropriate sanction for the insurer's non-performance of its duty to inform the claimant of the right to dispute is to bar the insurer from resisting a request for mediation, which is the first step in the dispute resolution process. Until the notice of the right to dispute is given, the claimant may at any time resort to mediation. Once the claimant is informed of the right to dispute, then pursuant to s. 72(1), she has two years to proceed to mediation.

This interpretation also protects the claimant's right to arbitrate or to litigate. Pursuant to s. 72(2), an arbitration or a court proceeding under s. 281 of

Bien que je convienne que le délai de prescription ne commence à courir que si le demandeur a été valablement avisé du refus de l'indemniser, je ne partage pas l'opinion de mon collègue que cet avis est incomplet tant que le demandeur n'est pas informé du droit de contestation que lui confère l'art. 71 *AIAL*. Selon moi, les dispositions législatives en question n'établissent aucun lien clair entre la notification du droit de contestation et celle du refus de verser des indemnités, cette dernière notification étant requise pour que les délais de prescription prévus au par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* et au par. 72(1) *AIAL* commencent à courir. Si le législateur avait voulu établir un lien entre l'écoulement du délai de prescription et l'obligation de l'assureur d'aviser le demandeur de son droit de contestation, il aurait pu modifier le par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* et formuler différemment l'art. 72 *AIAL* lorsqu'il a adopté l'art. 71 *AIAL* en 1993. Je ne suis pas convaincu qu'il convienne d'interpréter les par. 72(1) et 281(5) comme s'ils comportaient une disposition que le législateur n'y a manifestement pas incluse.

J'estime que, pour obliger l'assureur à fournir au demandeur tous les renseignements requis en vertu de l'art. 71, il n'est pas nécessaire de recourir à une interprétation aussi éloignée du [TRADUCTION] « sens grammatical et ordinaire des mots », pour reprendre les termes utilisés par l'appelante. J'estime que l'art. 71 vise simplement à donner accès au droit de contestation, comme la rubrique l'indique. Il renforce le droit du demandeur de contester un refus d'indemnisation et oblige l'assureur à le renseigner sur ce droit. Pour sanctionner l'assureur qui ne s'acquitte pas de son obligation d'informer le demandeur de son droit de contestation, il convient de lui interdire de s'opposer à une demande de médiation, qui est la première étape de la procédure de règlement des différends. Tant que l'avis du droit de contestation n'est pas donné, le demandeur peut en tout temps recourir à la médiation. Dès qu'il est informé de ce droit, le demandeur dispose alors de deux ans pour recourir à la médiation, selon le par. 72(1).

Cette interprétation protège également le droit du demandeur de recourir à l'arbitrage ou d'intenter une poursuite. Aux termes du par. 72(2), la

the *Insurance Act* may be commenced within 90 days after the report of the mediator is issued. As stated above, the claimant has a right to proceed to mediation at any time up to the point at which she is informed of the right to dispute, after which she has two years to proceed to mediation. Section 72(2) ensures that the right to arbitrate or litigate is not lost until the claimant has exercised her right to mediate and a report has been issued.

29

My colleague expresses doubt that in this case the appellant was given clear notice of the insurer's decision to discontinue benefits. I disagree. The appellant had applied for and received accident benefits, including income replacement benefits, from the respondent. The respondent sent the appellant an "Explanation of Assessment by Insurance Company" form on May 8, 1996. Under the heading "Income Replacement Benefits" (at point 1 of the form) the respondent had placed a clear checkmark in the box labelled "Not Eligible". In a box below labelled "Notes on calculating your income replacement benefit, including income or payments from other sources" the respondent wrote by hand:

The Disability Designated Assessment Centre's report was received May 6/96 at our office. Please be advised that you no longer meet the test of disability that entitles you to receive income replacement benefits. As such your benefits have been terminated effective May 8th, 1996.

30

In addition, in the present circumstances, the appellant did proceed to mediation. Pursuant to s. 72(2) of the *SABS*, she had the option to institute a civil claim within 90 days of the issuance of the mediator's report. Following the completion of the mediation, the appellant was provided with a copy of the mediator's report. In accordance with the practice of the Ontario Insurance Commission, the cover letter accompanying the report clearly informed the appellant that she had the right to proceed to arbitration or to initiate a court action. The

procédure d'arbitrage ou l'instance devant un tribunal prévue à l'art. 281 de la *Loi sur les assurances* peut être engagée dans les 90 jours suivant le dépôt du rapport du médiateur. Comme nous l'avons vu, le demandeur a le droit de recourir à la médiation en tout temps tant qu'il n'est pas informé de son droit de contestation, après quoi il dispose de deux ans pour y recourir. Le paragraphe 72(2) garantit que le demandeur conserve son droit de demander l'arbitrage ou d'intenter une poursuite tant qu'il n'a pas exercé son droit à la médiation et qu'un rapport n'a pas été déposé.

Mon collègue doute que l'appelante ait reçu un avis clair de la décision de l'assureur de cesser de lui verser des indemnités en l'espèce. Je ne suis pas d'accord. L'appelante avait demandé et obtenu le versement par l'intimée d'indemnités d'accident, y compris d'indemnités de remplacement de revenu. Le 8 mai 1996, l'intimée a envoyé à l'appelante un formulaire intitulé [TRADUCTION] « Explication de l'évaluation effectuée par la compagnie d'assurances ». Sous la rubrique [TRADUCTION] « Indemnités de remplacement de revenu » (première section du formulaire), l'intimée avait clairement coché la case intitulée « Non admissible ». Dans une case située plus bas et intitulée « Notes sur le calcul de votre indemnité de remplacement de revenu, notamment le revenu et les paiements provenant d'autres sources », l'intimée a écrit à la main :

[TRADUCTION] Nous avons reçu, le 6 mai 1996, le rapport du Centre d'évaluation d'invalidité désigné. Veuillez noter que vous ne répondez plus au critère d'invalidité vous donnant droit à des indemnités de remplacement de revenu. Par conséquent, nous cesserons de vous verser des indemnités à compter du 8 mai 1996.

En outre, dans les présentes circonstances, l'appelante a eu recours à la médiation. Aux termes du par. 72(2) *AIAL*, il lui était loisible d'intenter une action civile dans les 90 jours suivant le dépôt du rapport du médiateur. Une fois la médiation terminée, l'appelante a reçu une copie du rapport du médiateur. Conformément à la pratique suivie par la Commission des assurances de l'Ontario, la lettre d'accompagnement du rapport informait clairement l'appelante qu'elle avait le droit de demander l'arbitrage ou d'intenter une action en justice. Cette lettre

letter also informed the appellant of the limitation periods associated with the options presented to her.

Given the above, there is no injustice in applying s. 281(5) of the *Insurance Act* and s. 72(1) of the *SABS* to bar the appellant's action in the present case. She was not denied access to the dispute resolution procedures, nor was she prevented from instituting a civil action for lack of notice of the limitation period applicable at the relevant time.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ferguson Barristers, Midland, Ontario.

Solicitors for the respondent: Malach & Fidler, Richmond Hill, Ontario.

l'informait également des délais de prescription applicables aux possibilités qui s'offraient à elle.

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a rien d'injuste à appliquer le par. 281(5) de la *Loi sur les assurances* et le par. 72(1) *AIAL* pour déclarer irrecevable l'action de l'appelante en l'espèce. On ne lui a pas refusé l'accès à la procédure de règlement des différends et on ne l'a pas empêchée non plus d'intenter une action civile en ne lui donnant pas avis du délai de prescription applicable à l'époque pertinente.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge BASTARACHE est dissident.

Procureurs de l'appelante : Ferguson Barristers, Midland (Ontario).

Procureurs de l'intimée : Malach & Fidler, Richmond Hill (Ontario).

31

32

Chief Councillor Mathew Hill, also known as Tha-lathatk, on his own behalf and on behalf of all other members of the Kitkatla Band, and Kitkatla Band *Appellants*

v.

The Minister of Small Business, Tourism and Culture, the Attorney General of British Columbia and International Forest Products Limited *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Council of Forest Industries and the Truck Loggers Association *Intervenors*

INDEXED AS: KITKATLA BAND v. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF SMALL BUSINESS, TOURISM AND CULTURE)

Neutral citation: 2002 SCC 31.

File No.: 27801.

2001: November 2; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether provisions are intra vires province — Whether power to order alteration or even destruction of cultural object is beyond provincial powers when it affects native cultural objects — Whether pith and substance of provisions fall within property and civil rights or Indians and lands reserved to Indians — Constitution Act, 1867, ss.

Chief Councillor Mathew Hill, alias Tha-lathatk, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande Kitkatla, et la Bande Kitkatla *Appelants*

c.

Le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture, le procureur général de la Colombie-Britannique et International Forest Products Limited *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, Council of Forest Industries et Truck Loggers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE KITKATLA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DE LA CULTURE)

Référence neutre : 2002 CSC 31.

N° du greffe : 27801.

2001 : 2 novembre; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi provinciale est-elle intra vires? — Le pouvoir d'ordonner la modification ou même la destruction d'objets culturels excède-t-il la compétence de la province quand il touche des objets culturels autochtones? — La substance des dispositions de la loi est-elle la propriété et les droits civils ou les Indiens et les terres réservées pour les

91(24), 92(13) — *Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).*

Indians — Protection of native cultural heritage — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether legislation constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

The respondent Interfor held a forest licence over land in the central coast of British Columbia. Interfor provided direct notification of its development plans to the appellant Kitkatla Band since early 1994, but these plans never specifically identified the Kumealon area. The appellants claimed aboriginal rights in this area and had been engaged in treaty negotiations with the province. Interfor was alerted to this claim, and the firm of archaeologists it had hired contacted the Band in order to ascertain their views. Of concern was the possible presence of native heritage sites and objects, including culturally modified trees (CMTs) in the area to be harvested. These trees have often been altered by aboriginal people as part of their traditional use and they have cultural, historical and scientific importance. The archaeologist reported the presence of a significant number of these trees in seven cutblocks Interfor intended to harvest. Interfor applied to the respondent Minister for a site alteration permit under s. 12 of the provincial *Heritage Conservation Act* to authorize the cutting and processing of CMTs during logging operations. The Minister wrote to the Band and invited their written submissions. The Band failed to respond by the deadline. The Minister granted a site alteration permit without having considered a single archaeological report.

The Band commenced judicial review proceedings to challenge the legality of the permit. The administrative law challenge was successful and the Minister was ordered to reconsider the part of its decision which affected the CMTs, after giving the Band an adequate opportunity to be consulted and to make representations. The judge dismissed the Band's constitutional argument that the Act was *ultra vires* the province. The reconsideration was conducted by the Minister, and during this process the Band asserted a claim of aboriginal rights in the continued existence of the CMTs. It petitioned for an order in the nature of prohibition, to restrain the Minister from granting the site alteration permit. The Minister took the position that this issue fell outside the scope of a permit-granting procedure and should be

Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

Indiens — Protection du patrimoine culturel autochtone — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

L'intimée Interfor détient un permis forestier sur des terrains situés sur la côte centrale de la Colombie-Britannique. Depuis 1994, Interfor informe directement la bande Kitkatla de ses plans de développement, mais sans jamais expressément mentionner la région du Kumealon. Les appelants revendiquent des droits ancestraux dans cette région et ont engagé des négociations en vue de conclure un traité avec la province. Interfor est informée de la revendication et le cabinet d'archéologues qu'elle a engagé communique avec la bande afin de connaître son point de vue. La préoccupation concerne la présence éventuelle, dans la région des projets d'exploitation, de sites et d'objets du patrimoine autochtone, y compris des arbres modifiés. Il s'agit souvent d'arbres modifiés par suite de leur utilisation traditionnelle par des peuples autochtones, qui revêtent une importance culturelle, historique et scientifique. L'archéologue signale la présence d'un nombre important d'arbres modifiés dans sept secteurs où Interfor a l'intention d'effectuer des récoltes. Interfor demande au ministre intimé, en vertu de l'art. 12 de la *Heritage Conservation Act*, un permis de modification de site autorisant la coupe et le traitement d'arbres modifiés dans ses opérations forestières. Le ministre invite la bande à présenter ses observations par écrit. Aucune observation n'est produite dans le délai prescrit. Le ministre délivre un permis de modification du site sans avoir examiné un seul rapport archéologique.

La bande conteste la légalité du permis dans une demande de contrôle judiciaire. Elle a gain de cause dans l'action de droit administratif et le juge ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés et de donner à la bande une possibilité suffisante d'être consultée et de présenter des observations. Le juge rejette l'action en inconstitutionnalité dans laquelle la bande allègue le caractère *ultra vires* de la loi provinciale. Le ministre procède au réexamen et, durant ce processus, la bande revendique des droits ancestraux sur les arbres modifiés. Elle sollicite une ordonnance de prohibition interdisant au ministre d'accorder le permis de modification du site. Le ministre soutient que la question sort du cadre de la délivrance d'un permis et doit être soumise aux tribunaux judiciaires. Le juge est d'accord

left to the courts. The judge agreed and the petition was dismissed. The Minister issued a site alteration permit in accordance with the CMT management plan proposed by Interfor which provided that all fallen CMTs should be preserved together with 76 of 116 trees still standing in the cutblocks. The trial court's decisions were upheld by a majority of the Court of Appeal. Only the constitutionality of ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* are at issue in this appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

In order to establish the relationship between the impugned provisions and the relevant sources of legislative power, a pith and substance analysis must be conducted. This analysis involves categorizing the impugned provisions, and examining both the purpose and effect of the legislation. Sections 13(2)(c) and 13(2)(d) of the *Heritage Conservation Act* have as their purpose the protection of certain aboriginal heritage objects from damage, alteration or removal. Section 12(2)(a), on the other hand, provides the Minister responsible for the operation of the Act as a whole with the discretion to grant a permit authorizing one of the actions prohibited under s. 13(2)(c) and (d). The practical effect is to permit the destruction of certain CMTs while protecting others from alteration and removal. The effect of the provisions is the striking of a balance between the need and desire to preserve aboriginal heritage and the need and desire to promote the exploitation of British Columbia's natural resources. The Act provides a protective shield, in the guise of the permit process, against the destruction or alteration of heritage property.

Sections 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are valid provincial legislation falling within provincial jurisdiction over property and civil rights in the province. While legislation that singles out aboriginal people for special treatment is *ultra vires* the province, the impugned provisions do not single out aboriginal peoples or impair their status or condition as Indians. The impugned provisions prohibit everyone, not just aboriginal peoples, from the named acts, and require everyone, not just aboriginal peoples, to seek the Minister's permission to commit the prohibited acts. The treatment afforded to aboriginal and non-aboriginal heritage objects is the same and any disproportionate effects are due to the fact that aboriginal peoples have produced the largest number of heritage products. The Act is tailored, whether by design or by operation of constitutional law, to not affect the established rights of aboriginal peoples, a protection that is not extended to any other group. There is no intrusion on a federal head of power. It has not been established that these provisions affect the essential and distinctive values of Indianness which would engage the federal

et rejette la demande. Le ministre délivre un permis de modification du site conforme au plan de gestion des arbres modifiés proposé par Interfor, prévoyant que tous les arbres modifiés gisants et 76 des 116 arbres modifiés encore sur pied dans les secteurs seraient conservés. La Cour d'appel, à la majorité, confirme les jugements de première instance. Seule la constitutionnalité des al. 12(2)(a) et 13(2)(c) et d) de la *Heritage Conservation Act* est en cause dans le pourvoi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour examiner les liens existant entre les dispositions contestées et les chefs de compétence législative, il faut faire une analyse de la substance de la loi. L'analyse exige la caractérisation des dispositions contestées et l'examen de l'objet de la législation et de ses effets. Les alinéas 13(2)(c) et d) de la *Heritage Conservation Act* ont pour but d'empêcher que certains objets du patrimoine autochtone soient endommagés, modifiés ou enlevés. Par contre, l'al. 12(2)(a) confère au ministre chargé de l'application de la Loi dans son ensemble le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis autorisant ce qui est interdit par les al. 13(2)(c) et d). L'effet pratique est de permettre la destruction de certains arbres modifiés, tout en empêchant la modification et l'abattage d'autres arbres. Les dispositions ont pour effet d'établir un équilibre entre le besoin et le désir de préserver le patrimoine autochtone et le besoin et le désir de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique. La loi, par le processus d'obtention de permis, fait rempart contre la destruction ou la modification des biens patrimoniaux.

Les alinéas 12(2)(a) et 13(2)(c) et d) de la Loi sont des dispositions législatives provinciales valides et relèvent de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. Une loi prévoyant un traitement spécial pour les peuples autochtones excéderait la compétence de la province, mais les dispositions contestées n'imposent pas de traitement particulier aux peuples autochtones ni ne portent atteinte à leur statut d'Indiens. Elles interdisent à quiconque, et non seulement aux peuples autochtones, certains actes et exigent que toute personne, et non seulement les peuples autochtones, obtienne l'autorisation au ministre pour faire ces actes. Elles traitent de la même façon les objets patrimoniaux autochtones et non autochtones et tout effet disproportionné est attribuable au fait que les peuples autochtones ont produit un plus grand nombre d'objets patrimoniaux. La Loi est modelée, du fait de sa conception ou de l'application du droit constitutionnel, de façon à ne pas porter atteinte aux droits établis des peuples autochtones, une protection qui ne s'étend à aucun autre groupe. Il n'y a aucun empiètement sur un chef de compétence fédérale. Il n'a pas été démontré qu'il

power over native affairs and First Nations in Canada. In the circumstance of this case, the overall effect of the provisions is to improve the protection of native cultural heritage and, indeed, to safeguard the presence and the memory of the cultural objects involved in this litigation. This appeal does not raise issues affecting the identity of First Nations, and engaging the relevant heads of federal powers, based on the weak evidentiary record and the relevant principles governing the division of powers in Canada.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 1
 “heritage object”, 4, 8, 12(1), (2), (7), 13(1), (2), (4).
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, [2000] 4 W.W.R. 431, 132 B.C.A.C. 191, 215 W.A.C. 191, 72 B.C.L.R. (3d) 247, [2000] 2 C.N.L.R. 36, [2000] B.C.J. No. 86 (QL), 2000 BCCA 42, affirming two decisions of the British Columbia Supreme Court, [1999] 1 C.N.L.R. 72, [1999] 7 W.W.R. 584, 61 B.C.L.R. (3d) 71, [1998]

y a une atteinte aux valeurs fondamentales de l’indianité, qui mettrait en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada. Dans les circonstances de l’espèce, l’effet de l’ensemble des dispositions est d’accroître la protection du patrimoine culturel autochtone et, en fait, de préserver l’existence et la mémoire des objets culturels en cause. Le pourvoi ne soulève pas de questions concernant l’identité des Premières nations, qui déclencherait la compétence fédérale, vu la faiblesse de la preuve soumise et les principes régissant le partage des pouvoirs au Canada.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Mitchell c. M.N.R.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Liée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Cardinal c. Procureur général de l’Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, App. III.
Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 1 « heritage object », 4, 8, 12(1), (2), (7), 13(1), (2), (4).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, [2000] 4 W.W.R. 431, 132 B.C.A.C. 191, 215 W.A.C. 191, 72 B.C.L.R. (3d) 247, [2000] 2 C.N.L.R. 36, [2000] B.C.J. No. 86 (QL), 2000 BCCA 42, qui a confirmé deux jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] 1 C.N.L.R. 72, [1999] 7 W.W.R. 584, 61 B.C.L.R.

B.C.J. No. 2440 (QL), supplementary reasons [1998] B.C.J. No. 3059 (QL), and [1999] 2 C.N.L.R. 176, [1998] B.C.J. No. 3041 (QL). Appeal dismissed.

E. Jack Woodward, Patricia Hutchings and Christopher Devlin, for the appellants.

Paul J. Pearlman, Q.C., and Kathryn L. Kickbush, for the respondents the Minister of Small Business, Tourism and Culture, and the Attorney General of British Columbia.

Patrick G. Foy, Q.C., William K. McNaughton and Robert J. C. Deane, for the respondent International Forest Products Limited.

Gerald Donegan, Q.C., and Jennifer Chow, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling and Daniel Guttman, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Stan H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submissions only by *Charles F. Willms, for the intervener the Council of Forest Industries.*

Written submissions only by *John J. L. Hunter, Q.C., for the intervener the Truck Loggers Association.*

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ This case concerns a constitutional challenge to the application of provincial legislation on the protection of cultural heritage property. The dispute

(3d) 71, [1998] B.C.J. No. 2440 (QL), motifs supplémentaires [1998] B.C.J. No. 3059 (QL), et [1999] 2 C.N.L.R. 176, [1998] B.C.J. No. 3041 (QL). Pourvoi rejeté.

E. Jack Woodward, Patricia Hutchings et Christopher Devlin, pour les appelants.

Paul J. Pearlman, c.r., et Kathryn L. Kickbush, pour les intimés le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Patrick G. Foy, c.r., William K. McNaughton et Robert J. C. Deane, pour l'intimée International Forest Products Limited.

Gerald Donegan, c.r., et Jennifer Chow, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling et Daniel Guttman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Stan H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Charles F. Willms, pour l'intervenant Council of Forests Industries.*

Argumentation écrite seulement par *John J. L. Hunter, c.r., pour l'intervenante Truck Loggers Association.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur la constitutionnalité de dispositions législatives provinciales visant la protection de biens du patrimoine culturel. Le litige

relates to culturally modified trees or CMTs. These trees have often been altered by aboriginal people as part of their traditional use and have cultural, historical and scientific importance for a number of First Nations in British Columbia. In the opinion of the appellants, legislation authorizing the removal or modification of these cultural objects would fall beyond the scope of provincial legislative powers. Hence, the *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187 (“the Act”), should be struck down in part to the extent that it allows for the alteration and destruction of native cultural objects. For the reasons which are set out below, I am of the view that this appeal should fail because the impugned legislation falls within the provincial jurisdiction on property and civil rights within the province, as the British Columbia Court of Appeal held.

II. The Origins of the Case

The dispute arose during the process of administrative review and authorization of logging operations in British Columbia. The respondent, International Forest Products Limited (“Interfor”), had long held a forest licence over land in the central coast of British Columbia which included an area known as the Kumealon. Provincial forestry legislation required Interfor, as the holder of a forest licence, to propose sequential forest development plans. The legislation also granted the public some participatory rights in the creation of these plans. Interfor provided direct notification of its development plans to the appellant Kitkatla Band (“the Band”) since early 1994, but these plans never specifically identified the Kumealon area. The appellants claimed aboriginal rights in this area and had been engaged in treaty negotiations with the province. In early 1998, aware of its obligations under the Act, Interfor hired a firm of archaeologists in order to report on the impact of future logging operations in an area that included the Kumealon. Coincidentally, it appears, the appellants expressed an interest in the Kumealon at roughly the same time. Interfor was alerted to this claim, and, shortly thereafter, the firm it hired contacted the Band in

concerne des arbres modifiés pour des raisons culturelles (arbres modifiés). Souvent, ces arbres ont été modifiés par suite de l’utilisation traditionnelle que des peuples autochtones en ont fait, et ils revêtent une importance culturelle, historique et scientifique pour plusieurs Premières nations en Colombie-Britannique. Les appelants estiment que les dispositions législatives autorisant l’enlèvement ou la modification de ces objets culturels sortent du cadre de la compétence législative de la province. Pour cette raison, ils demandent que soit annulée la partie de la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187 (« la Loi »), qui permet la modification et la destruction d’objets culturels autochtones. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi parce que les dispositions contestées relèvent de la compétence de la province sur la propriété et les droits civils dans la province, comme en a jugé la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

II. Origine du litige

Le litige a pris naissance lors de l’examen administratif et de l’autorisation d’opérations forestières en Colombie-Britannique. L’intimée, International Forest Products Limited (« Interfor »), détenait depuis longtemps un permis forestier sur des terrains situés sur la côte centrale de la Colombie-Britannique englobant la région appelée le Kumealon. La législation provinciale sur les forêts exigeait qu’Interfor, en sa qualité de titulaire de permis forestier, propose des plans séquentiels de développement forestier. Elle donnait aussi au public certains droits de participation à l’élaboration de ces plans. Depuis le début de 1994, Interfor informait directement la bande Kitkatla (« la bande ») de ses plans de développement, mais sans jamais expressément mentionner la région du Kumealon dans ses plans. Les appelants revendiquaient des droits ancestraux dans cette région et avaient engagé des négociations en vue de conclure un traité avec la province. Au début de 1998, consciente de ses obligations légales, Interfor engage un cabinet d’archéologues qu’elle charge de rédiger un rapport sur les répercussions d’une exploitation forestière future dans la région englobant le Kumealon. C’est à peu près à la même époque, semble-t-il, que les appelants manifestent

order to ascertain their views. The Band designated two persons for this purpose. Interfor was concerned with the possible presence of native heritage sites and objects including CMTs in the area to be harvested. The archaeologist eventually reported the presence of a significant number of these trees in seven cutblocks Interfor intended to harvest.

3 Meanwhile, Interfor applied to the respondent, the Minister of Small Business, Tourism and Culture (“the Minister”), for a site alteration permit under s. 12 of the Act, to authorize the cutting and processing of CMTs during logging operations. The Minister forwarded Interfor’s application to the Band, along with a covering letter requesting its written submissions on the application. No submissions were received by the deadline. One week later, on March 31, 1998, and without having considered a single archaeological report, the Minister issued a site alteration permit.

4 At this stage, the Band commenced proceedings to challenge the legality of the permit. They began judicial review proceedings. These proceedings raised administrative law arguments asserting that the Minister had failed to address all relevant issues — and had violated his fiduciary obligations towards the appellants by failing to provide them with proper notification and the opportunity to consult — before issuing the permit. The Band also challenged the Act as being *ultra vires* the province.

5 The administrative law challenge succeeded. A judgment of the British Columbia Supreme Court ordered the Minister to reconsider the part of its decision which affected the CMTs, after giving the Band an adequate opportunity to be consulted and to make representations. At the same time, the trial court dismissed the constitutional challenge.

6 The Minister went through the reconsideration process. During this process, the Band asserted a claim of aboriginal rights in the continued existence

un intérêt à l’égard du Kumealon. Interfor est informée de cette revendication et, peu après, le cabinet d’archéologues qu’elle a engagé communique avec la bande afin de connaître son point de vue. La bande désigne deux personnes à cette fin. Interfor s’inquiète de la présence éventuelle, dans la région visée par les projets d’exploitation, de sites et d’objets du patrimoine autochtone, y compris des arbres modifiés. L’archéologue signale qu’il y a effectivement un nombre important d’arbres modifiés dans sept secteurs où Interfor a l’intention d’effectuer des récoltes.

Dans l’intervalle, Interfor demande à l’intimé, le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture (« le ministre »), en vertu de l’art. 12 de la Loi, un permis de modification de site autorisant la coupe et le traitement d’arbres modifiés dans ses opérations forestières. Le ministre transmet la demande d’Interfor à la bande et y joint une lettre l’invitant à présenter ses observations par écrit sur la demande. Aucune observation n’est produite dans le délai prescrit. Une semaine plus tard, soit le 31 mars 1998, le ministre délivre un permis de modification du site sans avoir examiné un seul rapport archéologique.

La bande conteste alors la légalité du permis, et présente une demande de contrôle judiciaire. Invoquant des arguments de droit administratif, elle soutient que le ministre n’a pas considéré toutes les questions pertinentes avant de délivrer le permis et qu’il a manqué à ses obligations fiduciaires envers les appelants parce qu’il ne leur a pas donné un avis suffisant et ne les a pas consultés. La bande conteste également la Loi soutenant qu’elle excède les pouvoirs de la province.

L’action de droit administratif est accueillie. La Cour suprême de la Colombie-Britannique ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés après avoir donné à la bande une possibilité suffisante d’être consultée et de présenter des observations. En même temps, la cour rejette la contestation constitutionnelle.

Le ministre procède alors au réexamen. Durant ce processus, la bande revendique des droits ancestraux sur les arbres modifiés. Elle sollicite une ordonnance

of the CMTs. It petitioned for an order in the nature of prohibition, to restrain the Minister from granting the site alteration permit. The Minister took the position that this issue fell outside the scope of the permit granting procedure and should be left to the courts. Wilson J. agreed with the Minister and dismissed the petition. In the end, the Minister issued a site alteration permit in accordance with the CMTs management plan proposed by Interfor which provided that all fallen CMTs should be preserved together with 76 of 116 trees still standing in the cut-blocks. This led to the present appeal. Meanwhile, the Band launched another judicial review application on the basis that the Minister should have considered native rights in the permit granting procedure. This new challenge also failed.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

As indicated above, the constitutional challenges launched by the Band failed in the trial court. Wilson J. rendered two judgments on October 21, 1998 (with supplementary reasons on November 12, 1998) and on December 15, 1998 where he discussed the constitutional issues. I will now review them briefly.

- (1) First Judgment, [1999] 1 C.N.L.R. 72, supplementary reasons [1998] B.C.J. No. 3059 (QL)

The first judgment of Wilson J. dealt with the constitutional division of powers question, after a review of the facts and background of the matter. He found that the dominant purpose of the Act was the preservation or non-preservation of heritage property in the province generally and that, while the legislation certainly affected Indians, it did not single them out for special treatment. He concluded that the legislation was in respect of property and civil rights and, therefore, it was *intra vires* the province under the authority of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. He dismissed the application for a declaration that the relevant sections of the Act were *ultra vires*.

de prohibition interdisant au ministre d'accorder le permis de modification du site. Le ministre soutient que cette question ne peut pas être tranchée dans le cadre de la délivrance d'un permis et qu'elle doit être laissée à l'appréciation des tribunaux judiciaires. Le juge Wilson est d'accord avec le ministre et rejette la demande. Finalement, le ministre délivre un permis de modification du site en conformité avec le plan de gestion des arbres modifiés proposé par Interfor, prévoyant que tous les arbres modifiés gisants et 76 des 116 arbres modifiés encore sur pied dans les secteurs seraient conservés. Ceci a mené au présent pourvoi. Dans le même temps, la bande présente une deuxième demande de contrôle judiciaire, faisant valoir que le ministre aurait dû tenir compte des droits des autochtones dans le cadre de la délivrance du permis. Cette nouvelle contestation échoue également.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Comme je l'indique précédemment, les contestations constitutionnelles de la bande ont été rejetées en première instance. Le juge Wilson a rendu deux jugements, le 21 octobre 1998 (avec motifs supplémentaires le 12 novembre 1998) et le 15 décembre, 1998 dans lesquels il examine les questions constitutionnelles. Je me propose de les analyser brièvement.

- (1) Premier jugement, [1999] 1 C.N.L.R. 72, motifs supplémentaires [1998] B.C.J. No. 3059 (QL)

Dans le premier jugement, le juge Wilson aborde la question du partage constitutionnel des compétences après avoir examiné les faits de l'affaire. Il estime que le principal objectif de la Loi est la préservation ou la non préservation de biens patrimoniaux dans la province en général et que, même si elle touche certainement les Indiens, elle ne prévoit pas de traitement spécial pour eux. Il conclut que la législation touche la propriété et les droits civils et qu'elle relève donc de la compétence de la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'accorde pas de conclusion déclarant *ultra vires* les dispositions contestées de la Loi.

7

8

9 Although he concluded that the legislation did not deal with Indianness, Wilson J. went on to consider in *obiter dicta* whether, if the legislation interfered with an aboriginal status and capacity, it was validated by s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. He referred to the test set out by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17, regarding when s. 88 of the *Indian Act* was triggered, i.e. when provincial laws of general application affect Indians in relation to the core values of their society, they depend on s. 88 to give them the force of federal law. He concluded at p. 80 that *Alphonse* was indistinguishable from the case at bar:

The denial of the taking of fish, or the denial of the taking of deer, in the interests of conservation of a natural resource, is equivalent to, albeit not the same as, the denial of retention of a thing, in the interests of the preservation of a heritage resource.

He held that the relevant sections of the Act were laws of general application that also applied to Indians.

10 Wilson J. then considered the issue of procedural fairness in the process of issuing the site alteration permit to the respondent Interfor. He concluded that the respondent Minister had breached his fiduciary duty to the appellant Band and had failed to take into consideration the proper factors in his decision. He directed the Minister to reconsider that part of his decision which affected CMTs in seven cutblocks in order to take into consideration relevant information, and to consult with the appellant Band. This aspect of the decision is not the subject of appeal at this Court.

(2) Second Judgment, [1999] 2 C.N.L.R. 176

11 As indicated above, the appellant Band had brought a second judicial review application, pending the respondent Minister's reconsideration of the issuance of the site alteration permit ordered by Wilson J. on November 12, 1998. The appellant Band sought an order that the respondent Minister must take into account s. 8 of the Act to determine

Bien qu'il ait conclu que la législation ne concerne pas l'indianité, le juge Wilson examine dans une opinion incidente si, advenant le cas où la législation porterait atteinte au statut ou aux droits des autochtones, elle serait validée par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Il rappelle le critère formulé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17, sur les cas d'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, selon lequel, lorsque des lois provinciales d'application générale touchent les Indiens dans les valeurs essentielles de leur société, il dépend de l'art. 88 qu'elles acquièrent force de loi fédérale. Il conclut qu'aucune distinction ne peut être faite entre l'espèce et *Alphonse* (à la p. 80) :

[TRADUCTION] Le refus de permettre la pêche ou le refus de permettre la chasse au chevreuil dans l'intérêt de la conservation d'une ressource naturelle équivaut, même si ce n'est pas la même chose, au refus de permettre de conserver un objet dans l'intérêt de la préservation d'une ressource patrimoniale.

Il juge que les dispositions pertinentes de la Loi sont des dispositions d'application générale qui s'appliquent également aux Indiens.

Le juge Wilson examine ensuite la question de l'équité procédurale dans la délivrance à l'intimé Interfor du permis de modification du site. Il conclut que le ministre intimé a manqué à son obligation fiduciaire envers la bande appelante et a omis de tenir compte des facteurs appropriés dans sa décision. Il ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés dans sept secteurs afin de tenir compte des renseignements pertinents et de consulter la bande appelante. Cette partie de la décision n'est pas visée par le pourvoi.

(2) Second jugement, [1999] 2 C.N.L.R. 176

Comme je le dis précédemment, la bande appelante a présenté une deuxième demande de contrôle judiciaire durant le réexamen par le ministre intimé de la délivrance du permis de modification du site, qu'avait ordonné le juge Wilson le 12 novembre 1998. La bande appelante sollicitait une ordonnance enjoignant au ministre intimé de tenir compte de

whether the appellant Band's aboriginal rights could be affected by the issuance of a site alteration permit.

In the process of reconsideration, the appellant Band had written to the respondent Minister and stated, among other things:

[The appellant Band] therefore asserts an aboriginal right to the preservation of C.M.T.s in the Kumealon, as a part of a more general aboriginal right to the preservation of its heritage objects and sites.

The appellants argued that an authorization to harvest CMTs would derogate from their aboriginal rights and, accordingly, would be outside the jurisdiction of the respondent Minister pursuant to s. 8 of the Act. The respondent Minister stated that it was not in a position to make such a determination in a permit granting procedure, and that only a court could do so.

Wilson J. reviewed the arguments of the parties. He accepted the position of the respondents and concluded that the legislature did not confer a power of decision on aboriginal rights upon the Minister (p. 180).

Wilson J. thus dismissed the application.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, 2000 BCCA 42

The appellants appealed the judgments rendered by Wilson J. Braidwood and Hall J.J.A. upheld the decision of the trial court. In dissent, Prowse J.A. would have granted the appeal. Each judge wrote reasons.

(1) Braidwood J.A.

Braidwood J.A. briefly reviewed the history of the proceedings. He then framed the issues on appeal as follows (at para. 5):

[First Application]

1. Are sections 12(2)(a) and 13(2) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance laws in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, are the laws in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative

l'art. 8 de la Loi pour déterminer si la délivrance d'un permis de modification du site pourrait porter atteinte à ses droits ancestraux.

Dans le cadre du réexamen, la bande appelante avait écrit ceci au ministre :

[TRADUCTION] [La bande] revendique par conséquent un droit ancestral à la préservation des arbres modifiés dans le Kumealon en vertu d'un droit ancestral plus général à la préservation des sites et objets de son patrimoine.

Les appelants soutenaient qu'une autorisation de récolter des arbres modifiés porterait atteinte à leurs droits ancestraux et, par conséquent, excéderait le pouvoir conféré au ministre intimé par l'art. 8 de la Loi. Le ministre intimé disait qu'il n'était pas en mesure de trancher la question dans le cadre de la procédure de délivrance d'un permis et que seul un tribunal judiciaire pouvait le faire.

Le juge Wilson examine les arguments des parties. Il retient la thèse des intimés et conclut que le législateur n'a pas conféré au ministre un pouvoir décisionnel sur les droits ancestraux (p. 180).

Le juge Wilson rejette donc la demande.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, 2000 BCCA 42

Les appelants interjettent appel des décisions rendues par le juge Wilson. Les juges Braidwood et Hall confirment la décision de première instance. Madame le juge Prowse, dissidente, est d'avis de faire droit à l'appel. Chaque juge rédige des motifs.

(1) Le juge Braidwood

Le juge Braidwood fait un bref historique de l'affaire et formule ensuite les questions en litige de la façon suivante (au par. 5) :

[TRADUCTION] [Première demande]

1. L'alinéa 12(2)a) et le par. 13(2) de la *Heritage Conservation Act* sont-ils en substance des dispositions touchant les Indiens ou les terres réservées aux Indiens, ou des dispositions touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des

12

13

14

15

16

17

competence of the Province under section 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

2. If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the appellants *ex proprio vigore*?
3. If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore* do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

[Second Application]

1. Is the Minister required to decide whether the appellants have aboriginal rights concerning CMTs before the issuance of a permit under section 12(2) of the *Heritage Conservation Act*?

18

Braidwood J.A. noted that the appellants did not take issue with the Act as a whole, but argued that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are *ultra vires* the province because in pith and substance they were legislation concerning Indians or lands reserved for them. In the alternative, even if the legislation was not invalid because of the division of powers analysis, the appellants argued that the impugned sections touched upon the core of Indianness and could not apply of their own force. However, they could not be saved by s. 88 of the *Indian Act* because they were not laws of general application. The respondents argued that the impugned sections were valid provincial law because they dealt with property and civil rights. Therefore, they applied of their own force to Indians, or, in the alternative, they were saved by s. 88 of the *Indian Act* as a law of general application affecting Indians in their Indianness.

19

Turning to his analysis of the issues, Braidwood J.A. discussed the principles governing the determination of the pith and substance or “matter” of particular legislation. He noted that each federal head of power had a basic, minimum and unassailable content which the provinces are not permitted to encroach indirectly. Referring to *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 178, he quoted Lamer C.J.’s statement that

provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s’appliquent-elles aux appelants *ex proprio vigore*?
3. Si les dispositions contestées ne s’appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s’appliquent-elles néanmoins par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

[Deuxième demande]

1. Le ministre est-il tenu de décider si les appelants ont des droits ancestraux relativement aux arbres modifiés avant de délivrer un permis conformément au par. 12(2) de la *Heritage Conservation Act*?

Le juge Braidwood souligne que les appelants ne contestent pas l’ensemble de la Loi, mais soutiennent que ses al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) ne relèvent pas de la compétence de la province parce qu’il s’agit essentiellement de dispositions touchant les Indiens ou les terres réservées pour eux. Subsidièrement, les appelants font valoir que, même si les dispositions ne sont pas jugées inconstitutionnelles selon l’analyse du partage des compétences, elles touchent au cœur de l’indianité et ne peuvent pas s’appliquer *ex proprio vigore*. Toutefois, elles ne peuvent pas être validées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* parce que ce ne sont pas des dispositions d’application générale. Les intimés prétendent que les dispositions contestées sont des dispositions législatives provinciales valides parce qu’elles concernent la propriété et les droits civils. Par conséquent, elles s’appliquent *ex proprio vigore* aux Indiens ou, subsidiairement, sont validées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* comme dispositions d’application générale touchant les Indiens et leur indianité.

Dans son analyse, le juge Braidwood examine les principes régissant la détermination de la substance ou du « sujet » de dispositions législatives données. Il fait remarquer que chaque chef de compétence fédérale a un contenu minimum élémentaire et irréductible sur lequel les provinces ne sont pas autorisées à empiéter indirectement. Il cite *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178, où le juge en chef Lamer dit que les droits

aboriginal rights “encompass practices, customs and traditions which are not tied to land” (para. 46). Braidwood J.A. concluded that the proper analysis of the “matter” of the Act should be conducted in light of Lamer C.J.’s definition; thus, the impugned sections should be looked at in the context of the whole of the Act. He noted that the express purpose of the Act was to encourage and facilitate the protection and conservation of heritage objects and sites.

The respondents had conceded that the majority of items caught by the provisions of the Act would be aboriginal in origin but that the impugned sections were not limited to those items and applied generally. Braidwood J.A. then concluded that the Act was a law of general application which was not aimed at Indians or at the impairment of their status. As such, it remained a valid exercise of provincial powers in respect of property and civil rights. The Act in general enhanced the protection of both non-aboriginal and aboriginal heritage objects and the Act retained its character as legislation dealing with property and civil rights. The impugned sections must be read in the context of the entire Act.

Braidwood J.A. then discussed the issue of whether the impugned provisions applied of their own force. He distinguished this Court’s decision in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, because the Act does not restrict any activity which relates to Indianness as did the hunting regulations in that case. He found that the impugned provisions of the Act did not affect Indians in relation to the core values of their society and, therefore, the provisions applied of their own force.

Although he did not need to consider whether s. 88 of the *Indian Act* could validate the impugned provisions of the Act, Braidwood J.A. went on to consider that question in *obiter dicta*. He found that they would have been saved under s. 88, a law of general application in the province, which did not single out Indians in such a way as to impair their status as Indians (para. 81).

ancestraux « comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire » (par. 46). Le juge Braidwood conclut que toute analyse appropriée du « sujet » de la Loi doit être guidée par la définition formulée par le juge en chef Lamer; les dispositions contestées doivent donc être examinées à la lumière de l’ensemble de la Loi. Il note que la Loi a expressément pour objet d’encourager et de faciliter la protection et la conservation des objets et des sites patrimoniaux.

Les intimés ont concédé que la majorité des éléments visés par les dispositions de la Loi sont d’origine autochtone, mais ils avancent que les dispositions contestées ne se limitent pas à ces éléments et ont une application générale. Le juge Braidwood conclut ensuite que la Loi est une loi d’application générale qui ne vise pas spécifiquement les Indiens et ne porte pas atteinte au statut d’Indien. Il s’agit donc d’un exercice valide des pouvoirs de la province sur la propriété et les droits civils. La Loi dans son ensemble améliore la protection tant des objets du patrimoine autochtone que de ceux du patrimoine non autochtone, et elle conserve son caractère de loi touchant la propriété et les droits civils. Les dispositions contestées doivent être interprétées en fonction de l’ensemble de la Loi.

Le juge Braidwood examine ensuite la question de savoir si les dispositions contestées s’appliquent *ex proprio vigore*. Il fait une distinction avec l’arrêt de la Cour *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, parce que la Loi ne restreint aucune activité qui touche l’indianité comme le faisait la réglementation de la chasse dans cette affaire. Il conclut que les dispositions contestées de la Loi ne touchent pas les valeurs sociales fondamentales des Indiens et, par conséquent, qu’elles s’appliquent *ex proprio vigore*.

Bien qu’il n’ait pas à examiner si l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* pourrait valider les dispositions contestées de la Loi, le juge Braidwood aborde la question dans une opinion incidente. Il conclut qu’elles seraient validées par l’art. 88 parce qu’elles sont d’application générale dans la province et ne prévoient pas de traitement spécial susceptible de porter atteinte aux Indiens et à leur statut d’Indiens (par. 81).

20

21

22

- 23 Next, Braidwood J.A. dealt with the issue on the second application, in which the appellants had argued that, pursuant to s. 8 of the Act, the respondent Minister should inquire whether an aboriginal right, established by a court of law or by treaty or otherwise, might be affected by his decision, and that failing to do so, no permit should be issued until the right has been determined by treaty or court of law. Braidwood J.A. rejected this argument. Section 8 of the Act meant that the granting of any privileges under the Act would have no impact on the determination of aboriginal rights.
- (2) Hall J.A.
- 24 Hall J.A. adopted the facts and legislative provisions as set out in Braidwood J.A.'s reasons. He dismissed the appeal on the second application for the same reasons as Braidwood J.A. He concurred with the result and with Braidwood J.A.'s reasons generally regarding the first application but offered some further comments of his own.
- 25 Hall J.A. agreed with Braidwood J.A. that the pith and substance of the legislation in question is the preservation of heritage objects in the province. While the main thrust of the legislation is preservationist, the Act also permits proper use and management of provincial land and resources. He noted that while the Act referred to "First Nation" and "aboriginal" it was not legislation which dealt with Indians or lands reserved for Indians. The Act applied equally to all heritage objects and sites.
- 26 Hall J.A. distinguished the case at bar from *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, which was a case involving a colourable attempt by the Manitoba legislature to affect hunting rights vested in Indians under a federal-provincial agreement that effectively vested existing treaty rights. There was a clear singling out of Indians in that case. Hall J.A. noted that, in the Canadian federation, there will always be some uncertainty regarding the subject matters that lie within provincial and federal jurisdiction. The legislation in question naturally fits in the provincial sphere because it possessed more local aspects and concerns with respect to property in the province. For these reasons, Hall J.A. agreed that the appeal
- Le juge Braidwood analyse ensuite la deuxième demande, dans laquelle les appelants soutenaient que, suivant l'art. 8 de la Loi, le ministre intimé doit vérifier si sa décision peut toucher un droit ancestral, reconnu par un tribunal judiciaire, par un traité ou autrement, à défaut de quoi aucun permis ne doit être délivré jusqu'à ce que ce droit soit déterminé par traité ou décision judiciaire. Le juge Braidwood rejette cet argument. L'article 8 de la Loi signifie que l'octroi de privilèges en vertu de la Loi n'aura aucune répercussion sur la reconnaissance de droits ancestraux.
- (2) Le juge Hall
- Le juge Hall adopte l'exposé des faits et des dispositions présenté dans les motifs du juge Braidwood. Il rejette l'appel concernant la deuxième demande pour les mêmes motifs que le juge Braidwood. Il souscrit de façon générale à la conclusion et aux motifs du juge Braidwood sur la première demande, mais il ajoute quelques commentaires.
- Le juge Hall convient avec le juge Braidwood que la substance de la loi est la préservation des objets patrimoniaux dans la province. Bien qu'ayant principalement un objectif de préservation, la Loi permet aussi l'usage et la gestion appropriés des terres et des ressources de la province. Le juge note que même s'il y est question de « Première nation » et d'« autochtones », la Loi ne touche pas les Indiens ou les terres qui leur sont réservées. Elle s'applique également à tous les objets et sites patrimoniaux.
- Le juge Hall fait une distinction entre l'espèce et *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, qui concernait une tentative déguisée de la législature du Manitoba de porter atteinte à des droits de chasse conférés aux Indiens aux termes d'une entente fédérale-provinciale qui reconnaissait en fait des droits existants issus de traités. Il était évident dans cette affaire que les Indiens étaient spécifiquement visés. Le juge Hall fait remarquer que, dans la fédération canadienne, il existera toujours une certaine incertitude quant aux questions qui relèvent de la compétence des provinces et de celle du fédéral. La loi en cause s'inscrit naturellement dans la sphère provinciale parce qu'elle traite davantage d'aspects et

on constitutional issues should be dismissed (para. 109).

(3) Prowse J.A. (dissenting)

While she concurred with Braidwood J.A.'s outline of the background and the relevant legal principles to be applied in examining the constitutionality of the impugned provisions, Prowse J.A. disagreed with his application of those principles to the impugned provisions, taken in the context of the Act as a whole. She found that it affected the core values of Indianness and Indian society and thus fell outside the scope of provincial powers on property and civil rights (paras. 111-13).

After this judgment, the appellants sought and were granted leave to appeal to this Court. A number of parties have intervened in support of the respondents' position with respect to the constitutional questions in discussion.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

91. . . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

. . . .

92. . . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187

8 For greater certainty, no provision of this Act and no provision in an agreement entered into under section 4 abrogates or derogates from the aboriginal and treaty rights of a first nation or of any aboriginal peoples.

12 (1) In this section, except subsection (6), and in sections 13 (4) and 14 (4), "minister" includes a person authorized in writing by the minister for the purposes of the section.

d'intérêts locaux relatifs à la propriété dans la province. Pour ces motifs, le juge Hall convient que l'appel sur les questions constitutionnelles doit être rejeté (par. 109).

(3) Madame le juge Prowse (dissidente)

Bien qu'elle souscrive à l'exposé du juge Braidwood sur les faits et les principes juridiques applicables dans l'analyse de la constitutionnalité des dispositions contestées, madame le juge Prowse exprime son désaccord avec son application de ces principes aux dispositions en cause, compte tenu de l'ensemble de la Loi. Elle conclut que la Loi porte atteinte aux valeurs fondamentales de l'indianité et de la société indienne et qu'elle sort du domaine de compétence de la province sur la propriété et les droits civils (par. 111-113).

Après ce jugement, les appelants demandent et obtiennent l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Plusieurs parties interviennent à l'appui de la thèse des intimés sur les questions constitutionnelles.

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles

Loi constitutionnelle de 1867

91. . . .

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

. . . .

92. . . .

13. La propriété et les droits civils dans la province;

Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187

[TRADUCTION]

8 Il est entendu que les dispositions de la présente loi ou d'un accord conclu en vertu de l'article 4 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités d'une Première nation ou d'un peuple autochtone.

12 (1) Pour l'application du présent article, exception faite du paragraphe (6), et pour l'application des paragraphes 13(4) et 14(4), « ministre » s'entend également de la personne qu'il a autorisée par écrit.

27

28

29

- | | |
|---|---|
| <p>(2) The minister may</p> <p>(a) issue a permit authorizing an action referred to in section 13, or</p> <p>(b) refuse to issue a permit for an action that, in the opinion of the minister, would be inconsistent with the purpose of the heritage protection of the property.</p> <p>13 (1) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, a person must not remove, or attempt to remove, from British Columbia a heritage object that is protected under subsection (2) or which has been removed from a site protected under subsection (2).</p> <p>(2) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, or an order issued under section 14, a person must not do any of the following:</p> <p>(a) damage, desecrate or alter a Provincial heritage site or a Provincial heritage object or remove from a Provincial heritage site or Provincial heritage object any heritage object or material that constitutes part of the site or object;</p> <p>(b) damage, desecrate or alter a burial place that has historical or archaeological value or remove human remains or any heritage object from a burial place that has historical or archaeological value;</p> <p>(c) damage, alter, cover or move an aboriginal rock painting or aboriginal rock carving that has historical or archaeological value;</p> <p>(d) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846;</p> <p>(e) damage or alter a heritage wreck or remove any heritage object from a heritage wreck;</p> <p>(f) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, an archaeological site not otherwise protected under this section for which identification standards have been established by regulation;</p> | <p>(2) Le ministre peut</p> <p>a) soit délivrer un permis autorisant un acte mentionné à l'article 13,</p> <p>b) soit refuser de délivrer un permis pour un acte qui, à son avis, serait incompatible avec les objectifs de la protection patrimoniale des biens.</p> <p>13 (1) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14, il est interdit de retirer, ou de tenter de retirer, de la Colombie-Britannique un objet patrimonial qui est protégé par le paragraphe (2) ou a été enlevé d'un site protégé par le paragraphe (2).</p> <p>(2) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14 ou d'une ordonnance rendue conformément à l'article 14, il est interdit :</p> <p>a) d'endommager, de profaner ou de modifier un site ou un objet du patrimoine provincial, ou de retirer d'un site ou d'un objet du patrimoine provincial tout objet patrimonial faisant partie de ce site ou objet;</p> <p>b) d'endommager, de profaner ou de modifier un lieu de sépulture qui a une valeur historique ou archéologique, ou d'en retirer des restes humains ou un objet patrimonial;</p> <p>c) d'endommager, de modifier, de recouvrir ou de déplacer les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique;</p> <p>d) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui renferme des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, ou d'y effectuer des fouilles;</p> <p>e) d'endommager ou de modifier une épave à valeur patrimoniale ou d'en retirer un objet patrimonial;</p> <p>f) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site archéologique qui n'est pas par ailleurs protégé par le présent article et pour lequel des normes d'identification ont été établies par règlement, ou d'y effectuer des fouilles;</p> |
|---|---|

- (g) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of unknown origin if the site may be protected under paragraphs (b) to (f);
- (h) damage, desecrate or alter a site or object that is identified in a schedule under section 4 (4) (a);
- (i) damage, excavate or alter, or remove any heritage object from, a property that is subject to an order under section 14 (4) or 16.

- g) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui contient des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques d'origine inconnue, ou d'y effectuer des fouilles, si le site peut être visé aux alinéas b) à f);
- h) d'endommager, de profaner ou de modifier un site ou un objet identifié dans une liste prévue à l'alinéa 4(4)a);
- i) d'endommager, d'extraire, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un bien qui est visé par une ordonnance prévue au paragraphe 14(4) ou à l'article 16.

- (4) The minister may, after providing an opportunity for consultation with the first nation whose heritage site or object would be affected,
 - (a) define the extent of a site protected under subsection (2), or
 - (b) exempt a site or object from subsection (2) on any terms and conditions the minister considers appropriate if the minister considers that the site or object lacks sufficient heritage value to justify its conservation.

- (4) Après avoir donné la possibilité de consulter la Première nation dont l'objet ou le site patrimonial sera touché, le ministre peut,
 - a) définir l'étendue d'un site visé au paragraphe (2),
 - b) soustraire un site ou un objet à l'application du paragraphe (2) aux conditions qu'il estime appropriées s'il considère que le site ou l'objet n'a pas une valeur patrimoniale suffisante pour justifier sa conservation.

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

V. Constitutional Questions

On January 22, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

- (1) Is s. 12(2)(a) in respect of the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance law in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, is the law in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

V. Questions constitutionnelles

Le 22 janvier 2001, le Juge en chef formule les questions constitutionnelles suivantes :

- (1) L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est-il en substance une disposition touchant les Indiens ou les terres réservées pour les Indiens, ou une disposition touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

- (2) If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act*?
- (3) If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore*, do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

VI. The Issues

A. *Position of the Parties*

31 All parties agree that legislation concerning the protection of heritage or cultural property falls under provincial legislative jurisdiction as being a law relating to property and civil rights within the province, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The intervener, the Attorney General of Canada, agrees, with one caveat. She points out that some cultural properties may fall under federal jurisdiction or that the application of unspecified federal heads of power may affect them. In the present case, the Attorney General of Canada supports the validity of the legislation challenged by the appellants. The respondents and all the interveners take the same position.

32 The appellants concede that the province may legislate in respect of cultural properties, but challenge the validity and applicability of the Act to the CMTs found in the Kumealon region. In substance, the appellants submit that legislative provisions allowing for the alteration or destruction of native heritage property fall outside provincial legislative powers, even if provinces may validly legislate in respect of other cultural objects. They submit that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c), which authorize the Minister to grant permits to alter, destroy or remove native heritage property impact on federal legislative powers in respect of Indian affairs. The impugned provisions affect objects and sites which stand at or near the core of aboriginal identity. For these reasons, the impugned provisions fall beyond the scope of provincial legislative authority. Moreover, even if the legislation is *intra vires* under a pure division of powers analysis, aboriginal objects would be immunized from its effects. The interjurisdictional

- (2) Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquent-elles à l'objet des al. 13(2)(c) et d) de la *Heritage Conservation Act*?
- (3) Si les dispositions contestées ne s'appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s'appliquent-elles néanmoins par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

VI. Les questions en litige

A. *La position des parties*

Toutes les parties conviennent que les lois de protection du patrimoine ou des biens culturels relèvent de la compétence législative provinciale puisqu'elles concernent la propriété et les droits civils dans la province au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'intervenant, le procureur général du Canada, en convient mais avec une réserve. Il souligne que certains biens culturels peuvent relever de la compétence fédérale ou que l'exercice de compétences fédérales, non précisées, peuvent les toucher. En l'espèce, il soutient la validité de la loi attaquée par les appelants. Les intimés et tous les intervenants adoptent la même position.

Les appelants concèdent que la province peut légiférer en matière de biens culturels, mais contestent la validité de la Loi et son applicabilité aux arbres modifiés se trouvant dans le Kumealon. Ils font essentiellement valoir que des dispositions législatives permettant la modification ou la destruction de biens patrimoniaux autochtones ne relèvent pas des pouvoirs législatifs des provinces, même si ces dernières peuvent valablement légiférer sur d'autres objets culturels. Ils soutiennent que les al. 12(2)a) et 13(2)c), qui autorisent le ministre à délivrer des permis permettant de modifier, de détruire ou d'enlever des biens du patrimoine autochtone, ont une incidence sur les pouvoirs législatifs du fédéral sur les affaires indiennes. Les dispositions contestées visent des objets et des sites qui touchent de près à l'identité autochtone. C'est pourquoi elles échappent à la compétence législative de la province. Qui plus est, même si ces dispositions législatives étaient *intra vires*, selon une analyse purement fondée sur

immunity doctrine, which immunizes core federal competencies from the effect of otherwise valid provincial laws, would apply and render site alteration permits issued by the Minister ineffective.

At this point, the appellants acknowledge that, sometimes, s. 88 of the *Indian Act* tempers the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in respect of provincial laws of general application. They argue, though, that s. 88 would not save the legislation in this case, because the Act is not a law of general application. It singles out Indian aboriginal objects and sites for special treatment. It amounts to discriminatory legislation. Section 88 should be read in such a way as to avoid incorporating discriminatory laws which have a differential impact on First Nations. Section 88 should be applied in a manner consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III. This approach would introduce a method analogous to a s. 15 Charter analysis in the interpretation of s. 88 of the *Indian Act*.

B. Respondents' Position

The main argument of the respondents is directed at the division of powers question. They submit that the impugned provisions form part of a comprehensive scheme which, in pith and substance, remains legislation in relation to property and civil rights in a province. The respondents point out that the site alteration permits do not apply to areas included within any Indian reserve and that no Indian title had been established in the Kumealon at the time of the litigation.

The primary legal effect of the impugned provisions is to regulate, through the s. 12 permit process, the actions of any person which may damage heritage property protected under s. 13(2). The heritage objects at issue are culturally modified trees.

The respondents argue that the impugned provisions of the Act are provincial laws of general

le partage des compétences, les objets autochtones seraient protégés contre leurs effets. Le principe de l'exclusivité des compétences, qui protège les compétences législatives fédérales fondamentales contre les effets de lois provinciales par ailleurs valides, s'appliquerait et rendrait nuls les permis de modification de site délivrés par le ministre.

Les appelants reconnaissent que, parfois, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* tempère l'application du principe de l'exclusivité des compétences pour les lois provinciales d'application générale. Ils soutiennent toutefois que l'art. 88 ne validerait pas les dispositions législatives en l'espèce parce que la Loi n'est pas d'application générale. Elle prévoit un traitement spécial pour les objets et les sites autochtones. Elle est discriminatoire. L'article 88 doit être interprété de manière à ne pas inclure de lois discriminatoires qui différencient les Premières nations. L'application de l'art. 88 doit respecter la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III. Cette approche inaugurerait une méthode d'analyse de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* analogue à une analyse selon l'art. 15 de la *Charte*.

B. La position des intimés

Le principal argument des intimés porte sur la question du partage des compétences. Ils affirment que les dispositions contestées font partie d'un régime complet qui est en substance une législation sur la propriété et les droits civils dans la province. Ils soulignent que les permis de modification de site ne s'appliquent pas à des régions comprises dans les réserves indiennes et qu'au moment du litige aucun titre aborigène n'a été établi dans le Kumealon.

Le principal effet des dispositions contestées est de réglementer, grâce au processus de délivrance de permis prévu à l'art. 12, des actes pouvant endommager des biens patrimoniaux protégés par le par. 13(2). Les objets patrimoniaux en cause sont des arbres modifiés pour des raisons culturelles.

Les intimés soutiennent qu'il s'agit de dispositions provinciales d'application générale qui

33

34

35

36

application, which do not single out Indians for special treatment. There is no doubt that the Act applies uniformly to all persons throughout the province. The Act does not lose its status as a law of general application by the inclusion of heritage objects of importance to aboriginal people. Neither in purpose nor in effect do the impugned provisions of the Act single out Indians for unique treatment. The impugned provisions apply to all persons in the province whether aboriginal or non-aboriginal and to all heritage objects and heritage sites as enumerated in s. 13(2) of the Act. The respondents submit that the province has the legislative authority to regulate the protection of heritage sites and objects within the province, including heritage sites and objects of aboriginal origin. The right to regulate must include the right to impose limits on that protection. In the absence of any prohibited singling out of Indians, ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) must fall within the same head of legislative authority as the rest of the *Heritage Conservation Act*, namely, "Property and Civil Rights in the Province".

37 In the respondents' view, any intrusion into federal jurisdiction is simply incidental and constitutionally permissible. Sections 12 and 13 remain an integral part of the legislative scheme of the Act. They permit the Minister to balance the heritage value of a particular site or object against other interests. They preserve a ministerial discretion which is essential for the practical operation of any statutory scheme for the protection and management of heritage property.

38 The respondents submit that the core federal jurisdiction does not extend to the regulation of heritage sites or objects in British Columbia. Provincial law which regulates all heritage objects cannot be said to be aimed at affecting an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and lands reserved for the Indians. In this case, the impugned provisions do not, as a matter of application or legal effect, regulate the Band in the exercise of any aboriginal right or in respect of their Indianness. A determination by this Court that the impugned legislation is *intra vires* the province does not preclude the appellants

n'imposent pas de traitement spécial aux Indiens. Il est indubitable que la Loi s'applique uniformément à toutes les personnes se trouvant dans la province. Elle ne perd pas son statut de loi d'application générale du simple fait qu'elle vise des objets patrimoniaux importants pour les peuples autochtones. Ni par leur objet ni par leurs effets, les dispositions contestées de la Loi n'imposent de traitement exceptionnel aux Indiens. Elles s'appliquent à toutes les personnes de la province, autochtones ou non, ainsi qu'à tous les objets et sites patrimoniaux énumérés au par. 13(2) de la Loi. Les intimés affirment que la province possède la compétence législative nécessaire pour réglementer la protection des sites et des objets patrimoniaux dans la province, y compris les sites et les objets patrimoniaux d'origine autochtone. Ce droit de réglementation doit inclure le droit d'imposer des limites à cette protection. En l'absence de toute différenciation interdite des Indiens, les al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) relèvent donc du même chef de compétence législative que le reste de la *Heritage Conservation Act*, savoir « [l]a propriété et les droits civils dans la province ».

De l'avis des intimés, toute intrusion dans le champ de compétence fédéral est simplement accessoire et est permise par la Constitution. Les articles 12 et 13 demeurent une partie intégrante du cadre législatif de la Loi. Ils permettent au ministre de soupeser la valeur patrimoniale d'un site ou d'un objet donné par rapport à d'autres intérêts. Ils préservent le pouvoir discrétionnaire ministériel qui est essentiel à l'application pratique de toute législation relative à la protection et à la gestion des biens patrimoniaux.

Les intimés prétendent que la compétence fondamentale du fédéral ne s'étend pas à la réglementation des sites ou des objets patrimoniaux en Colombie-Britannique. On ne peut pas dire qu'une loi provinciale qui réglemente l'ensemble des objets patrimoniaux porte atteinte à une partie intégrante de la compétence primordiale du fédéral sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. En l'espèce, les dispositions contestées ne réglementent pas, dans leur application ou leurs effets juridiques, l'exercice par la bande appelante d'un droit autochtone ni son indianité. Que la Cour décide que les dispositions

from advancing a claim of aboriginal rights or title in respect of the trees or the lands where they are situated.

The respondents submit that, in the alternative, if this Court finds the impugned provisions affect the appellants in their Indianness, ss. 12(2)(a) and 13(2) of the Act would apply as federal law by operation of s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 incorporates as federal law those provincial laws of general application which touch upon the essential core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and which would otherwise be inapplicable to Indians by virtue of the doctrine of the interjurisdictional immunity. Indeed, the appellants' test for discrimination would substantially restrict the operation of s. 88 and would shift the test for laws of general application from a division of powers analysis to a rights-based analysis. Such a test ought not to be adopted because it confuses the tests applicable to determining the scope of constitutionally protected rights with those which apply to a division of powers analysis.

The respondents then turn to a subsidiary argument on s. 88. They note that this provision serves a jurisdictional purpose in allowing those provincial laws which otherwise would not be applicable to Indians because they affect Indianness to apply to Indians. There is no evidence before the Court that the impugned provisions represent a colourable attempt by the province to single out heritage sites or objects of aboriginal origin for special treatment. The appellants' test contravenes the well established principle that the fact that a law may have different impacts on the persons to whom it applies does not, in itself, prevent it from operating as a law of general application. Even if it could be said that s. 12(2)(a) of the Act affects aboriginal rights, or aboriginal rights in cultural property, it still retains its character as a provincial law of general application applicable to Indians by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

contestées sont *intra vires* n'empêche pas les appelants de revendiquer un titre aborigène ou des droits ancestraux sur des arbres ou sur les territoires où se trouvent ces arbres.

Les intimés affirment subsidiairement que si la Cour concluait que les dispositions contestées touchent les appelants dans leur indianité, l'al. 12(2)a) et le par. 13(2) de la Loi s'appliqueraient comme loi fédérale par application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 incorpore dans le droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui touchent la compétence fondamentale du fédéral en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui seraient par ailleurs inapplicables aux Indiens en vertu du principe de l'exclusivité des compétences. En fait, le critère de discrimination utilisé par les appelants restreindrait substantiellement l'application de l'art. 88 et ferait du critère des lois d'application générale une analyse des droits plutôt qu'une analyse du partage des compétences. Ce critère ne devrait pas être retenu parce qu'il confond les critères applicables à l'analyse de l'étendue des droits protégés par la Constitution et ceux qui s'appliquent dans l'analyse du partage des compétences.

Les intimés invoquent ensuite un argument subsidiaire concernant l'art. 88. Ils soulignent que cette disposition joue un rôle dans le partage des compétences en rendant applicables aux Indiens des lois provinciales qui, autrement, ne leur seraient pas applicables parce qu'elles touchent leur indianité. Rien dans la preuve soumise à la Cour n'indique que les dispositions contestées sont une tentative déguisée de la province d'imposer un traitement particulier aux sites ou objets patrimoniaux d'origine autochtone. La thèse des appelants contrevient au principe bien établi selon lequel le fait qu'une loi puisse avoir des répercussions différentes sur les personnes auxquelles elle s'applique n'empêche pas en soi la loi d'être d'application générale. Même si on pouvait affirmer que l'al. 12(2)a) de la Loi touche des droits ancestraux ou des droits ancestraux sur des biens culturels, il conserve néanmoins sa nature de disposition législative provinciale d'application générale s'appliquant aux Indiens en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

39

40

41 Thus, the main issues have been clearly framed by the parties and in the constitutional questions. The Court must first consider the pith and substance of the legislation. Three sub-questions must be discussed in this respect. First, do ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) intrude into a federal head of power, and to what extent? Then, if they do intrude, are they nevertheless part of a valid legislative scheme? At the next step of the analysis, it should be considered whether the impugned provisions are sufficiently integrated with the scheme. If the answer is yes, we may turn to consider the doctrine of interjurisdictional immunity and, if need be, s. 88 of the *Indian Act*. Before I move on to these, I will review the heritage conservation scheme adopted by the province of British Columbia and discuss some evidentiary issues relevant to the rights claimed by the appellants.

C. *Heritage Conservation Legislation in British Columbia*

42 The *Heritage Conservation Act* is designed to grant a broad protection to the cultural heritage of British Columbia in a very comprehensive manner. The history of the province means that its cultural heritage is in the vast majority of cases an aboriginal one, often going back to pre-contact times and prior to the establishment of the first non-native settlements and the creation of the British colonies on Vancouver Island and on the mainland. The Act was adopted to conserve and protect all forms of cultural property, objects and artifacts as well as sites in British Columbia which have heritage value to the province as a whole, to a community or to an aboriginal people, as appears for example in the definition of “heritage object” in the Act: “**heritage object**” means, whether designated or not, personal property that has heritage value to British Columbia, a community or an aboriginal people”.

43 The Act attempts to address the importance of the cultural heritage of First Nations in various ways. Section 4 provides for agreements with First Nations with respect to the preservation of aboriginal sites and artifacts. Section 8 states a key

Les principales questions en litige ont donc été clairement exposées par les parties et dans les questions constitutionnelles. La Cour doit tout d’abord examiner la substance de la législation. Trois sous-questions se posent à cet égard. Tout d’abord, les al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) empiètent-ils sur un chef de compétence fédérale et, le cas échéant, dans quelle mesure? Ensuite, si tel est le cas, font-ils néanmoins partie d’une législation valide? À l’étape suivante de l’analyse, il faut examiner si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées au régime. Si la réponse est affirmative, nous pouvons ensuite examiner le principe de l’exclusivité des compétences et, si besoin est, l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Avant d’aborder ces points, je vais examiner le régime de conservation du patrimoine adopté en Colombie-Britannique et analyser certaines questions de preuve relatives aux droits revendiqués par les appelants.

C. *Législation sur la conservation du patrimoine en Colombie-Britannique*

La *Heritage Conservation Act* vise à établir une protection générale et complète du patrimoine culturel de la Colombie-Britannique. L’histoire de la province montre que son patrimoine culturel est dans la grande majorité des cas d’origine autochtone, remontant souvent à l’époque préeuropéenne ainsi qu’à la période antérieure aux premiers établissements non autochtones et à la création des colonies britanniques sur l’île de Vancouver et sur le continent. Cette loi a été adoptée dans le but de conserver et de protéger toutes les formes de biens, d’objets et d’artefacts culturels ainsi que tous les sites qui, en Colombie-Britannique, ont une valeur patrimoniale pour l’ensemble de la province, pour une collectivité ou pour un peuple autochtone, comme cela ressort, par exemple, de la définition d’« objet patrimonial » dans la Loi : [TRADUCTION] « Un bien personnel, désigné ou non, qui a une valeur patrimoniale pour la Colombie-Britannique, pour une collectivité ou pour un peuple autochtone ».

La Loi traite de diverses manières de l’importance du patrimoine culturel des Premières nations. L’article 4 prévoit la conclusion d’accords avec les Premières nations pour la préservation de sites et d’artefacts autochtones. L’article 8 énonce un

interpretive principle in the interpretation and implementation of the Act which is designed to protect aboriginal and treaty rights of First Nations:

For greater certainty, no provision of this Act and no provision in an agreement entered into under section 4 abrogates or derogates from the aboriginal and treaty rights of a first nation or of any aboriginal peoples.

Native concerns must be weighed at most steps of the administrative procedures created for the application of the Act. For example, prior to the designation of lands as a heritage site, notice must be given to the First Nations within whose traditional territory they lie. Section 13 grants broad protection against any alteration of sites or things in use before 1846, which will usually be part of the cultural heritage of First Nations in British Columbia (see s. 13(2)(d)).

The Act considers First Nations' culture as part of the heritage of all residents of British Columbia. It must be protected, not only as an essential part of the collective material memory which belongs to the history and identity of First Nations, but also as part of the shared heritage of all British Columbians. The Act grants protection where none existed before. At the same time, heritage conservation schemes such as the Act here must strike a balance between conservation and other societal interests, which may require the destruction of heritage objects or sites after a careful review by the Minister. Time and nature, as well as mishaps and unforeseen events, may destroy or render the conservation of a site or thing an impossibility. Other needs and concerns may arise and require an assessment of the nature and importance of a site or cultural object. Conservation schemes must thus also provide for removal and destruction. This is what is at issue here. Is the power to order the alteration or even destruction of a cultural object beyond provincial powers when it affects native cultural objects?

principe essentiel pour l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi, qui vise à protéger les droits ancestraux ou issus de traités des Premières nations :

[TRADUCTION] Il est entendu que les dispositions de la présente loi ou d'un accord conclu en vertu de l'article 4 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités d'une Première nation ou d'un peuple autochtone.

Les considérations relatives aux questions autochtones doivent être analysées à la plupart des étapes de la procédure administrative d'application de la Loi. Par exemple, pour que des terres puissent être désignées comme site patrimonial, un préavis doit être donné aux Premières nations dont le territoire traditionnel inclut ces terres. L'article 13 prévoit une protection générale contre la modification de sites ou d'objets en usage avant 1846 qui font habituellement partie du patrimoine culturel des Premières nations de la Colombie-Britannique (voir l'al. 13(2)d)).

D'après la Loi, la culture des Premières nations fait partie du patrimoine de l'ensemble des résidents de la Colombie-Britannique. Elle doit être protégée non seulement comme élément essentiel de la mémoire collective ressortissant à l'histoire et à l'identité des Premières nations, mais aussi comme élément du patrimoine commun de tous les habitants de la Colombie-Britannique. La Loi prévoit une protection là où il n'en existait pas auparavant. Dans le même temps, les régimes de conservation du patrimoine comme la Loi doivent établir un équilibre entre la conservation et d'autres intérêts sociaux, qui peuvent nécessiter la destruction d'objets ou de sites patrimoniaux après un examen minutieux par le ministre. Le passage du temps, la nature ainsi que des événements imprévisibles peuvent détruire un site ou un objet ou rendre sa conservation impossible. D'autres besoins et d'autres considérations peuvent surgir et exiger une évaluation de la nature et de l'importance d'un site ou d'un objet culturel. Les régimes de conservation doivent donc aussi traiter de questions d'enlèvement et de destruction. C'est ce dont il est question ici. Le pouvoir d'ordonner la modification ou même la destruction d'un bien culturel excède-t-il les pouvoirs de la province lorsqu'il touche des objets culturels autochtones?

44

45

D. *Evidentiary Problems*

46

Constitutional questions should not be discussed in a factual vacuum. Even in a division of powers case, rights must be asserted and their factual underpinnings demonstrated. In this case, the appellants assert that the importance of the CMTs goes to the core of their cultural values and identity. This assertion grounds their claim that the impugned provisions of the Act impinge on a federal head of power. Because of this assertion, the nature and quality of the evidence offered will have to be assessed and discussed. Even if this case remains a division of powers case, the comments of McLachlin C.J. on evidentiary standards and problems in aboriginal law cases in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, remain highly apposite. In such cases, oral evidence of aboriginal values, customs and practices is necessary and relevant. It should be assessed with understanding and sensitivity to the traditions of a civilization which remained an essentially oral one before and after the period of contact with Europeans who brought their own tradition of reliance on written legal and archival records. Nevertheless, this kind of evidence must be evaluated like any other. Claims must be established on a balance of probabilities, by persuasive evidence (*Mitchell*, at para. 39, *per* McLachlin C.J.). "Sparse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim . . ." (*Mitchell*, at para. 51, *per* McLachlin C.J.).

47

These comments on the use of evidence must be kept in mind during a review of the evidence in this case. The appellants attempted to downplay the importance and relevance of this issue by stressing that this Court was not faced with a claim of aboriginal rights or title. As stated above, facts must be established in order to demonstrate in this case that there exists a conflict between federal and provincial legislative powers. In this respect, the factual basis of the claim looks weak.

D. *Problèmes de preuve*

Les questions constitutionnelles ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. Même dans une affaire de partage des compétences, des droits doivent être revendiqués et leur fondement factuel démontré. En l'espèce, les appelants font valoir que l'importance des arbres modifiés touche au cœur même de leur identité et de leurs valeurs culturelles. Ils s'appuient sur cette affirmation pour plaider que les dispositions contestées de la Loi empiètent sur un chef de compétence fédérale. C'est pourquoi la nature et la qualité de la preuve produite devront être évaluées et analysées. Même si la présente espèce demeure une affaire de partage des compétences, les commentaires de madame le juge en chef McLachlin sur les normes et les problèmes de preuve dans les affaires de droit autochtone, dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, sont à propos. Dans ces affaires, une preuve orale des valeurs, coutumes et pratiques autochtones est nécessaire et pertinente. Elle doit être appréciée avec sensibilité et dans la compréhension des traditions d'une civilisation qui est restée essentiellement orale avant et après les premiers contacts avec les Européens, lesquels ont apporté avec eux leur tradition de recourir à des documents juridiques et à des archives. Néanmoins, ce type de preuve doit être évalué comme les autres. Les revendications doivent être établies selon la prépondérance des probabilités par une preuve convaincante (*Mitchell*, par. 39, le juge en chef McLachlin). « Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication . . . » (*Mitchell*, par. 51, le juge en chef McLachlin).

Dans l'examen de la preuve en l'espèce, nous devons garder à l'esprit ces commentaires. Les appelants ont tenté de minimiser l'importance et la pertinence de cette question en soulignant que la Cour n'était pas saisie d'une réclamation de titre aborigène ou de droits ancestraux. Comme je le dis plus haut, il faut établir les faits pour démontrer en l'espèce qu'il existe un conflit entre les pouvoirs législatifs fédéral et provincial. À cet égard, le fondement factuel de la réclamation paraît faible.

The appellants' claim in this case is concerned with what archaeologists refer to as culturally modified trees (CMTs). From the evidence, large numbers of CMTs are found in British Columbia. Thousands are reported and registered every year in British Columbia in the archaeology branch of the ministry. For ministry purposes, CMTs are trees which bear the marks of past aboriginal intervention occurring as part of traditional aboriginal use. Bark may have been stripped from them. Pieces or chunks of wood may have been removed from the trees to make tools or build canoes. Sap or pitch may have been collected from the trees. It would appear that the identification of CMTs is an involved process. Sometimes, the modifications found on trees result from the work of nature. On the other hand, modifications may have been made by non-native persons. Therefore, in order to identify true CMTs, archaeologists have developed complex "field" guidelines. In certain cases, these guidelines will prove incapable to the task, and it will be necessary to take a sample or even fell a particular tree to determine whether it is a CMT. In this appeal, the CMTs that the archaeologists were able to identify were generally categorized as either "bark-stripped trees" or "aboriginally-logged trees".

In addition, there is one matter that, as of now, lies beyond the ken of any archaeological expert. Even if there is evidence of native intervention, it is next to impossible to tell which aboriginal group modified them (see Braidwood J.A., at para. 30). In this case, in particular, the trees are found in an area covered by the conflicting claims of the Band and another group, the Lax Kw'alaams, which, like the appellants, also belong to the Tsimshian Tribal Council. This second group has agreed with the forestry management plan proposed by Interfor, and approved by the Minister.

The appellants, in support of their claim, assert that the preservation of the CMTs as living trees is required in order to safeguard evidence of their cultural heritage including the work, activities and endeavours of their forebears. Indeed, they argue

48
En l'espèce, la réclamation des appelants porte sur ce que les archéologues appellent des arbres modifiés pour des raisons culturelles. Il ressort de la preuve qu'on trouve un grand nombre de ces arbres en Colombie-Britannique. Chaque année, des milliers sont signalés et enregistrés en Colombie-Britannique auprès de la division d'archéologie du ministère. Pour le ministère, les arbres modifiés sont des arbres qui portent les marques d'une intervention autochtone passée dans le cadre d'utilisations traditionnelles autochtones. Certains ont été dépouillés de leur écorce. Des morceaux ou des fragments d'arbres ont été prélevés pour fabriquer des outils ou des canots. La sève des arbres peut avoir été recueillie. Il semble que l'identification des arbres modifiés soit un processus complexe. Parfois, les modifications sont l'œuvre de la nature. À l'occasion, les modifications peuvent avoir été faites par des non autochtones. Par conséquent, pour identifier les véritables arbres modifiés, les archéologues ont élaboré des directives « pratiques » complexes. Dans certains cas, ces directives sont insuffisantes, et il faut prélever un échantillon ou même abattre un arbre pour déterminer s'il s'agit d'un arbre modifié. Dans le présent pourvoi, les arbres modifiés que les archéologues ont été en mesure d'identifier ont été généralement catégorisés soit comme arbres dépouillés d'une partie de leur écorce soit comme arbres abattus par des autochtones.

49
De plus, une question échappe, jusqu'à maintenant, aux connaissances archéologiques. Même si on a la preuve d'une intervention autochtone, il est quasi impossible de dire quel groupe autochtone a modifié les arbres (voir le juge Braidwood, par. 30). En l'espèce, les arbres se trouvent dans une région faisant l'objet des revendications contradictoires de la bande et d'un autre groupe, les Lax Kw'alaams qui, comme les appelants, appartiennent aussi au conseil tribal Tsimshian. Le deuxième groupe a accepté le plan de gestion forestière proposé par Interfor et approuvé par le ministre.

50
À l'appui de leurs revendications, les appelants affirment qu'il faut laisser sur pied les arbres modifiés afin de préserver la preuve de leur patrimoine culturel, y compris du travail, des activités et des efforts de leurs ancêtres. En fait, les appelants

that the CMTs constitute the only physical record of their heritage. Unfortunately, the evidence supporting these claims is sparse. Aside from an affidavit sworn by the appellant Chief Hill, there is very little evidence as to the extent to which these trees in the Kumealon had been related to or incorporated into the culture of the Band. In this respect, according to other evidence, the firm of archaeologists hired by Interfor identified these CMTs and brought their existence to the attention of the appellants. The constitutional questions must be reviewed in the context of this factual record, with its particular weaknesses. I will now turn to the constitutional issues.

E. *The Division of Powers Issue*

51

The Constitution of Canada does not include an express grant of power with respect to “culture” as such. Most constitutional litigation on cultural issues has arisen in the context of language and education rights. However, provinces are also concerned with broader and more diverse cultural problems and interests. In addition, the federal government affects cultural activity in this country through the exercise of its broad powers over communications and through the establishment of federally funded cultural institutions. Consequently, particular cultural issues must be analyzed in their context, in relation to the relevant sources of legislative power. In this case, the issues raised by the parties concern the use and protection of property in the province. The Act imposes limitations on property rights in the province by reason of their cultural importance. At first blush, this would seem to be a provincial matter falling within the scope of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. This view will have to be tested through a proper pith and substance analysis, in order to establish the relationship between the impugned provisions and the federal power on Indian affairs.

F. *The Pith and Substance of the Provisions of the Heritage Conservation Act*

52

The beginning of any division of powers analysis is a characterization of the impugned law to determine the head of power within which it falls. This process is commonly known as “pith and

soutiennent que les arbres modifiés sont la seule trace physique de leur héritage. Malheureusement, la preuve étayant ces prétentions est mince. À l’exception de l’affidavit souscrit par le chef Hill, il y a très peu de preuve des liens entre ces arbres du Kumealon et la culture de la bande. À cet égard, selon la preuve, le cabinet d’archéologues engagé par Interfor a identifié ces arbres et a informé les appelants de leur existence. C’est dans ce contexte factuel, avec ses lacunes particulières, qu’il faut maintenant examiner les questions constitutionnelles.

E. *La question du partage des compétences*

La Constitution du Canada ne confère pas de pouvoir exprès sur la « culture » en tant que telle. La plupart des litiges constitutionnels en matière culturelle ont pris naissance dans le contexte des droits concernant la langue et l’enseignement. Toutefois, les provinces font face aussi à des problèmes et des intérêts culturels plus vastes et plus diversifiés. De plus, le gouvernement fédéral intervient dans les activités culturelles de ce pays par l’exercice de ses vastes pouvoirs sur les communications et la création d’institutions culturelles dont il assure le financement. Par conséquent, les questions culturelles doivent être analysées dans leur contexte, selon les sources pertinentes de compétence législative. En l’espèce, les questions soulevées par les parties concernent l’utilisation et la protection de la propriété dans la province. La Loi impose des limites aux droits de propriété dans la province pour des raisons d’importance culturelle. À première vue, il semblerait s’agir d’une compétence provinciale visée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce point de vue doit être vérifié par une analyse de la substance de la loi afin d’examiner les liens existant entre les dispositions contestées et la compétence fédérale sur les affaires indiennes.

F. *Le « caractère véritable » ou la substance des dispositions de la Heritage Conservation Act*

Toute analyse du partage des compétences commence par la caractérisation de la loi contestée afin de déterminer le chef de compétence dont elle relève. C’est ce qu’on appelle communément

substance” analysis: see the comments of Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 998. By thus categorizing the impugned provision, one is able to determine whether the enacting legislature possesses the authority under the Constitution to do what it did.

A pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect. First, to determine the purpose of the legislation, the Court may look at both intrinsic evidence, such as purpose clauses, or extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees.

Second, in looking at the effect of the legislation, the Court may consider both its legal effect and its practical effect. In other words, the Court looks to see, first, what effect flows directly from the provisions of the statute itself; then, second, what “side” effects flow from the application of the statute which are not direct effects of the provisions of the statute itself: see *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83. Iacobucci J. provided some examples of how this would work in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23:

The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, the Court struck down a municipal by-law that prohibited leafleting because it had been applied so as to suppress the religious views of Jehovah’s Witnesses. Similarly, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, the Privy Council struck down a law imposing a tax on banks because the effects of the tax were so severe that the true purpose of the law could only be in relation to banking, not taxation. However, merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law.

There is some controversy among the parties to this case as to the appropriate approach to the pith and substance analysis where what is challenged is not the Act as a whole but simply one part of it. The appellants tend to emphasize the characterization of the impugned provisions outside the context of

l’analyse « du caractère véritable » (voir les commentaires du juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 998). En caractérisant la disposition contestée, on peut déterminer si le législateur était habilité par la Constitution à l’adopter.

L’analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l’objet de la législation et (2) sur ses effets. Premièrement, pour déterminer l’objet de la législation, la Cour peut examiner tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires.

Deuxièmement, dans son analyse de l’effet de la législation, la Cour peut examiner à la fois son effet juridique et son effet pratique. Autrement dit, elle examine tout d’abord les effets directs des dispositions de la loi elle-même, puis les effets « secondaires » de son application : voir *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483. Le juge Iacobucci donne quelques exemples de cette démarche dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique Securities Commission*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23 :

Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. Par exemple, dans l’arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, la Cour a invalidé un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts, pour le motif qu’il avait été appliqué de façon à supprimer les opinions religieuses des Témoins de Jéhovah. De même, dans *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, le Conseil privé a invalidé une loi qui imposait une taxe aux banques, pour le motif que les effets de cette taxe étaient si graves que l’objet véritable de la loi ne pouvait qu’être lié aux opérations bancaires et non à la taxation. Cependant, de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*.

Les parties en l’espèce ne s’entendent pas sur la méthode d’analyse du caractère véritable lorsque la contestation vise non pas la loi dans son ensemble mais simplement une partie de celle-ci. Les appelants insistent plus sur la caractérisation des dispositions elles-mêmes, en dehors du contexte

53

54

55

the Act as a whole. The respondents and interveners take the opposite view, placing greater emphasis on the pith and substance of the Act as a whole. The parties also disagree as to the order in which the analysis should take place: the appellants favour looking at the impugned provisions first, while the respondents and interveners tend to prefer to look at the Act first.

56 In my opinion, the proper approach to follow in a case such as this is to look first to the challenged provisions. Such a rule is stated in the dictum of Dickson J. (as he then was) in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270 (quoted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665):

It is obvious at the outset that a constitutionally invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute, even if the statute comprises a regulatory scheme under the general trade and commerce branch of s. 91(2). The correct approach, where there is some doubt that the impugned provision has the same constitutional characterization as the Act in which it is found, is to start with the challenged section rather than with a demonstration of the validity of the statute as a whole. I do not think, however, this means that the section in question must be read in isolation. If the claim to constitutional validity is based on the contention that the impugned provision is part of a regulatory scheme it would seem necessary to read it in its context. If it can in fact be seen as part of such a scheme, attention will then shift to the constitutionality of the scheme as a whole.

57 Laskin C.J. took the same view but put it in somewhat different words in referring to the appropriate analysis of a section of the *Trade Marks Act* in an earlier case, *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 159 (quoted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada*, at p. 665):

If [the impugned provision] can stand alone, it needs no other support; if not, it may take on a valid constitutional cast by the context and association in which it is

de l'ensemble de la Loi. Les intimés et les intervenants adoptent le point de vue opposé, mettant davantage l'accent sur la substance de la Loi prise dans son ensemble. Les parties ne sont pas d'accord non plus sur l'ordre dans lequel l'analyse doit être faite : les appelants estiment qu'il faut d'abord examiner la disposition contestée tandis que les intimés et les intervenants préfèrent examiner la Loi en premier.

À mon avis, dans un tel cas, il convient d'examiner tout d'abord les dispositions contestées. Cette règle est formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270-271 (cité par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665) :

Il est évident au départ qu'une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide, même si cette loi comporte un système de réglementation établi en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que confère le par. 91(2). La bonne méthode, lorsque l'on doute que la disposition contestée ait la même caractérisation constitutionnelle que la loi dont elle fait partie, est de prendre pour point de départ ladite disposition plutôt que de commencer par démontrer la validité de la loi dans son ensemble. Je ne crois pas toutefois que cela signifie qu'il faille interpréter isolément la disposition en cause. Si l'argument de validité constitutionnelle se fonde sur la prétention que la disposition contestée fait partie d'un système de réglementation, il semblerait alors nécessaire de l'interpréter dans son contexte. Si, en fait, elle peut être considérée comme faisant partie d'un tel système, il faudra alors examiner la constitutionnalité de ce système dans son ensemble.

Dans un arrêt antérieur, *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134 (cité par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada*, p. 665), le juge en chef Laskin avait adopté ce même point de vue mais le formulait différemment, au sujet d'une analyse d'un article de la *Loi sur les marques de commerce* (à la p. 159) :

Si [la disposition contestée] est valide en soi, [elle] n'a pas besoin d'autre appui. Sinon, sa constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où [elle] a le caractère

fixed as [a] complementary provision serving to reinforce other admittedly valid provisions.

Dickson C.J. set out in *General Motors of Canada*, at pp. 666-69, a three-part test for determining the pith and substance of an impugned provision. Iacobucci J. discussed and adopted this test in *Global Securities, supra*, at para. 19:

While *GM Canada* itself was concerned with federal legislation, Dickson C.J. made it very clear, at p. 670, that the same analysis applied to determining the constitutionality of provincial legislation. With respect to the first step, Dickson C.J. said the following (at pp. 666-67):

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme.

In my view, Dickson C.J.'s test could be restated in the following form:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

In the rest of this section, I will consider these questions and apply the test in the context of this appeal.

de disposition additionnelle servant à renforcer d'autres dispositions d'une validité incontestable.

Le juge en chef Dickson propose dans *General Motors of Canada*, p. 666-669, une analyse en trois temps pour déterminer le caractère véritable d'une disposition contestée. Le juge Iacobucci cite et adopte cette démarche dans *Global Securities*, précité, par. 19 :

Même si l'arrêt *GM Canada* lui-même portait sur une mesure législative fédérale, le juge en chef Dickson a affirmé très clairement, à la p. 670, que la même analyse s'appliquait pour décider de la constitutionnalité d'une mesure législative provinciale. Voici ce qu'il a dit au sujet de la première étape (aux pp. 666 et 667) :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l'a adoptée, la cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d'un régime législatif valide. Dans l'affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide.

À mon avis, on peut reformuler l'analyse du juge en chef Dickson de la façon suivante :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

Dans le reste de la présente partie, je vais examiner ces questions et appliquer cette méthode d'analyse au présent pourvoi.

G. Purpose of the Provisions Test

59

The first stage of the analysis requires a characterization of the impugned provisions in isolation, looking at both their purpose and effect. For convenience, I reproduce here ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d):

12 ...

- (2) The minister may
- (a) issue a permit authorizing an action referred to in section 13, . . .

13 ...

- (2) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, or an order issued under section 14, a person must not do any of the following:

. . .

- (c) damage, alter, cover or move an aboriginal rock painting or aboriginal rock carving that has historical or archaeological value;
- (d) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846; . . .

60

Paragraphs (c) and (d) of s. 13(2) have as their purpose the protection of certain aboriginal heritage objects from damage, alteration or removal. In other words, the purpose of these paragraphs is heritage conservation, specifically the heritage of the aboriginal peoples of British Columbia. The protection extends to all aboriginal rock paintings or aboriginal rock carvings that have historical or archaeological value, as well as to heritage objects, including artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846, which in effect consists almost entirely of aboriginal cultural artifacts.

61

Paragraph (a) of s. 12(2), on the other hand, provides the minister responsible for the operation of the Act as a whole with the discretion to grant

G. Objet de l'analyse des dispositions

La première étape de l'analyse exige une caractérisation des dispositions contestées prises isolément, grâce à l'examen de leur objet et de leur effet. Je reproduis à nouveau le texte des al. 12(2)a et 13(2)c) et d) :

12 ...

- (2) Le ministre peut
- a) soit délivrer un permis autorisant un acte mentionné à l'article 13, . . .

13 ...

- (2) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14 ou d'une ordonnance rendue conformément à l'article 14, il est interdit :

. . .

- c) d'endommager, de modifier, de recouvrir ou de déplacer les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique;
- d) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui renferme des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, ou d'y effectuer des fouilles; . . .

Les alinéas 13(2)c) et d) ont pour but d'empêcher que certains objets du patrimoine autochtone soient endommagés, modifiés ou enlevés. Autrement dit, l'objet de ces alinéas est la préservation du patrimoine, en particulier du patrimoine des peuples autochtones de la Colombie-Britannique. Cette protection s'étend à toutes les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique ainsi qu'aux objets patrimoniaux tels les artefacts, les vestiges, les éléments matériels ou autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, c'est-à-dire presque exclusivement des artefacts culturels autochtones.

Par contre, l'al. 12(2)a) confère au ministre chargé de l'application de la Loi dans son ensemble le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis

a permit authorizing one of the actions prohibited under s. 13(2)(c) and (d). In other words, this paragraph provides a tempering of the absolute protection otherwise provided by s. 13(2)(c) and (d).

The purpose of such a provision seems obvious when one considers the nature of heritage conservation legislation generally and its specific application in the context of British Columbia. No heritage conservation scheme can provide absolute protection to all objects or sites that possess some historical, archaeological or cultural value to a society. To grant such an absolute protection would be to freeze a society at a particular moment in time. It would make impossible the need to remove, for example, buildings or artifacts of heritage value which, nevertheless, create a public health hazard or otherwise endanger lives. In other cases, the value of preserving an object may be greatly outweighed by the benefit that could accrue from allowing it to be removed or destroyed in order to accomplish a goal deemed by society to be of greater value. It cannot be denied that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) could sometimes affect aboriginal interests. As will be seen below, these provisions form part of a carefully balanced scheme. As recommended by the Court in *Delgamuukw*, it is highly sensitive to native cultural interests. At the same time, it appears to strike an appropriate balance between native and non-native interests. Native interests must be carefully taken into account at every stage of a procedure under the Act. The Act clearly considers them as an essential part of the interests to be preserved and of the cultural heritage of British Columbia as well as of all First Nations.

Consequently, any heritage conservation scheme inevitably includes provisions to make exceptions to the general protection the legislation is intended to provide. Such a permissive provision strikes a balance among competing social goals.

permettant de faire ce qui est interdit par les al. 13(2)c) et d). En d'autres termes, cet alinéa tempère la protection absolue par ailleurs prévue par les al. 13(2)c) et d).

L'objet d'une telle disposition semble évident lorsqu'on examine de façon générale la législation sur la conservation du patrimoine et son application particulière en Colombie-Britannique. Aucun régime de conservation du patrimoine ne peut prévoir la protection absolue de tous les objets ou sites qui ont une certaine valeur historique, archéologique ou culturelle pour une société. Accorder une protection aussi absolue équivaldrait à figer une société à un moment donné dans le temps. Il deviendrait impossible d'enlever, par exemple, des constructions ou des artefacts ayant une valeur patrimoniale qui représentent néanmoins un risque pour la santé publique ou qui mettent des vies en danger. Dans d'autres cas, la valeur de la préservation d'un objet peut être largement surpassée par l'avantage qui pourrait découler de l'autorisation de l'enlever ou de le détruire pour atteindre un objectif auquel la société attache une plus grande valeur. On ne peut nier que les al. 12(2)a) et 13(2)c) pourraient parfois porter atteinte à des intérêts autochtones. Comme nous le verrons plus loin, ces alinéas font partie d'un régime soigneusement équilibré. Comme le recommande la Cour dans *Delgamuukw*, ce régime est hautement adapté aux intérêts culturels autochtones. Dans le même temps, il semble établir un équilibre approprié entre les intérêts autochtones et les intérêts non autochtones. Il faut soigneusement tenir compte des intérêts autochtones à chaque étape des procédures instaurées par la Loi. Ils constituent clairement dans la Loi une partie essentielle des intérêts à préserver ainsi que de l'héritage culturel de la Colombie-Britannique et de l'ensemble des Premières nations.

Par conséquent, tout régime de conservation du patrimoine comporte inévitablement des dispositions permettant des exceptions à la protection générale conférée par la législation. Ces dispositions permettent d'établir un équilibre entre des objectifs sociaux opposés.

62

63

H. *Effect of the Provisions*

64

Having looked at the purpose of these provisions, I turn now to consider their effects. Sections 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) grant the Minister a discretion to allow the alteration or removal of aboriginal heritage objects. We have no evidence before us with respect to the total number of aboriginal heritage objects which may be covered by this legislation. Nor do we have any evidence as to how often the Minister has exercised the discretion to permit the removal or destruction of aboriginal heritage objects of whatever type. We know only that, in the present case, the permit granted to the respondent Interfor allowed it to cut 40 out of about 120 standing CMTs within seven identified cutblocks. Thus, the practical effect, in this case anyway, is to permit the destruction of what are alleged to be Kitkatla heritage objects (although there is no specific proof here that the 40 CMTs in question were indeed the products of Kitkatla ancestors) while protecting 80 CMTs from alteration and removal. In addition, all CMTs allowed to be logged must be catalogued and an archival record of them must be retained. In other words, the effect here is the striking of a balance between the need and desire to preserve aboriginal heritage with the need and desire to promote the exploitation of British Columbia's natural resources.

I. *Effect on Federal Powers*

65

Given this analysis of the purpose and effect of the legislation in order to characterize the impugned provisions, the Court must then determine whether the pith and substance of ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) fall within a provincial head of power or if, rather, they fall within a federal head of power. If the Court characterizes these provisions as a heritage conservation measure that is designed to strike a balance between the need to preserve the past while also allowing the exploitation of natural resources today, then they would fall squarely within the provincial head of power in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* with respect to property and civil rights in the province.

H. *Effets des dispositions*

Après l'objet des dispositions, j'examine leurs effets. Les alinéas 12(2)a) et 13(2)c) et d) confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de permettre la modification ou l'enlèvement d'objets du patrimoine autochtone. Aucune preuve du nombre total d'objets du patrimoine autochtone susceptibles d'être visés par la législation n'a été soumise, ni du nombre de fois que le ministre a exercé ce pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enlèvement ou la destruction d'objets du patrimoine autochtone de tout genre. Nous savons seulement qu'en l'espèce, le permis délivré à l'intimée Interfor lui permettait d'abattre 40 des quelque 120 arbres modifiés sur pied dans les sept secteurs précisés. L'effet pratique, en l'espèce du moins, est de permettre la destruction d'objets que l'on dit appartenir au patrimoine Kitkatla (bien qu'il n'y ait aucune preuve précise que les 40 arbres modifiés en cause ont réellement été modifiés par des membres de la bande Kitkatla dans le passé), tout en empêchant la modification et l'abattage de 80 arbres modifiés. De plus, tous les arbres modifiés dont l'abattage est permis doivent être catalogués et inscrits dans des archives. En d'autres mots, les dispositions ont pour effet d'établir un équilibre entre le besoin et le désir de préserver le patrimoine autochtone et le besoin et le désir de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique.

I. *Effet sur les pouvoirs fédéraux*

Après l'analyse de l'objet et des effets de la législation afin de caractériser les dispositions contestées, la Cour doit déterminer si la substance des al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) relève d'un chef de compétence provinciale ou au contraire d'un chef de compétence fédérale. Si la Cour conclut que ces dispositions constituent des mesures de conservation du patrimoine ayant pour but d'établir un équilibre entre le besoin de préserver le passé et celui de permettre l'exploitation actuelle des ressources naturelles, elles relèvent alors clairement de la compétence conférée aux provinces par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la propriété et les droits civils dans la province.

On the other hand, one cannot escape the fact that the impugned provisions directly affect the existence of aboriginal heritage objects, raising the issue of whether the provisions are in fact with respect to Indians and lands reserved to Indians, a federal head of power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. In considering this question, the Court must assess a number of factors. First, the Court must remember the basic assumption that provincial laws can apply to aboriginal peoples; First Nations are not enclaves of federal power in a sea of provincial jurisdiction: see *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695. The mere mention of the word “aboriginal” in a statutory provision does not render it *ultra vires* the province.

Second, it is clear that legislation which singles out aboriginal people for special treatment is *ultra vires* the province: see *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. For example, a law which purported to affect the Indian status of adopted children was held to be *ultra vires* the province: see *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751. Similarly, laws which purported to define the extent of Indian access to land for the purpose of hunting were *ultra vires* the provinces because they singled out Indians: see *Sutherland, supra*; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282. Further, provincial laws must not impair the status or capacity of Indians: see *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 110; *Dick, supra*, at pp. 323-24.

Nevertheless, “singling out” should not be confused with disproportionate effect. Dickson J. said in *Kruger*, at p. 110, that “the fact that a law may have graver consequence to one person than to another does not, on that account alone, make the law other than one of general application”.

In the present case, the impugned provisions cannot be said to single out aboriginal peoples, at least from one point of view. The provisions prohibit everyone, not just aboriginal peoples, from

Par contre, on ne peut échapper au fait que les dispositions contestées touchent directement l'existence d'objets du patrimoine autochtone, ce qui soulève la question de savoir si elles concernent en fait les Indiens et les terres réservées aux Indiens, une compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans son analyse de la question, la Cour doit évaluer un certain nombre de facteurs. Premièrement, elle doit se rappeler le principe fondamental selon lequel les lois provinciales peuvent s'appliquer aux peuples autochtones; les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales : voir *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695. Une disposition législative n'exécède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot « autochtone ».

Deuxièmement, il est clair qu'une loi prévoyant un traitement spécial pour les peuples autochtones excède la compétence de la province : voir *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. Par exemple, on a jugé qu'une loi qui touchait le statut d'Indien d'enfants adoptés excédait la compétence de la province : voir *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751. De même, des lois qui visaient à définir l'accès des Indiens à des terres pour y chasser excédaient la compétence des provinces parce qu'elles imposaient un traitement particulier aux Indiens : voir *Sutherland*, précité; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282. De plus, les lois provinciales ne doivent pas porter atteinte au statut ou aux droits des Indiens : voir *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 110; *Dick*, précité, p. 323-324.

Néanmoins, il ne faut pas confondre traitement différentiel et effet disproportionné. Le juge Dickson dit dans *Kruger*, p. 110, que « le fait qu'[une loi] soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale ».

En l'espèce, on ne peut pas dire que les dispositions contestées imposent un traitement différent aux peuples autochtones, du moins d'un certain point de vue. Elles interdisent à quiconque, et non seulement

66

67

68

69

the named acts, and require everyone, not just aboriginal peoples, to seek permission of the Minister to commit the prohibited acts. In that respect, the impugned provisions treat everyone the same. The impugned provisions' disproportionate effects can be attributed to the fact that aboriginal peoples have produced by far the largest number of heritage objects in British Columbia. These peoples have been resident in British Columbia for thousands of years; other British Columbians arrived in the last two hundred years.

aux peuples autochtones, de faire les actes indiqués et elles exigent que toute personne, et non seulement les peuples autochtones, qui désire faire l'un des actes interdits en demande l'autorisation au ministre. Sous cet angle, les dispositions contestées traitent tout le monde de la même façon. L'effet disproportionné des dispositions contestées est attribuable au fait que ce sont les peuples autochtones qui ont produit, et de loin, le plus grand nombre d'objets patrimoniaux en Colombie-Britannique. Ces peuples résident en Colombie-Britannique depuis des milliers d'années; les autres habitants de cette province n'y sont arrivés qu'au cours des deux cents dernières années.

70

A more serious objection is raised with respect to the issue of whether permitting the destruction of aboriginal heritage objects impairs the status or capacity of Indians. The appellants' submission seeks to situate these cultural interests, along with aboriginal rights, at the "core of Indianness", *Delgamuukw, supra*, at para. 181. However, as pointed out above, little evidence has been offered by the appellants with respect to the relationship between the CMTs and Kitkatla culture in this area. The appellants argue that aboriginal heritage objects constitute a major portion of their identity and culture in a way that non-aboriginal heritage objects do not go to the centre of non-aboriginal identity. Consequently, they argue, aboriginal people are singled out for more severe treatment. I would reject this argument. Because British Columbia's history is dominated by aboriginal culture, fewer non-aboriginal objects and sites receive protection than aboriginal objects and sites. The Act provides a shield, in the guise of the permit process, against the destruction or alteration of heritage property. When one considers the relative protection afforded aboriginal and non-aboriginal heritage objects, the treatment received by both groups is the same, and indeed is more favourable, in one sense to aboriginal peoples.

Une objection plus sérieuse est soulevée quant à la question de savoir si la permission de détruire des objets du patrimoine autochtone porte atteinte au statut ou aux droits des Indiens. L'argument des appelants vise à placer ces droits culturels, au même titre que les droits ancestraux, dans l'« essentiel de l'indianité », *Delgamuukw*, précité, par. 181. Toutefois, comme je le dis plus haut, les appelants ont produit peu de preuves des rapports existant entre les arbres modifiés et la culture Kitkatla dans cette région. Les appelants soutiennent que les objets du patrimoine autochtone ont une place importante dans l'identité et la culture autochtones, une place que n'ont pas les objets du patrimoine non autochtone dans l'identité non autochtone. Par conséquent, font-ils valoir, le traitement imposé est plus sévère pour les peuples autochtones. Je rejeterais cet argument. Comme la culture autochtone occupe une place prédominante dans l'histoire de la Colombie-Britannique, les sites et objets protégés du patrimoine non autochtone sont moins nombreux que les sites et objets protégés du patrimoine autochtone. Le processus légal d'obtention d'un permis fait rempart contre la destruction ou la modification des biens patrimoniaux. Lorsqu'on examine la protection relative accordée aux objets du patrimoine autochtone et à ceux du patrimoine non autochtone, on constate que le traitement reçu par les deux groupes est le même et qu'il est en fait plus favorable, dans un certain sens, aux peuples autochtones.

71

In any case, it should be remembered that the Act cannot apply to any aboriginal heritage object

Quoi qu'il en soit, il faut se rappeler que la Loi ne peut pas s'appliquer à un objet ou à un site du

or site which is the subject of an established aboriginal right or title, by operation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and by operation of s. 8 of the *Heritage Conservation Act* (and, by implication, s. 12(7) of that Act which states that a permit does not grant a right to alter or remove an object without the consent of the party which has title to the object or site on which the object is situated). The Act is tailored, whether by design or by operation of constitutional law, to not affect the established rights of aboriginal peoples, a protection that is not extended to any other group. On the whole, then, I am of the opinion that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are valid provincial law and that they do not single out aboriginal peoples or impair their status or condition as Indians.

It should be noted that the Attorney General of Canada intervened in support of British Columbia in this case. Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20, commented on the significance of such an intervention in constitutional litigation with respect to the distribution of legislative powers.

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario. [Emphasis deleted.]

patrimoine autochtone qui est visé par des droits ou des titres ancestraux ou issus de traités, par l'effet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 8 de la Loi (et, par implication, du par. 12(7) de la Loi qui prévoit qu'un permis ne confère pas le droit de modifier ou d'enlever un objet sans le consentement de la partie qui possède un titre sur l'objet ou sur le site où se trouve l'objet). La Loi est modelée, du fait de sa conception ou de l'application du droit constitutionnel, de façon à ne pas porter atteinte aux droits établis des peuples autochtones, une protection qui ne s'étend à aucun autre groupe. Dans l'ensemble, je suis donc d'avis que les al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) de la Loi sont des dispositions législatives provinciales valides et qu'elles n'imposent pas de traitement particulier aux peuples autochtones ni ne portent atteinte à leur statut ou à leurs droits en tant qu'Indiens.

Il convient de souligner que le procureur général du Canada est intervenu à l'appui de la Colombie-Britannique en l'espèce. Dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20, le juge en chef Dickson commente l'importance d'une telle intervention dans un litige constitutionnel concernant le partage des pouvoirs législatifs :

Selon moi, un point qu'il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquels ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario. [Soulignement supprimé.]

73 That is essentially the situation in this case: the Attorney General of Canada has intervened in support of the view of the British Columbia government with respect to the latter's right to legislate in this area. While this is not determinative of the issue, as Dickson C.J. said, it does invite the Court to exercise caution before it finds that the impugned provisions of the Act are *ultra vires* the province.

J. *Paramountcy and Federal Powers*

74 The doctrine of paramountcy does not appear applicable in this case, as no valid federal legislation occupies the same field. There are provisions in the *Indian Act* with respect to aboriginal heritage conservation, but they are confined to objects on reserve lands. As I noted above, the *Heritage Conservation Act* does not apply to aboriginal heritage objects or sites which are the subject of an established aboriginal right or title by virtue both of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and s. 8 of the Act itself, which is declaratory of that fact. In any case, the CMTs in question in this case are not located on an Indian reserve but on Crown land.

75 I thus find that there is no intrusion on a federal head of power. It has not been established that these provisions affect the essential and distinctive core values of Indianness which would engage the federal power over native affairs and First Nations in Canada. They are part of a valid provincial legislative scheme. The legislature has made them a closely integrated part of this scheme. The provisions now protect native interests in situations where, before, land owners and business undertakings might have disregarded them, absent evidence of a constitutional right.

76 The Act purports to give the provincial government a means of protecting heritage objects while retaining the ability to make exceptions where economic development or other values outweigh the heritage value of the objects. In the British Columbia context, this generally means that the

C'est essentiellement le cas en l'espèce : le procureur général du Canada est intervenu pour appuyer le point de vue du gouvernement de la Colombie-Britannique sur son droit de légiférer dans ce domaine. Bien que cela ne tranche pas la question, comme le dit le juge en chef Dickson, la Cour devrait se montrer prudente avant de conclure que les dispositions contestées excèdent la compétence de la province.

J. *Prépondérance et pouvoirs fédéraux*

La doctrine de la prépondérance ne semble pas applicable en l'espèce puisqu'aucune loi fédérale valide ne régit le même domaine. La *Loi sur les Indiens* comporte des dispositions visant la conservation du patrimoine autochtone, mais elles se limitent aux objets se trouvant sur les terres des réserves. Comme je le souligne plus haut, la *Heritage Conservation Act* ne s'applique pas aux sites ou objets du patrimoine autochtone qui sont visés par des droits ou des titres ancestraux ou issus de traités en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que de l'art. 8 de la Loi elle-même, qui est déclaratoire. De toute façon, les arbres modifiés en cause ici ne se trouvent pas dans une réserve indienne, mais sur une terre de la Couronne.

Je conclus donc qu'il n'y a aucun empiètement sur un chef de compétence fédérale. Il n'a pas été démontré qu'une atteinte ait été portée aux valeurs fondamentales de l'indianité, qui mettrait en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada. Les dispositions font partie d'un régime législatif provincial valide. La législature les a étroitement intégrées à ce régime législatif. Les dispositions protègent désormais les intérêts autochtones dans un cas où, auparavant, les propriétaires fonciers et les entreprises commerciales auraient pu les négliger en l'absence de preuve de l'existence d'un droit constitutionnel.

La Loi vise à doter le gouvernement provincial d'un moyen de protéger les objets du patrimoine tout en préservant sa capacité de faire des exceptions lorsque le développement économique ou d'autres valeurs l'emportent sur la valeur patrimoniale des objets en cause. En Colombie-Britannique,

provincial government must balance the need to exploit the province's natural resources, particularly its rich abundance of lumber, in order to maintain a viable economy that can sustain the province's population, with the need to preserve all types of cultural and historical heritage objects and sites within the province. Given the overwhelming prevalence of aboriginal heritage objects in the province and, in this particular case, the ubiquitous nature of CMTs, legislation which sought to permit the striking of this balance but which did not attempt to extend this to aboriginal heritage objects and sites would inevitably fall very far short of its goal, if in fact it would not in most respects gut the purposes of the Act.

Given this conclusion, it will not be useful to discuss the doctrine of interjurisdictional immunity. It would apply only if the provincial legislation went to the core of the federal power. (See *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 177-78, *per* Lamer C.J.) In these circumstances, no discussion of the principle governing the application of s. 88 of the *Indian Act* would be warranted.

VII. Conclusion and Disposition

Heritage properties and sites may certainly, in some cases, turn out to be a key part of the collective identity of people. In some future case, it might very well happen that some component of the cultural heritage of a First Nation would go to the core of its identity in such a way that it would affect the federal power over native affairs and the applicability of provincial legislation. This appeal does not raise such issues, based on the weak evidentiary record and the relevant principles governing the division of powers in Canada. In the circumstances of this case, the overall effect of the provision is to improve the protection of native cultural heritage and, indeed, to safeguard the presence and the memory of the cultural objects involved in this litigation, without jeopardizing the core values defining the identity of the appellants as Indians. For these reasons, I would dismiss the appeal,

cela signifie généralement que le gouvernement provincial doit trouver un équilibre entre la nécessité d'exploiter les ressources naturelles de la province, notamment ses immenses réserves de bois d'œuvre, afin de maintenir une économie viable permettant d'assurer la subsistance de la population de la province, et la nécessité de préserver toutes sortes d'objets et de sites du patrimoine culturel et historique de la province. Étant donné la nette prédominance des objets du patrimoine autochtone dans la province et, dans ce cas particulier, l'ubiquité des arbres modifiés, une législation qui chercherait à établir un tel équilibre mais qui ne viserait pas à l'étendre aux objets et aux sites du patrimoine autochtone manquerait — et de loin — son objectif, si en fait elle n'annulait pas à de nombreux égards les objectifs de la Loi.

Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner le principe de l'exclusivité des compétences. Il ne s'appliquerait que si la législation provinciale touchait à l'essentiel du pouvoir fédéral. (Voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81; *Delgamuukw*, précité, par. 177-178, le juge en chef Lamer.) Dans ces circonstances, rien ne justifie une analyse du principe régissant l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

VII. Conclusion et dispositif

Il est sûrement possible que, dans certains cas, les biens et les sites patrimoniaux soient un élément essentiel de l'identité collective d'un peuple. Il se peut très bien que, dans une affaire future, un élément du patrimoine culturel d'une Première nation touche à l'essentiel de son identité de manière à affecter le pouvoir du fédéral sur les affaires indiennes et l'applicabilité de la législation provinciale. Le pourvoi ne soulève pas ce type de questions étant donné la faiblesse de la preuve soumise et les principes régissant le partage des compétences au Canada. Dans les circonstances de l'espèce, les dispositions en litige, vues dans leur ensemble, accroissent la protection du patrimoine culturel autochtone et, en fait, préservent l'existence et la mémoire des objets culturels en cause, sans mettre en péril les valeurs fondamentales qui définissent l'identité des appelants en tant qu'Indiens. Pour ces motifs, je suis

77

78

without costs. The constitutional questions should be answered as follows:

- (1) Is s. 12(2)(a) in respect of the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance law in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, is the law in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Section 12(2)(a) in respect of the subject matter in s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* is in pith and substance law within the legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

- (2) If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act*?

Answer: Yes.

- (3) If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore*, do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

Answer: No need to answer.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondents the Minister of Small Business, Tourism and Culture, and the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, McNeil, Victoria.

Solicitors for the respondent International Forest Products Limited: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

d'avis de rejeter le pourvoi, sans dépens. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

- (1) L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est-il en substance une disposition touchant les Indiens ou les terres réservées pour les Indiens, ou une disposition touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est en substance une disposition relevant de la compétence législative de la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

- (2) Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquent-elles à l'objet des al. 13(2)c) et d) de la *Heritage Conservation Act*?

Réponse : Oui.

- (3) Si les dispositions contestées ne s'appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s'appliquent-elles néanmoins par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intimés le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture et le procureur général de la Colombie-Britannique : Fuller, Pearlman, McNeil, Victoria.

Procureurs de l'intimée International Forest Products Limited : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

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

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

Solicitors for the intervener the Council of Forest Industries: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Truck Loggers Association: Davis & Company, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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 : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Council of Forest Industries : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Truck Loggers Association : Davis & Company, Vancouver.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2002 Vol. 2

2^e cahier, 2002 Vol. 2

Cited as [2002] 2 S.C.R. 185-409

Renvoi [2002] 2 R.C.S. 185-409

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Housen v. Nikolaisen235

Torts — Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Municipal law — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Appeals — Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.

R. v. Brown185

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with murder — Third party allegedly confessing to murder to his lawyers — Accused seeking production of lawyers' files — Whether trial judge properly applied threshold and innocence at stake tests set out in McClure — Proper scope of disclosure order — Degree of immunity to be provided to privilege holder.

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. ...336

Copyright — Infringement — Civil remedies — Ownership of copies — Definition of copyright — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Whether galleries "copied" artist's works — Whether new artistic work was produced "in any material form" within meaning of s. 3(1) of Copyright Act — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 3, 38(1).

Civil procedure — Provisional remedies — Seizure before judgment — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Painter having canvas-backed reproductions seized — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 734 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 38(1).

SOMMAIRE

Housen c. Nikolaisen235

Délits civils — Véhicules automobiles — Routes — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Droit municipal — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Appels — Tribunaux judiciaires — Norme de contrôle applicable en appel — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — Norme de contrôle applicable à l'égard des questions mixtes de fait et de droit.

R. c. Brown185

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé de meurtre — Avenu de meurtre qu'un tiers aurait fait à ses avocats — Demande de l'accusé visant la production de dossiers des avocats — Le juge du procès a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé établis dans McClure? — Étendue à donner à l'ordonnance de divulgation — Degré d'immunité à accorder au détenteur du privilège.

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. ...336

Droit d'auteur — Contrefaçon — Recours civils — Propriété des exemplaires — Définition du droit d'auteur — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Les galeries ont-elles « reproduit » les œuvres de l'artiste? — Une nouvelle œuvre artistique a-t-elle été produite « sous une forme matérielle quelconque » au sens de l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur? — Y a-t-il eu violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3, 38(1).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Procédure civile — Mesures provisoires — Saisie avant jugement — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Saisie, par le peintre, des reproductions sur toile — Y a-t-il eu violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 734 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 38(1).

David Benson *Appellant*

v.

**Jason D. Brown and Her Majesty
The Queen** *Respondents*

and

**The Federation of Law Societies of Canada,
Todd Ducharme, Peter Copeland and
the Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BROWN

Neutral citation: 2002 SCC 32.

File No.: 28635.

2002: January 23; 2002: March 28.

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

**ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE FOR ONTARIO**

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with murder — Third party allegedly confessing to murder to his lawyers — Accused seeking production of lawyers' files — Whether trial judge properly applied threshold and innocence at stake tests set out in McClure — Proper scope of disclosure order — Degree of immunity to be provided to privilege holder.

About three weeks after a man who had been found stabbed in the chest died in hospital, R told the police that her then boyfriend, the appellant, had told her that he was the person who had killed the deceased; she said that he had also told her that he had confessed to his lawyers. The police investigated the appellant in relation to the homicide for a number of months. The investigation included a consent wiretap of R's home telephone and the interception of her communications with the appellant using a body pack. Armed with a search warrant, the police seized clothing, knives and footwear from the appellant's residence. All items tested negative for the

David Benson *Appellant*

c.

**Jason D. Brown et Sa Majesté
la Reine** *Intimés*

et

**La Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada, Todd Ducharme, Peter
Copeland et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BROWN

Référence neutre : 2002 CSC 32.

N^o du greffe : 28635.

2002 : 23 janvier; 2002 : 28 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE
DE L'ONTARIO**

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé de meurtre — Aveu de meurtre qu'un tiers aurait fait à ses avocats — Demande de l'accusé visant la production de dossiers des avocats — Le juge du procès a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé établis dans McClure? — Étendue à donner à l'ordonnance de divulgation — Degré d'immunité à accorder au détenteur du privilège.

Environ trois semaines après la mort d'un homme à l'hôpital — l'homme ayant été découvert poignardé à la poitrine —, R informe la police que l'appellant, son petit ami de l'époque, lui a dit que c'était lui qui avait tué le défunt; elle déclare qu'il lui a aussi dit qu'il avait avoué son crime à ses avocats. La police enquête sur l'appellant pendant plusieurs mois relativement à cet homicide. L'enquête comprend notamment une mise sur écoute consensuelle du téléphone résidentiel de R et l'interception de ses communications avec l'appellant au moyen d'un micro-émetteur de poche. Munie d'un mandat de perquisition, la police saisit des vêtements, des couteaux

blood of the deceased. The appellant has since denied killing the deceased. The appellant was never charged with respect to the murder and the investigation against him was dropped.

The accused was seen looking for the deceased on the morning the deceased was killed. A videotape showed the accused entering his own apartment building, located one block from the crime scene, less than an hour after the deceased had been found stabbed. Under warrant, the police seized from the accused's apartment a napkin with the deceased's pager number on it. The accused was charged with the deceased's murder shortly after a jailhouse informant reported that he had overheard a conversation between the accused and a third inmate. According to the informant, the accused told the third inmate that he had purchased drugs from the deceased and stabbed him. Although the informant was called as a witness at the preliminary hearing, the prosecutor has not yet received approval from the Attorney General's in-custody informer committee to call him at trial. The accused brought a *McClure* application for an order compelling production of the files, documents and notes, if any, relating to communications between the appellant and his lawyers concerning the appellant's involvement in the deceased's death. The motions judge found that the accused had satisfied both the threshold question and the innocence at stake test of the *McClure* application. He ordered production of one document and portions of other documents.

Held: The appeal should be allowed and the motions judge's order for production set aside.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: The *McClure* test for infringing solicitor-client privilege is stringent, and will only be satisfied in rare circumstances. Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and that he is unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. "Information" in the context of this threshold question must mean more than simple knowledge of a fact. A *McClure* application should only succeed on the threshold question if the accused does not have access to other information that will be admissible at trial. In this case the accused had another source of information regarding the appellant's confession in the form of R's testimony. However, the motions judge expressed serious concerns about the admissibility of such testimony and about whether, if admissible, it would be believed at trial. In the end, having interpreted "information" as meaning

et des chaussures à la résidence de l'appelant. Les analyses effectuées sur ces objets ne révèlent aucune trace du sang du défunt. Depuis, l'appelant nie avoir tué le défunt. Il n'a jamais été accusé de ce meurtre et l'enquête le concernant est abandonnée.

L'accusé est vu en train de chercher la victime le jour du meurtre. Une bande-vidéo le montre entrant dans son immeuble d'habitation, situé à un pâté de maisons du lieu du crime, moins d'une heure après la découverte du corps poignardé du défunt. En vertu d'un mandat, la police saisit à l'appartement de l'accusé une serviette de table sur laquelle est inscrit le numéro de téléavertisseur du défunt. L'accusé est inculpé du meurtre de celui-ci peu de temps après qu'un indicateur incarcéré a signalé qu'il avait surpris une conversation entre l'accusé et un troisième détenu. Selon cet indicateur, l'accusé a dit à ce dernier qu'il avait acheté de la drogue à la victime et qu'il l'avait poignardée. Bien que l'indicateur ait été assigné comme témoin à l'enquête préliminaire, le substitut du procureur général n'a pas encore obtenu l'autorisation du comité des dénonciateurs sous garde, au bureau du procureur général, de le faire comparaître au procès. L'accusé présente une requête de type *McClure* visant la production des dossiers, documents et notes, le cas échéant, relatifs aux communications entre l'appelant et ses avocats concernant l'implication de ce dernier dans la mort de la victime. Le juge des requêtes conclut que l'accusé a satisfait au critère préliminaire et au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncés dans *McClure*. Il ordonne la production d'un document en entier et de parties d'autres documents.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge des requêtes est annulée.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : Le test de l'arrêt *McClure* qui permet d'écarter le secret professionnel de l'avocat est rigoureux, et il n'y sera satisfait que dans de rares circonstances. Avant même que le test soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Le terme « renseignements » utilisé dans le cadre du critère préliminaire signifie davantage que la simple connaissance d'un fait. Une demande de type *McClure* ne devrait franchir l'étape du critère préliminaire que si l'accusé n'a pas accès à d'autres renseignements qui seront admissibles au procès. En l'espèce, l'accusé disposait d'une autre source de renseignements concernant l'aveu de l'appelant : le témoignage de R. Cependant, le juge des requêtes a exprimé de sérieuses réserves quant

“potentially substantively usable and reliable evidence”, the motions judge concluded that the privileged information was not otherwise available.

The motions judge reached this conclusion prematurely. While there are undoubtedly some obstacles to the admission of R’s evidence, it is not clear that it will be inadmissible. First, there is a significant degree of necessity to her testimony, in that, absent a successful *McClure* application, it is the only evidence of the appellant’s confession, which may exculpate the accused. Second, it may be considered sufficiently reliable to be admitted under an exception to the hearsay rule. Finally, there is some potential that the confession to R may be admissible as a declaration against penal interest. The motions judge ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of R’s hearsay testimony before concluding that the requested information was not available from another source. If it is found to be admissible, then the *McClure* application should fail on the threshold question because the requested information is available from another source as admissible evidence. Furthermore, prior to ruling on the *McClure* application, the motions judge should have decided whether the appellant waived his solicitor-client privilege by telling R about his solicitor-client communications. Only if the motions judge had concluded that there was no waiver and that R’s testimony was inadmissible should he have proceeded to the other elements of the *McClure* test.

The motions judge erred in reaching his conclusion that the accused could not raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. Although it is too early to decide the issue, with only circumstantial evidence it is speculative that the Crown could prove its case against the accused beyond a reasonable doubt. The only other evidence that may implicate the accused is that of the jailhouse informant who allegedly overheard the accused confessing to another inmate. As there has yet been no decision to call the informant to testify, it would be premature to conclude that the accused will be unable to raise a reasonable doubt without invading the appellant’s solicitor-client privilege.

The motions judge applied the first stage of the innocence at stake test correctly. There was a sufficient

à l’admissibilité en preuve de ce témoignage et quant à savoir si, une fois jugé admissible, il serait cru au procès. Finalement, après avoir interprété le terme « renseignements » comme désignant des « éléments de preuve pouvant s’avérer substantiellement utilisables et fiables », le juge des requêtes a conclu que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs.

Le juge des requêtes a tiré cette conclusion prématurément. Bien qu’il ne fasse aucun doute que certains obstacles à l’admission du témoignage de R existent, il n’est pas certain qu’il ne sera pas admis en preuve. Premièrement, ce témoignage comporte un degré important de nécessité puisque, en cas d’échec de la demande de type *McClure*, il constituera la seule preuve de l’aveu de l’appelant pouvant disculper l’accusé. Deuxièmement, il pourrait être jugé suffisamment fiable pour être admis comme exception à la règle de l’exclusion du ouï-dire. Enfin, il est possible que l’aveu à R soit admissible à titre de déclaration contre l’intérêt pénal. Le juge des requêtes aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer l’admissibilité du témoignage de ouï-dire de R avant de conclure que les renseignements demandés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Si le témoignage est jugé admissible, la demande de type *McClure* devrait alors être rejetée à l’étape du critère préliminaire parce que les renseignements demandés peuvent être obtenus ailleurs et qu’ils sont admissibles en preuve. Par ailleurs, avant de statuer sur la demande de type *McClure*, le juge des requêtes aurait dû déterminer si l’appelant avait renoncé à son privilège en révélant ses communications avocat-client à R. Le juge des requêtes ne pouvait passer aux autres étapes du test de l’arrêt *McClure* qu’après avoir conclu qu’une telle renonciation n’existait pas et que le témoignage de R était inadmissible en preuve.

Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l’accusé ne pouvait pas susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité par d’autres moyens. Bien qu’il soit encore trop tôt pour trancher la question, c’est seulement conjecture que de présumer que le ministère public réussirait, sur la foi uniquement d’éléments de preuve circonstancielle, à établir sa preuve contre l’accusé hors de tout doute raisonnable. Le seul autre élément de preuve pouvant compromettre l’accusé réside dans la déclaration de l’indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu l’accusé confesser son crime à un autre détenu. Comme il n’a pas encore été décidé si l’indicateur sera appelé à témoigner, il serait prématuré de conclure que l’accusé sera incapable de susciter un doute raisonnable sans que soit levé le secret professionnel de l’avocat de l’appelant.

Le juge des requêtes a correctement appliqué la première étape du critère de la démonstration de

evidentiary basis to find that some solicitor-client communications exist. Further, the solicitor-client communications, if they exist, are capable of raising a reasonable doubt as to the accused's guilt.

While a *McClure* application should not be used as a discovery process to allow the defence or the trial judge to interrogate the solicitor, the disclosure should not be strictly limited to written communications contained in the file. The rationale for breaching privilege with respect to written materials is equally applicable to oral communications. An accused should not face the likelihood of wrongful conviction simply because a third party's solicitor-client communications were not committed to paper.

Privilege holders whose solicitor-client communications are disclosed pursuant to a *McClure* application must be protected by the residual principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The privilege holder should be subject to the same *Charter* protections that would apply had he been compelled to testify as a witness, namely, use immunity and derivative use immunity. Use and derivative use immunity should prohibit the Crown both from using the communications as direct evidence against the privilege holder and from using the communications to impeach the privilege holder if and when he is himself an accused. That does not mean, however, that the disclosure of privileged information under a *McClure* application should give rise to so-called "transactional" immunity (i.e., immunity from any future criminal prosecution for the crimes which are the subject of the solicitor-client communications).

Per L'Heureux-Dubé and Arbour JJ.: Major J.'s reasons were agreed with, subject to the following additional comments. In the course of *McClure* applications, trial judges should examine all alternatives to infringing the solicitor-client privilege in the same spirit and with the same flexibility as the policy considerations that led to the creation of the *McClure* rule in the first place. A court has the discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused where it is necessary to prevent a miscarriage of justice. Logic, principle and policy dictate that if one of the most stringent exclusionary rules, the solicitor-client privilege, is to yield to concerns about convicting an innocent person, other exclusionary rules should yield first. In the case of hearsay, threshold concerns about necessity and reliability, which reflect issues of fairness to the opponent in the adversary system,

l'innocence de l'accusé. Il y avait des éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence de communications avocat-client. De plus, les communications avocat-client peuvent, si elles existent, susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Les demandes de type *McClure* ne devraient pas être utilisées comme mécanisme de communication préalable permettant à la défense ou au juge du procès d'interroger l'avocat, mais la divulgation ne devrait pas être strictement limitée aux communications écrites contenues au dossier. La raison d'être de la levée du privilège sur les écrits s'applique aussi bien aux communications orales. Un accusé ne devrait pas être exposé à la possibilité d'être injustement déclaré coupable simplement parce que les communications d'un tiers protégées par le secret professionnel de l'avocat n'ont pas été consignées par écrit.

Les détenteurs du privilège dont les communications avec leur avocat sont divulguées dans le cadre d'une demande de type *McClure* doivent être protégés par le principe résiduel interdisant l'auto-incrimination contenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le détenteur du privilège doit bénéficier des mêmes protections qu'un témoin contraignable, soit l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée. Ces immunités interdisent au ministère public d'utiliser les communications comme preuve directe contre le détenteur du privilège et de les utiliser pour attaquer sa crédibilité s'il est lui-même l'accusé. Toutefois, cela ne veut pas dire que la divulgation de renseignements protégés en vertu d'une demande de type *McClure* doive entraîner l'immunité dite « à l'égard d'une affaire donnée » (c'est-à-dire l'immunité à l'égard de toute poursuite au criminel dans l'avenir pour des crimes qui sont l'objet des communications entre l'avocat et son client).

Les juges L'Heureux-Dubé et Arbour : Il y a accord avec les motifs du juge Major, sous réserve des commentaires qui suivent. Dans le cadre des demandes de type *McClure*, les juges du procès doivent examiner toutes les solutions de rechange à la levée du privilège dans le même esprit et avec la même souplesse que les considérations d'intérêt public qui ont présidé à la création de la règle énoncée dans cet arrêt. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'assouplir en faveur de l'accusé des règles de preuve strictes lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire. La logique, les principes et les considérations d'intérêt public dictent que si l'une des règles d'exclusion les plus rigoureuses, soit le privilège du secret professionnel de l'avocat, doit céder le pas devant la crainte de condamner un innocent, alors d'autres règles d'exclusion devraient d'abord céder le pas. Dans le cas

should be weighed against the dangers of convicting an innocent person and the undesirability of intruding into confidences made to a solicitor.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; **referred to:** *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973); *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

By Arbour J.

Applied: *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; **referred to:** *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, aff'g (1992), 73 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2) [repl. 1997, c. 18, s. 116].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1-278.91 [ad. 1997, c. 30, s. 1], 278.7(3) [*idem*], 674, 675, 690.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

Authors Cited

Berger, Mark. *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.

du oui-dire, les considérations relatives à la nécessité et à la fiabilité, qui traduisent le souci d'équité envers la partie adverse dans le système contradictoire, devraient être pondérées avec les dangers de condamner un innocent et l'ingérence indésirable dans les confidences faites à un avocat.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué : *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Chambers c. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973); *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

Citée par le juge Arbour

Arrêt appliqué : *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, conf. (1992), 73 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), 13.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1-278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 278.7(3) [*idem*], 674, 675, 690.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2) [repl. 1997, ch. 18, art. 116].

Doctrine citée

Berger, Mark. *Taking the Fifth : The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Lexington, Mass. : Lexington Books, 1980.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from judgments of the Ontario Superior Court of Justice, [2001] O.J. No. 3408 (QL), [2001] O.J. No. 3409 (QL). Appeal allowed.

Richard G. Litkowski, for the appellant.

John M. Rosen, for the respondent Jason D. Brown.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent Her Majesty the Queen.

Clayton C. Ruby, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Anil K. Kapoor, for the interveners Todd Ducharme and Peter Copeland.

Leslie Pringle, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

MAJOR J. —

I. Introduction

¹ This appeal deals with the application of the test set out in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14. It raises again the competing interests of solicitor-client privilege and an accused's right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. Both are fundamental tenets of our system of justice. In *McClure*, this Court recognized that solicitor-client privilege is not absolute and may, in rare circumstances, be required to yield in order to permit an accused to make full answer and defence to a criminal charge.

² While it is impossible to place either right higher on a hierarchy, as these reasons hope to explain, Canadians' abhorrence at the possibility of a faulty conviction tips the balance slightly in favour of

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre des décisions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, [2001] O.J. No. 3408 (QL), [2001] O.J. No. 3409 (QL). Pourvoi accueilli.

Richard G. Litkowski, pour l'appellant.

John M. Rosen, pour l'intimé Jason D. Brown.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Clayton C. Ruby, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Anil K. Kapoor, pour les intervenants Todd Ducharme et Peter Copeland.

Leslie Pringle, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'application du test énoncé dans *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14. Il soulève de nouveau la question du conflit entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé. Tous deux constituent des principes fondamentaux de notre système de justice. Dans *McClure*, la Cour reconnaît que le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et que, dans de rares circonstances, il peut devoir céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle.

Bien qu'il soit impossible d'accorder à l'un ou l'autre de ces principes un rang hiérarchique supérieur, comme j'espère l'expliquer dans les présents motifs, l'aversion des Canadiens pour les

innocence at stake over solicitor-client privilege. A similar decision on public policy has been made to protect the identity of informants.

However, it was also emphasized in *McClure*, at para. 5, that “the occasions when the solicitor-client privilege yields are rare and the test to be met is a stringent one”. While obvious, the Court reiterated that any erosion of the absolute nature of solicitor-client privilege would of necessity cause some damage to the solicitor-client relationship. *McClure* should be considered as determining that the appropriate test is one of innocence at stake, such that solicitor-client privilege “should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of wrongful conviction” (para. 47). It is intended to be a rare exception and used as a last resort.

The *McClure* test comprises a threshold question and a two-stage innocence at stake test, which proceed as follows:

- To satisfy the threshold test, the accused must establish that:
 - the information he seeks from the solicitor-client communication is not available from any other source; and
 - he is otherwise unable to raise a reasonable doubt.
- If the threshold has been satisfied, the judge should proceed to the innocence at stake test, which has two stages.
 - Stage #1: The accused seeking production of the solicitor-client communication has to demonstrate an evidentiary basis to conclude that a communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt.

condamnations injustifiées fait légèrement pencher la balance en faveur de la démonstration de l’innocence de l’accusé, par rapport au privilège du secret professionnel. Une décision semblable visant à protéger l’identité des indicateurs a été prise pour des raisons d’intérêt public.

Cependant, *McClure* souligne également, au par. 5, que « les cas où le secret professionnel de l’avocat cède le pas sont rares et que le critère qui doit être respecté est rigoureux ». Bien que cela aille de soi, la Cour a réaffirmé que la moindre érosion du caractère absolu du privilège du secret professionnel de l’avocat ferait inévitablement du tort à la relation avocat-client. Il faut considérer *McClure* comme établissant que le critère à appliquer est celui de la démonstration de l’innocence de l’accusé, de telle sorte que le secret professionnel de l’avocat « devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l’innocence de l’accusé sont en cause ou s’il y a un risque véritable qu’une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (par. 47). La levée de ce privilège est censée constituer une rare exception et n’être utilisée qu’en dernier recours.

Le test établi dans *McClure* comporte un critère préliminaire et un critère en deux étapes concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé :

- Pour satisfaire au critère préliminaire, l’accusé doit établir :
 - que les renseignements qu’il recherche dans la communication avocat-client ne peuvent pas être obtenus ailleurs;
 - qu’il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable.
- Si l’accusé a satisfait au critère préliminaire, le juge doit passer au critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé, qui comporte deux étapes :
 - Première étape : L’accusé qui sollicite la production d’une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve permettant de conclure à l’existence d’une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

3

4

- Stage #2: If such an evidentiary basis exists, the trial judge should examine the communication to determine whether, in fact, it is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused.
- It is important to distinguish that the burden in the second stage of the innocence at stake test (likely to raise a reasonable doubt) is stricter than that in the first stage (could raise a reasonable doubt).
- If the innocence at stake test is satisfied, the judge should order disclosure of the communications that are likely to raise a reasonable doubt, in accordance with the guiding principles discussed *infra*.
- Seconde étape : Si de tels éléments de preuve existent, le juge du procès doit examiner la communication afin de déterminer si elle suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.
- Il importe de souligner que le fardeau de la preuve est plus lourd à la seconde étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé (suscitera probablement un doute raisonnable) qu'à la première étape (pourrait susciter un doute raisonnable).
- S'il est satisfait au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, le juge doit ordonner la divulgation des communications qui susciteront probablement un doute raisonnable, conformément aux principes directeurs que nous verrons plus loin.

5

In the present appeal, I respectfully conclude that the motions judge's decision to grant the accused access to materials protected by a third party's solicitor-client privilege was premature. It was not clear at the time that the privileged information was not available from another source. Nor was it clear that the privileged information was necessary for the accused to raise a reasonable doubt. Moreover, as there were indications that the privilege may have been waived by voluntary disclosure, that issue should have been resolved before an infringement of a valid privilege was contemplated. In short, the accused's innocence was not at stake, and the *McClure* application should not have been granted. The appeal is allowed.

II. Facts

6

At approximately 4:00 a.m. on July 21, 1998, Shaun Baksh was discovered lying on the east side of Barrington Avenue in Toronto. He had been stabbed in the chest and died a short time later at St. Michael's Hospital. The subsequent autopsy confirmed that he had received a single knife wound to the heart.

7

On August 12, 1998, Donna Robertson told two homicide detectives that her then boyfriend, the

Dans le présent pourvoi, je conclus, en toute déférence, que la décision du juge des requêtes de donner à l'accusé accès à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat d'un tiers était prématurée. Il n'était pas clair à l'époque que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Il n'était pas clair non plus que l'accusé était incapable de susciter un doute raisonnable sans ces renseignements. De plus, comme il était permis de penser que l'intéressé a peut-être renoncé à son privilège en révélant volontairement les communications, cette question aurait dû être tranchée avant qu'on décide s'il y a eu violation d'un privilège valide. Bref, l'innocence de l'accusé n'était pas en jeu, et on n'aurait pas dû faire droit à la demande de type *McClure*. Le pourvoi est accueilli.

II. Les faits

Le 21 juillet 1998, vers 4 h, Shaun Baksh est découvert gisant du côté est de l'avenue Barrington, à Toronto. Il a été poignardé à la poitrine et décède peu de temps après à l'hôpital St. Michael. L'autopsie confirme qu'il a reçu un seul coup de couteau au cœur.

Le 12 août 1998, Donna Robertson déclare à deux enquêteurs de l'escouade des homicides que

appellant, David Benson, had told her that he was the person who had killed Baksh. According to Robertson's account, Benson told her that he had gone out to the fire escape one night when he could not sleep. A man with an accent approached him and offered to sell him drugs. Benson declined, but he persisted and put his arm around Benson. Benson told the man to "back off" and, when he refused, Benson pulled a knife and stabbed him. The man then staggered away through the adjacent park and then west toward Barrington Avenue. Benson threw away the clothes that he was wearing, except for his shoes.

Robertson also told the police that Benson told her that he had confessed to his lawyers, Edward Greenspan, and later Todd Ducharme and Peter Copeland. She said that she had gone with Benson to meet Mr. Copeland, and that he had provided them with business cards on which he wrote words that purported to invoke the right to silence in the face of police questioning. Robertson produced her card to the police.

The police investigated Benson in relation to the homicide for a number of months. The investigation included a consent wiretap of Robertson's home telephone and the interception of her communications with Benson using a body pack. Armed with a search warrant, the police seized clothing, knives and footwear from Benson's residence. All items tested negative for the blood of the deceased. Benson has since denied killing Baksh. Benson was never charged with respect to the murder and the investigation against him was dropped.

The respondent Jason Brown was seen looking for Baksh on the morning that Baksh was killed. Brown was also looking for a mountain bike that he had allegedly fronted to Baksh as part of a drug deal. Witnesses stated that Brown had in his possession a napkin, on which Baksh's pager number was written in red ink. A videotape showed Brown entering his own apartment building, located one block from the crime scene, at 4:47 a.m. on

l'appellant, David Benson, son petit ami de l'époque, lui a dit que c'était lui qui avait tué Baksh. Selon le récit de Robertson, Benson est sorti dans l'escalier de secours un soir qu'il était incapable de dormir. Un homme qui parlait avec un accent s'est approché de lui et a offert de lui vendre de la drogue. Benson a refusé, mais l'homme a insisté et l'a pris à bras-le-corps. Benson a demandé à l'homme de le lâcher et lorsque celui-ci a refusé, il a brandi un couteau et l'a poignardé. L'homme s'est ensuite éloigné en titubant par le parc adjacent, puis s'est dirigé vers l'ouest, vers l'avenue Barrington. Benson s'est débarrassé de ses vêtements, mais a gardé ses souliers.

Robertson informe également la police que Benson lui a dit qu'il avait avoué son crime à ses avocats, Edward Greenspan, puis Todd Ducharme et Peter Copeland. Elle déclare qu'elle et Benson sont allés rencontrer M^e Copeland, qui leur a remis des cartes de visite sur lesquelles il a écrit des instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police. Robertson remet sa carte à la police.

La police enquête sur Benson pendant plusieurs mois relativement à cet homicide. L'enquête comprend notamment une mise sur écoute consensuelle du téléphone résidentiel de Robertson et l'interception de ses communications avec Benson au moyen d'un micro-émetteur de poche. Munie d'un mandat de perquisition, la police saisit des vêtements, des couteaux et des chaussures à la résidence de Benson. Les analyses effectuées sur ces objets ne révèlent aucune trace du sang de la victime. Depuis, Benson nie avoir tué Baksh. Il n'a jamais été accusé de ce meurtre et l'enquête le concernant est abandonnée.

L'intimé Jason Brown est vu en train de chercher Baksh le jour du meurtre. Il est aussi à la recherche d'un vélo de montagne qu'il lui aurait donné dans le cadre d'une transaction en matière de drogue. Selon des témoins, Brown a une serviette de table dans les mains, sur laquelle le numéro de téléavertisseur de Baksh est écrit à l'encre rouge. Une bande-vidéo montre Brown entrant dans son immeuble d'habitation, situé à un pâté de maisons du lieu du crime, à

8

9

10

July 21, 1998, less than an hour after Baksh had been found stabbed.

11 On July 29, 1998, under warrant, the police seized from Brown's apartment, among other things, a napkin with the deceased's pager number on it. Brown entered his apartment during the search and provided a statement to the police in which he denied knowing the deceased, denied knowing anything about a mountain bike, and said that he had been home on the night of the homicide.

12 On July 31, 1998, with counsel present, Brown gave a second statement to the police. In this statement, he said that he had bought cocaine from the deceased three times on the night and early morning of the homicide. On the third such time, Brown said that he had no money and therefore fronted a stolen mountain bike for more cocaine. Brown wanted the bike back and said that he would bring money later for the cocaine. He denied killing Baksh.

13 Brown was charged with Baksh's murder on November 1, 1999. Prior to that date, the police claimed to lack reasonable and probable grounds to charge either Benson or Brown with the homicide. Brown's charge came shortly after a jailhouse informant, who had shared a cell with Brown at the Toronto jail in November 1998, reported that he had overheard a conversation between Brown and a third inmate, McDoom. According to the informant, Brown told McDoom that he had purchased drugs from Baksh, stabbed him, and taken a bag of crack cocaine.

14 Although the informant was called as a witness at the preliminary hearing, the prosecutor has not yet received the approval of the "In-Custody Informer Committee" within the office of the Attorney General to call the informant at trial. The Committee is waiting for the final determination of Brown's *McClure* application and a further determination of whether the Crown may review the material ordered disclosed to Brown in order to assess the reliability of the informant.

4 h 47 le 21 juillet 1998, soit moins d'une heure après la découverte du corps poignardé de Baksh.

Le 29 juillet 1998, en vertu d'un mandat, la police saisit, entre autres, à l'appartement de Brown une serviette de table sur laquelle est inscrit le numéro de téléavertisseur de la victime. Brown arrive chez lui pendant la saisie et fait à la police une déclaration dans laquelle il affirme ne pas connaître la victime, ne rien savoir à propos d'un vélo de montagne et ne pas avoir quitté la maison le soir de l'homicide.

Le 31 juillet 1998, en présence de son avocat, Brown fait une seconde déclaration à la police, dans laquelle il affirme avoir acheté de la cocaïne à la victime à trois reprises le soir et tôt le matin de l'homicide. Il déclare que, comme il n'avait pas d'argent la troisième fois, il avait troqué un vélo de montagne contre une quantité additionnelle de cocaïne. Il voulait récupérer le vélo et dit qu'il apporterait de l'argent plus tard pour payer la cocaïne. Il nie avoir tué Baksh.

Brown est accusé du meurtre de Baksh le 1^{er} novembre 1999. Avant cette date, la police affirme ne pas disposer de motifs raisonnables et probables suffisants pour porter une accusation d'homicide contre Benson ou contre Brown. Brown est mis en accusation peu de temps après qu'un indicateur incarcéré, qui avait partagé la cellule de Brown à la prison de Toronto en novembre 1998, a signalé qu'il avait surpris une conversation entre Brown et un troisième détenu, McDoom. Selon cet indicateur, Brown a dit à McDoom qu'il avait acheté de la drogue à Baksh, qu'il l'avait poignardé et qu'il avait pris un sac de crack.

Bien que l'indicateur ait été assigné comme témoin à l'enquête préliminaire, le substitut du procureur général n'a pas encore obtenu l'autorisation du comité des dénonciateurs sous garde, au bureau du procureur général, de le faire comparaître au procès. Le comité attend la décision définitive de la Cour au sujet de la demande de type *McClure* présentée par Brown, de même qu'une autre décision sur la question de savoir si le ministère public peut examiner les documents dont la communication à Brown a été ordonnée pour l'évaluation de la fiabilité de l'indicateur.

III. Relevant Statutory Provision

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, Motions Judge's Ruling on the First Stage of the McClure Application*, [2001] O.J. No. 3408 (QL)

The respondent accused brought an application for an order compelling production of the files, documents and notes, if any, relating to communications between David Benson and his lawyers concerning Benson's involvement in the death of Shaun Baksh. The application was made in accordance with *McClure*, *supra*.

Dambrot J. issued two rulings. The first was to determine the threshold question and first stage of the innocence at stake test of the *McClure* application. The threshold question was set out at para. 48 of *McClure*:

Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

After reviewing the evidence, Dambrot J. inquired whether the information sought was available from another source, and noted that he found the test difficult to apply. In particular, he discussed two possible interpretations of the threshold question: "whether this requires the accused to show that he cannot find *evidence* of a fact other than in the file, or whether he or she must establish that the *information* in the file is not otherwise available" (para. 9 (emphasis in original)). He selected the first interpretation (at para. 9):

After all, while the circumstances when the privilege should give way are narrow, the rationale for setting

III. Disposition législative pertinente

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario : décision du juge des requêtes à la première étape du test de l'arrêt McClure*, [2001] O.J. No. 3408 (QL)

L'intimé présente une requête en production des dossiers, documents et notes, le cas échéant, relatifs aux communications entre David Benson et ses avocats concernant l'implication de Benson dans la mort de Shaun Baksh. Cette requête est du même type que celle présentée dans *McClure*, précité.

Le juge Dambrot rend deux décisions. La première se rapporte au critère préliminaire et à la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncés dans *McClure*. Le critère préliminaire y est ainsi formulé au par. 48 :

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Après avoir examiné la preuve, le juge Dambrot s'informe pour savoir si les renseignements recherchés peuvent être obtenus ailleurs et il souligne qu'il trouve le critère difficile à appliquer. Plus particulièrement, il examine deux interprétations possibles du critère préliminaire : [TRADUCTION] « soit l'accusé doit démontrer qu'il ne peut pas trouver la *preuve* d'un fait ailleurs que dans le dossier, soit il doit établir que les *renseignements* qu'il recherche dans le dossier ne peuvent pas être obtenus ailleurs » (par. 9 (en italique dans l'original)). Il opte pour la première interprétation (au par. 9) :

[TRADUCTION] Après tout, bien que les circonstances dans lesquelles le privilège doit céder le pas soient

15

16

17

18

aside the privilege is clear: the privilege will yield where it stands in the way of an innocent person establishing his or her innocence. Viewed in that light, it becomes apparent that where the accused has information about a fact, but the solicitor's file will yield evidence of that fact, and the evidence is not otherwise available, then the prerequisite is met. [Emphasis added.]

19 He then reviewed the relevant facts and concluded that, "viewed as potentially substantively usable and reliable evidence" (para. 10), the privileged information sought by the accused was not available from any other source. First, Benson himself would not testify that he killed Baksh. Second, while the intercepted personal communications between Benson and Robertson contain an adoption of the fact that he confessed to her, they also contain a denial of the truth of the underlying confession. Finally, both the intercepted communications and Benson's confession to Robertson suffered from "evidentiary impediments" (para. 10) that would hinder their use as admissible evidence at trial. Benson and Robertson had been drinking heavily at the time of his confession to her, and their relationship was a stormy one that was apparently coming to an end. Thus, there would be some doubt as to the reliability of Robertson's evidence about Benson's confession to her.

20 In contrast, Benson's alleged confession to his legal advisors would likely be seen as more reliable. There would unlikely be any doubt as to the reliability of the solicitors' notes, or any suggestion that the confession was induced by alcohol. Further, while it is true that clients may lie to their legal advisors from time to time, it would be unusual for a client to make a false confession to a murder. Therefore, while Benson's alleged confession to his lawyers is just as much hearsay as his confession to Robertson, it has a better chance of being admitted into evidence due to its enhanced reliability. In conclusion, Dambrot J. found that Brown had satisfied the first element of the threshold test.

21 The motions judge then proceeded to the second requirement of the threshold test: whether the

limitées, la raison d'être de la levée du privilège est claire : le privilège cède le pas dans les cas où il empêche une personne innocente d'établir son innocence. Dans cette optique, il devient évident que, lorsque l'accusé détient un renseignement sur un fait, mais que la preuve de ce fait se trouve dans le dossier de l'avocat, et que la preuve ne peut pas être obtenue ailleurs, la condition préalable est alors respectée. [Je souligne.]

Il examine ensuite les faits pertinents et conclut que les renseignements protégés recherchés par l'accusé, [TRADUCTION] « considérés comme des éléments de preuve pouvant s'avérer substantiellement utilisables et fiables » (par. 10), ne peuvent pas être obtenus ailleurs. Premièrement, Benson lui-même ne témoignerait pas qu'il a tué Baksh. Deuxièmement, même si les communications privées interceptées entre Benson et Robertson révèlent une reconnaissance du fait que Benson a fait un aveu à Robertson, elles contiennent également une dénégation de cet aveu. Finalement, tant les communications interceptées que l'aveu que Benson a fait à Robertson comportent des [TRADUCTION] « difficultés de preuve » (par. 10) qui feraient obstacle à leur admissibilité au procès. Benson et Robertson ont beaucoup bu au moment de l'aveu, et leur relation, orageuse, tirait apparemment à sa fin. On aurait donc des doutes sur la fiabilité du témoignage de Robertson concernant l'aveu de Benson.

Par contre, l'aveu que Benson aurait fait à ses conseillers juridiques serait probablement considéré comme plus fiable. Il est peu probable que l'on mette en doute la fiabilité des notes des avocats ou que l'on prétende que l'aveu a été fait sous l'influence de l'alcool. De plus, même s'il est vrai que les clients mentent parfois à leurs conseillers juridiques, il serait inusité qu'un client fasse un faux aveu de meurtre. Par conséquent, même si l'aveu que Benson aurait fait à ses avocats constitue du ouï-dire tout autant que celui qu'il a fait à Robertson, il a de meilleures chances d'être admis en preuve en raison de sa fiabilité supérieure. Le juge Dambrot conclut donc que Brown a satisfait au premier élément du critère préliminaire.

Le juge des requêtes analyse ensuite le second élément du critère préliminaire, soit déterminer

accused had established that he was unable to raise a reasonable doubt about his guilt in any other way. Dambrot J. commented that this question was difficult to answer prior to trial, as there was little basis on which to assess the accused's jeopardy. Nevertheless, he noted that, if the determination on this issue were delayed until after the Crown's case, it would have implications for the "orderly conduct of the trial" (para. 12). In the end, Dambrot J. concluded that the second part of the threshold test merely required the trial judge "to consider whether there is, in the particular circumstances of the case, a genuine danger of wrongful conviction" (para. 13). He found that there was such a danger in this case.

Next, Dambrot J. considered the first stage of the innocence at stake test, as outlined by this Court at para. 50 of *McClure*, *supra*:

At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt.

Dambrot J. found that Brown had established a sufficient evidentiary basis upon which to conclude that the privileged communication exists. Robertson's statement to the police suggested that Benson had confessed to Mr. Greenspan and that he, in turn, had recommended Mr. Copeland and Mr. Ducharme to him. In addition, Robertson had produced the business card with instructions purporting to invoke the right to silence in the face of police questioning. Dambrot J. also found that Benson's confession, if it exists, was capable of raising a reasonable doubt as to Brown's guilt. Therefore, Brown had satisfied the first element of the innocence at stake test. Dambrot J. accordingly ordered that the relevant files be produced to the court for examination.

si l'accusé a établi qu'il était incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Le juge Dambrot fait remarquer qu'il est difficile de répondre à cette question avant le procès, alors qu'il n'est guère possible d'évaluer le péril auquel est exposé l'accusé. Il souligne, toutefois, que le fait de reporter la détermination de cette question à une date postérieure à la présentation de la preuve du ministère public aurait des répercussions sur la [TRADUCTION] « conduite ordonnée du procès » (par. 12). En fin de compte, il conclut que le second élément du critère préliminaire exige simplement que le juge du procès [TRADUCTION] « détermin[e] s'il existe, dans les circonstances particulières de l'affaire, un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (par. 13). Il conclut qu'un tel risque existe en l'espèce.

Le juge Dambrot passe ensuite à la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, comme l'expose la Cour dans *McClure*, précité, par. 50 :

À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Le juge Dambrot conclut que Brown a présenté suffisamment d'éléments de preuve pour permettre de conclure à l'existence de la communication protégée. La déclaration de Robertson à la police donne à penser que Benson a fait un aveu à M^e Greenspan et que ce dernier, pour sa part, lui a recommandé M^{es} Copeland et Ducharme. En outre, Robertson a produit la carte de visite sur laquelle sont écrites des instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police. Le juge Dambrot conclut aussi que l'aveu de Benson, s'il existe, peut susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. Brown a donc franchi la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé. Le juge Dambrot ordonne dès lors que les dossiers pertinents soient remis à la cour pour examen.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Motions Judge's Ruling on the Second Stage of the McClure Application*, [2001] O.J. No. 3409 (QL)

23 After reviewing the files, Dambrot J. issued a second ruling which dealt with the second stage of the test in *McClure*, at para. 57:

... the trial judge must examine that record to determine whether, in fact, there exists a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. The trial judge must ask herself the following question: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?" [Emphasis in original.]

After some discussion of whether this stage of the test required him to hear the testimony of counsel who made the notations in the files, Dambrot J. concluded that he could make the determination without amplifying the record.

24 The motions judge found that the evidence in the files was likely to raise a reasonable doubt as to Brown's guilt. In response to Benson's counsel's argument that the evidence "put the accused no further ahead" than did the information already available to him, Dambrot J. stressed "the significance of the source of the information, coming as it does from solicitors' files, and the potential cumulative effect of evidence coming from multiple sources" (para. 8). In the end, Dambrot J. ordered production of one document and portions of other documents.

V. Issues

- 25
1. Is *McClure* applicable?
 2. Did Dambrot J. properly apply the threshold and innocence at stake tests in this case?
 3. In hearing a *McClure* application, does the trial judge have discretion to permit amplification of the record?

B. *Cour supérieure de justice de l'Ontario : décision du juge des requêtes à la seconde étape du test de l'arrêt McClure*, [2001] O.J. No. 3409 (QL)

Après avoir examiné les dossiers, le juge Dambrot rend une seconde décision qui se rapporte à la seconde étape du test de l'arrêt *McClure*, par. 57 :

... le juge du procès doit examiner le dossier en question pour déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit se poser la question suivante : « Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » [Souligné dans l'original.]

Après une brève analyse de la question de savoir si cette étape du test exige qu'il entende le témoignage de l'avocat qui a inscrit les notes dans les dossiers, le juge Dambrot conclut qu'il peut faire la détermination sans qu'il soit nécessaire d'amplifier le dossier.

Le juge des requêtes estime que les éléments de preuve contenus dans les dossiers susciteront probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. En réponse à l'argument de l'avocat de Benson selon lequel ces éléments de preuve [TRADUCTION] « n'apporteraient rien de plus à l'accusé » que les renseignements dont il dispose déjà, le juge Dambrot souligne [TRADUCTION] « l'importance que revêt la source des renseignements, surtout lorsqu'ils proviennent des dossiers des avocats, comme en l'espèce, et [. . .] l'effet cumulatif possible des éléments de preuve provenant de sources multiples » (par. 8). En fin de compte, le juge Dambrot ordonne la production d'un document en entier et de parties d'autres documents.

V. Les questions en litige

1. L'arrêt *McClure* s'applique-t-il en l'espèce?
2. Le juge Dambrot a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé en l'espèce?
3. Dans le cadre de l'audition d'une demande de type *McClure*, le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire de permettre l'amplification du dossier?

4. What is the proper scope of a disclosure order made pursuant to a *McClure* application?

5. If privileged communications are disclosed, what degree of immunity should be provided to the privilege holder?

VI. Analysis

A. *Is McClure Applicable?*

The issue of waiver was raised at the hearing. Particularly, when Benson told Robertson what was said between him and his lawyers, did Benson waive the solicitor-client privilege as to those communications? Counsel for Brown indicated that he intended to raise this issue in the event that he was unsuccessful on the *McClure* application. This, like many of the issues relating to the threshold test discussed *infra*, goes to the issue of timing.

As stated in *McClure* and repeated here, this Court views the invasion of the solicitor-client privilege to be serious, with the potential to restrict solicitor-client communications and thereby to undermine the public perception of the protection of the client in the legal system. Piercing solicitor-client privilege should be treated as an extraordinary measure, performed only in accordance with *McClure*, i.e., as a last resort when innocence is at stake.

The tests set out in *McClure* related to the invasion of solicitor-client privilege. Of primary importance in determining whether to consider a *McClure* application is whether the information that is sought is in fact protected by solicitor-client privilege. When there is the suggestion that a client may have waived his or her privilege, that issue should be dealt with first. If there is no privilege that bars access to the information, there is no need to proceed further with a *McClure* application. Here, that issue remains to be decided.

4. Quelle portée convient-il de donner à une ordonnance de divulgation rendue dans le cadre d'une demande de type *McClure*?

5. En cas de divulgation des communications protégées, quel degré d'immunité convient-il d'accorder au détenteur du privilège?

VI. Analyse

A. *L'arrêt McClure s'applique-t-il en l'espèce?*

La question de la renonciation a été soulevée à l'audience. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si Benson, en répétant à Robertson ce qui s'était dit entre lui et ses avocats, a renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces communications. L'avocat de Brown a indiqué qu'il entendait soulever cette question dans l'hypothèse où la demande de type *McClure* de son client serait rejetée. Cette question, comme beaucoup de questions se rapportant au critère préliminaire que nous verrons plus loin, renvoie à celle du moment de la demande.

Comme elle l'a exprimé dans *McClure* et réitéré dans le présent pourvoi, la Cour considère comme grave la levée du secret professionnel de l'avocat puisqu'elle risque de restreindre les communications avocat-client et d'ébranler ainsi la confiance du public dans la protection du client au sein du système judiciaire. L'ouverture d'une brèche dans le secret professionnel de l'avocat devrait être considérée comme une mesure extraordinaire, qui ne peut être ordonnée qu'en conformité avec le test de l'arrêt *McClure*, c.-à-d., en dernier recours, lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

Les critères énoncés dans *McClure* ont trait à la levée du secret professionnel de l'avocat. Pour déterminer s'il convient de faire droit à une demande de type *McClure*, il est primordial de se demander si les renseignements recherchés sont effectivement protégés par le secret professionnel de l'avocat. Lorsqu'il est permis de penser que le client a peut-être renoncé à son privilège, la cour doit d'abord trancher cette question. Si aucun privilège ne fait obstacle à l'accès à l'information, il n'y a pas lieu de pousser plus loin l'analyse d'une demande de type *McClure*. Cette question reste à trancher en l'espèce.

26

27

28

B. *The Test in McClure*

29

As indicated, the *McClure* test for infringing solicitor-client privilege is stringent, and will only be satisfied in rare circumstances. The test is found at paras. 47-51 of *McClure*:

In recognition of the central place of solicitor-client privilege within the administration of justice, the innocence at stake test should be stringent. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction.

Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

The innocence at stake test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence.

If the trial judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, then she should proceed to stage two. At that stage, the trial judge must examine the solicitor-client file to determine whether, in fact, there is a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. It is evident that the test in the first stage (could raise a reasonable doubt) is different than that of the second stage (likely to raise a reasonable doubt). If the second stage of the test is met, then the trial judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

B. *Le test de l'arrêt McClure*

Comme je l'ai indiqué, le test qui permet d'écartier le secret professionnel de l'avocat est rigoureux, et il n'y est satisfait que dans de rares circonstances. L'énoncé du test se trouve aux par. 47-51 de *McClure* :

Eu égard à la place centrale que le secret professionnel de l'avocat occupe dans l'administration de la justice, le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé doit être appliqué rigoureusement. Le privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

L'application du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve.

Si le juge du procès est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit ensuite passer à la deuxième étape, qui consiste à examiner le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que le critère applicable à la première étape (pourrait susciter un doute raisonnable) est différent de celui qui s'applique à la deuxième étape (suscitera probablement un doute raisonnable). Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge du procès ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.

C. *Application to the Case at Bar*(1) The Threshold Test(a) *Is the Information Available from Any Other Source?*

In order to properly apply the threshold test, it is first necessary to determine what is meant by the term “information” in this context. Dambrot J. concluded that the “information” must have some evidentiary value to be considered “available” under this part of the test. Conversely, the appellant suggests that “information” should be given an interpretation consistent with its ordinary meaning, that is, some knowledge of a fact.

In order to have any logical and practical force, “information” in the context of a *McClure* application must be assessed in light of other information that may not be admissible at trial. Otherwise, it would be virtually impossible to succeed on any *McClure* application. For an accused to believe that a document protected by solicitor-client privilege contains information pertaining to his innocence, he must necessarily have some basis to suspect that such privileged information exists. An accused cannot magically divine that a third party’s solicitor-client communications contain information that will prove his innocence. In almost every case, the accused’s belief will be based on some other fact that has come to his attention. Further, as noted by M. Proulx and D. Layton in *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), a lawyer cannot disclose privileged communications unless ordered to do so by a court, even though “[o]ften the lawyer will alone be aware of the exculpatory information, meaning that no other interested party has any reason or basis to invoke the court process in order to defeat the privilege” (p. 183).

In the present case, Brown became aware of Benson’s alleged confession as a result of

C. *L’application du test à l’espèce*(1) Le critère préliminairea) *Les renseignements peuvent-ils être obtenus ailleurs?*

Afin d’appliquer correctement le critère préliminaire, il faut d’abord déterminer ce que signifie le terme « renseignements » dans ce contexte. Le juge Dambrot a conclu que les « renseignements » doivent avoir une certaine valeur probante pour être considérés comme « pouvant être obtenus » aux termes de cette partie du test. Par contre, l’appelant prétend que le terme « renseignements » devrait être interprété conformément à son sens ordinaire, c’est-à-dire comme étant la connaissance qu’on peut avoir d’un fait.

Pour avoir une certaine valeur logique et pratique, les « renseignements », dans le contexte d’une demande de type *McClure*, doivent être évalués en fonction d’autres renseignements pouvant ne pas être admis en preuve. Autrement, il serait presque impossible d’avoir gain de cause dans une telle demande. Pour qu’un accusé puisse prétendre qu’un document protégé par le secret professionnel de l’avocat contient des renseignements qui lui permettraient de démontrer son innocence, il doit nécessairement avoir des raisons de conclure à l’existence de ces renseignements protégés. Un accusé ne peut deviner comme par magie que des communications avocat-client qui sont entre les mains d’un tiers contiennent des renseignements démontrant son innocence. Dans presque tous les cas, la prétention de l’accusé repose sur certains autres faits qui ont été portés à sa connaissance. En outre, comme l’ont fait remarquer M. Proulx et D. Layton dans *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), un avocat ne peut divulguer des communications protégées à moins d’y être ordonné par un tribunal, même si [TRADUCTION] « bien souvent, l’avocat est le seul à connaître les renseignements disculpatoires, ce qui signifie qu’aucune autre partie intéressée n’a de raison ou de motif de se servir du processus judiciaire pour éteindre le privilège » (p. 183).

En l’espèce, Brown a été informé de l’aveu allégué de Benson à la suite de la déclaration de

30

31

32

Robertson's statement to the police. Thus, strictly speaking, the "information" sought by Brown is available from another source, Robertson's statement. Benson submitted that, because Robertson's statement is known by Brown, the information is available even if it is not admissible at trial. This proposition cannot stand. Of necessity, any *McClure* application will be based on some "information" that a potentially exculpatory third party solicitor-client communication exists. It would be illogical to deny the accused access to the solicitor-client communication solely because he has access to "information" about its existence. The question at this point becomes whether there is alternative information as to the contents of the communication.

33 Moreover, to jump ahead to the innocence at stake test, it is noteworthy that the first stage requires an accused to provide some evidentiary basis for believing that a privileged communication exists that could exculpate him. This evidentiary basis will invariably consist of information concerning the alleged communication that has come to the attention of the accused.

34 *McClure* allows for the invasion of solicitor-client privilege when necessary to permit an accused to raise a reasonable doubt about his guilt. Necessity is to be considered in the context of a legal proceeding, and can be demonstrated when the information sought in the solicitor-client communication is not otherwise admissible at trial.

35 It is clear that "information" in the context of the threshold question in a *McClure* application must mean more than simple knowledge of a fact. A *McClure* application should only succeed on the threshold question if the accused does not have access to other information that will be admissible at trial.

36 Returning to the present appeal, the Court must determine whether the information sought in this

Robertson à la police. Ainsi, à proprement parler, les « renseignements » recherchés par Brown peuvent être obtenus ailleurs, soit dans la déclaration de Robertson. Benson a soutenu que, la déclaration de Robertson étant connue de Brown, les renseignements peuvent être obtenus même s'ils ne sont pas admissibles au procès. Cet argument ne tient pas. Toute demande de type *McClure* est nécessairement fondée sur des « renseignements » indiquant qu'une communication avocat-client potentiellement disculpatoire existe entre les mains d'un tiers. Il ne serait pas logique de refuser à l'accusé l'accès à cette communication du simple fait qu'il a accès à des renseignements indiquant son existence. À ce stade, il s'agit de déterminer s'il existe d'autres renseignements se rapportant au contenu des communications.

D'ailleurs, si l'on saute au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, il convient de noter qu'à la première étape, l'accusé doit présenter des éléments de preuve permettant de conclure à l'existence d'une communication protégée qui pourrait le disculper. Ces éléments de preuve consisteront invariablement en des renseignements concernant la communication alléguée qui ont été portés à la connaissance de l'accusé.

L'arrêt *McClure* admet la levée du secret professionnel de l'avocat lorsqu'elle est nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette nécessité doit être considérée dans le contexte d'une instance judiciaire et peut être démontrée lorsque les renseignements recherchés dans la communication avocat-client ne peuvent être autrement admis en preuve au procès.

Il est clair que le terme « renseignements » utilisé dans le cadre du critère préliminaire applicable à une demande de type *McClure* signifie davantage que la simple connaissance d'un fait. Une demande de type *McClure* ne devrait franchir l'étape du critère préliminaire que si l'accusé n'a pas accès à d'autres renseignements qui seront admissibles au procès.

Pour revenir au présent pourvoi, la Cour doit déterminer si le renseignement recherché en

case — Benson’s alleged confession — is available from any other source. More specifically, did Brown have access to admissible evidence of Benson’s confession from any other source?

The record establishes that Brown had another source of information regarding Benson’s confession in the form of Donna Robertson’s testimony. However, Dambrot J. expressed serious concerns about the admissibility of such testimony and about whether, if admissible, it would be believed at trial. In particular, both Benson and Robertson had been drinking at the time of the alleged confession, and their stormy relationship was apparently coming to an end. Moreover, Benson subsequently denied confessing to Robertson. These factors led Dambrot J. to believe that Robertson’s testimony might not be admitted under an exception to the hearsay rule and that, even if admitted, there might be significant challenges to the credibility of her testimony.

In contrast, the motions judge believed that Benson’s alleged confession to his solicitors rested on better evidentiary footing. While Dambrot J. acknowledged that it was “legally in no different position than his confession to Robertson” ([2001] O.J. No. 3408 (QL), at para. 10) in that it too was hearsay, he reasoned that it had a better chance of being admitted and believed due to its enhanced reliability. Benson’s confession to his solicitors was not likely to be clouded to the same extent as his confession to Robertson, and the solicitors would have no personal reasons to implicate him in a murder. Moreover, Dambrot J. reasonably thought that it would be unusual for a person to lie to his own solicitors by making a false murder confession.

In the end, having interpreted “information” as meaning “potentially substantively usable and reliable evidence” (para. 10), Dambrot J. concluded that the privileged information was not otherwise available.

However, with respect, Dambrot J. reached this conclusion prematurely. While there are undoubtedly some obstacles to the admission of Donna Robertson’s evidence, it is not clear that it will be

l’espèce — l’aveu allégué de Benson — peut être obtenu ailleurs. Plus particulièrement, il s’agit de savoir si Brown avait accès autrement à une preuve admissible de l’aveu de Benson.

Il ressort du dossier que Brown disposait d’une autre source de renseignements concernant l’aveu de Benson : le témoignage de Donna Robertson. Cependant, le juge Dambrot a exprimé de sérieuses réserves quant à l’admissibilité en preuve de ce témoignage et quant à savoir s’il serait cru au procès, notamment parce que Benson et Robertson avaient tous les deux bu au moment de l’aveu allégué et que leur relation orageuse tirait apparemment à sa fin. De plus, Benson a par la suite nié avoir fait un aveu à Robertson. Ces facteurs ont amené le juge Dambrot à conclure que le témoignage de Robertson pourrait ne pas être admis en tant qu’exception à la règle de l’exclusion du oui-dire et que, même s’il était admis, sa crédibilité risquait d’être fortement contestée.

Par contre, le juge des requêtes a estimé que l’aveu allégué de Benson à ses avocats reposait sur de meilleures assises sur le plan de la preuve. Après avoir reconnu qu’il se trouvait [TRADUCTION] « juridiquement sur le même plan que l’aveu à Robertson » ([2001] O.J. No. 3408 (QL), par. 10) en ce sens qu’il constituait aussi du oui-dire, le juge Dambrot a estimé que cet aveu avait plus de chances d’être admis en preuve et d’être cru en raison de sa fiabilité supérieure. L’aveu de Benson à ses avocats n’était pas aussi contestable que son aveu à Robertson, et les avocats n’auraient aucun motif personnel de l’impliquer dans un meurtre. En outre, le juge Dambrot a raisonnablement cru qu’il serait surprenant qu’une personne mente à ses avocats en faisant un faux aveu de meurtre.

Finalement, après avoir interprété le terme « renseignements » comme désignant des [TRADUCTION] « éléments de preuve pouvant s’avérer substantiellement utilisables et fiables » (par. 10), le juge Dambrot a conclu que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs.

En toute déférence, je suis cependant d’avis que le juge Dambrot a tiré cette conclusion prématurément. Bien qu’il ne fasse aucun doute que certains obstacles à l’admission du témoignage de Donna

37

38

39

40

inadmissible. First, there is a significant degree of necessity to her testimony, in that, absent a successful *McClure* application, it is the only evidence of Benson's confession, which may exculpate the accused. Second, it may be considered sufficiently reliable to be admitted under an exception to the hearsay rule.

41 Finally, there is some potential that the confession to Robertson may be admissible as a declaration against penal interest. Although this exception to the hearsay rule has historically been reserved for cases where the declarant is deceased or otherwise unavailable, there is a suggestion in the Ontario Court of Appeal case of *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, that this requirement may be relaxed in some circumstances. In that case, Martin J.A. discussed the United States Supreme Court decision of *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973), where the court found that confessions made by a third party were admissible, notwithstanding that the third party declarant was available and, in fact, did testify at the accused's trial. Powell J. noted, at pp. 300-301, that the statements were made "under circumstances that provided considerable assurance of their reliability", and that, "whatever may be the parameters of the penal-interest rationale, each confession here was in a very real sense self-incriminatory and unquestionably against interest".

42 While Martin J.A. found that such circumstances did not exist in *Williams*, he did not disagree with the proposition that the rules of evidence might be relaxed in certain circumstances where necessary to provide a fair trial. Later in the judgment, on a separate issue, Martin J.A. commented that "a court has a residual discretion to relax in favour of the accused a strict rule of evidence where it is necessary to prevent a miscarriage of justice and where the danger against which an exclusionary rule aims to safeguard does not exist" (p. 343 (emphasis added)). This suggests that, where there are some assurances of reliability and where necessary to avoid wrongful conviction, some rules of evidence

Robertson existent, il n'est pas certain qu'il ne sera pas admis en preuve. Premièrement, ce témoignage comporte un degré important de nécessité puisque, en cas d'échec de la demande de type *McClure*, il constituera la seule preuve pouvant disculper l'accusé. Deuxièmement, il pourrait être jugé suffisamment fiable pour être admis comme exception à la règle de l'exclusion du oui-dire.

Enfin, il est possible que l'aveu à Robertson soit admissible à titre de déclaration contre l'intérêt pénal. Même si, par le passé, cette exception à la règle de l'exclusion du oui-dire a été réservée aux cas où le déclarant ne peut pas témoigner parce qu'il est décédé ou pour une autre raison, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué, dans *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, que cette exigence pouvait être assouplie dans certaines circonstances. Dans cette affaire, le juge Martin a analysé la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans *Chambers c. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973), où la cour a conclu que les aveux d'un tiers étaient admissibles, malgré le fait que le tiers déclarant pouvait témoigner et qu'il avait, effectivement, témoigné au procès de l'accusé. Le juge Powell a noté, aux pp. 300-301, que les déclarations avaient été faites [TRADUCTION] « dans des circonstances fournissant une garantie considérable de leur fiabilité » et que, [TRADUCTION] « peu importe la raison d'être de l'exception relative aux déclarations contre l'intérêt pénal, chaque aveu en l'espèce était, d'une manière très concrète, incriminant et incontestablement contre intérêt ».

Bien que le juge Martin ait estimé que de telles circonstances n'existaient pas dans l'affaire *Williams*, il ne s'est pas opposé à l'idée que les règles de preuve puissent être assouplies dans certaines circonstances où cela est nécessaire pour assurer un procès équitable. Plus loin dans le jugement, en traitant d'une autre question, il a ajouté qu'[TRADUCTION] « un tribunal a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir en faveur de l'accusé une règle de preuve stricte lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire et lorsque le danger que la règle d'exclusion est destinée à prévenir n'existe pas » (p. 343 (je souligne)). Ce commentaire semble indiquer que, lorsqu'il existe

may be applied with something less than their usual degree of rigour.

In any event, these observations are not intended to comment on the validity of any of the above arguments regarding the admissibility of Donna Robertson's evidence. They are only raised to indicate that the inadmissibility of Robertson's testimony should not be considered a foregone conclusion.

Indeed, if a trial judge allows a *McClure* application on the basis that another source of the requested information is potentially inadmissible at trial, she runs the risk of her conclusion being subsequently undermined if the alternative source is ultimately found to be admissible. The accused will then have gained access to solicitor-client privileged information in a situation where that information was, in fact, available from another source, and will have succeeded in unnecessarily destroying a solicitor-client privilege. Such a result directly conflicts with the stringent nature of the innocence at stake test, which seeks to maximize the protection for the privilege.

In this case, Dambrot J. ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of Donna Robertson's hearsay testimony before concluding that the requested information was not available from another source. If it is found to be admissible, then the *McClure* application should fail on the threshold question because the requested information is available from another source as admissible evidence. As will be discussed *infra*, the relative quality of the solicitor's evidence does not make it "different" information from that already available from Donna Robertson. If Robertson's evidence is admissible, the solicitor-client communications will provide no additional "information" regardless of their enhanced reliability. Furthermore, prior to ruling on the *McClure* application, the motions judge should have decided whether Benson waived his solicitor-client privilege by telling Robertson about his solicitor-client communications. Only if

une certaine garantie de fiabilité et que cela s'avère nécessaire pour éviter une déclaration de culpabilité injustifiée, certaines règles de preuve peuvent être appliquées de façon un peu moins rigoureuse que d'habitude.

43 Quoiqu'il en soit, ces observations n'ont pas pour but de commenter la validité des arguments susmentionnés concernant l'admissibilité du témoignage de Donna Robertson. Elles ne sont soulevées que pour montrer que l'inadmissibilité de son témoignage ne devrait pas être considérée comme un fait acquis.

44 D'ailleurs, le juge du procès qui accueille une demande de type *McClure* au motif que l'autre source des renseignements recherchés est potentiellement inadmissible au procès court le risque que sa décision soit ultérieurement attaquée si l'autre source est finalement jugée admissible. L'accusé aura alors eu accès à des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat alors qu'ils pouvaient, en fait, être obtenus ailleurs et aura réussi à faire lever inutilement ce privilège. Un tel résultat entre directement en conflit avec le caractère rigoureux du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui vise à protéger au maximum ce privilège.

45 En l'espèce, le juge Dambrot aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité du témoignage de *voir-dire* de Donna Robertson avant de conclure que les renseignements demandés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Si le témoignage est jugé admissible, la demande de type *McClure* devrait alors être rejetée à l'étape du critère préliminaire parce que les renseignements demandés peuvent être obtenus ailleurs et qu'ils sont admissibles en preuve. Comme nous le verrons plus loin, la qualité relative des renseignements détenus par l'avocat ne fait pas en sorte que ces renseignements sont « différents » de ceux qui peuvent être obtenus de Donna Robertson. Si le témoignage de Robertson est admissible, les communications avocat-client ne fourniront aucun « renseignement » additionnel, peu importe que leur fiabilité soit supérieure. Par ailleurs, avant de statuer sur la demande de type *McClure*, le juge des requêtes aurait dû déterminer

Dambrot J. had concluded that there was no waiver and that Robertson's testimony was inadmissible should he have proceeded to the other elements of the *McClure* test.

(b) *Can the Accused Raise a Reasonable Doubt as to his Guilt in Any Other Way?*

46

This second element of the threshold test raises significant procedural issues, particularly regarding the proper timing of a *McClure* application. These issues obviously troubled the motions judge (at paras. 12-13):

It is of course indisputable that if the accused can raise a reasonable doubt without access to the solicitor-client file, then his or her innocence would not be at stake, and access to the file would be unnecessary. But how is a trial judge to assess whether or not the accused can raise a reasonable doubt in the minds of the jurors, without usurping the jury's function? Perhaps the matter should be left until the Crown's case is complete, so that the judge would be better able to assess the extent of the accuser's [*sic*] jeopardy. But the implications for the orderly conduct of the trial, and the avoidance of undue delay and disruption for the jurors should such a course be followed need hardly be mentioned. Moreover, even at the end of the Crown's case, the judge is not in a position to meaningfully predict the outcome of the trial.

In the end, I conclude that what Major J. was imposing on trial judges was simply an obligation to consider whether there is, in the particular circumstances of the case, a genuine danger of wrongful conviction. On the basis of the evidence before me, I can only conclude that in this case, there is.

47

With respect, Dambrot J. erred in reaching his conclusion on this issue. The test established in *McClure* was intended to carefully screen requests for access to solicitor-client communications and to allow such access only when the accused has shown that he has no other defence and that the requested communications would make a positive difference in the strength of the defence case. As

si Benson avait renoncé à son privilège en révélant ses communications avocat-client à Robertson. Le juge Dambrot ne pouvait passer aux autres étapes du test de l'arrêt *McClure* qu'après avoir conclu qu'une telle renonciation n'existait pas et que le témoignage de Robertson était inadmissible en preuve.

b) *L'accusé est-il capable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité?*

Ce second élément du critère préliminaire soulève d'importantes questions de procédure, particulièrement en ce qui concerne le moment opportun d'une demande de type *McClure*. Ces questions ont visiblement troublé le juge des requêtes (aux par. 12-13) :

[TRADUCTION] Il est naturellement indéniable que si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable sans avoir accès au dossier avocat-client, son innocence n'est alors pas en jeu, et l'accès à ce dossier n'est pas nécessaire. Mais comment le juge du procès peut-il déterminer si l'accusé est capable ou non de susciter un doute raisonnable dans l'esprit des jurés sans empiéter sur les fonctions du jury? La question devrait peut-être rester en suspens jusqu'à ce que le ministère public ait présenté sa preuve, de sorte que le juge soit plus à même d'évaluer le péril auquel est exposé l'accusé. Mais il va sans dire que procéder ainsi aurait des répercussions sur la conduite ordonnée du procès et sur les efforts déployés pour éviter les retards déraisonnables et la perturbation des jurés. D'ailleurs, même après avoir entendu la preuve du ministère public, le juge n'est pas vraiment en mesure de prédire l'issue du procès.

J'arrive donc à la conclusion que le juge Major n'a imposé au juge du procès qu'une simple obligation de déterminer s'il existe, dans les circonstances particulières de l'affaire, un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. Compte tenu des éléments de preuve qui m'ont été présentés, je ne peux que conclure à l'existence d'un tel risque en l'espèce.

Avec égards, j'estime que le juge Dambrot a tiré une conclusion erronée sur ce point. Le test de l'arrêt *McClure* avait pour but de passer au crible les demandes d'accès à des communications avocat-client et de n'accorder un tel accès que dans les cas où l'accusé a établi qu'il ne dispose d'aucun autre moyen de défense et que les communications demandées auraient une incidence positive sur la

acknowledged in *McClure*, the solicitor-client privilege is fundamental to Canada's justice system and will yield only in rare circumstances.

In every trial based on circumstantial evidence alone, there exists a "genuine danger of wrongful conviction". Based on Dambrot J.'s interpretation, the Crown's reliance on circumstantial evidence would thereby trigger the opportunity for the accused to infringe a third party's solicitor-client privilege. Obviously, this runs counter to the nature of the threshold test. The test stipulates that privilege should only be violated where the accused cannot raise a reasonable doubt in any other way. However, in a case based entirely on circumstantial evidence, it is more likely that the defence will be able to raise a reasonable doubt, and the risk of conviction will typically be less than in cases where there is direct evidence linking the accused to the crime. It would be illogical to weaken the threshold test in cases where the likelihood of conviction is weakest.

With respect, Dambrot J. erred in his application of the threshold test to the facts of this case. Although it is too early to decide the issue, I note that it may be possible for Brown to raise a reasonable doubt as to his guilt by other means. As indicated, absent the testimony of the jailhouse informant, the case against him is based primarily on circumstantial evidence. The evidence suggesting that Brown may have murdered Baksh is: (a) his statement that he had bought drugs from Baksh three times that evening and wanted to reclaim a mountain bike from him; (b) witness accounts that Brown had Baksh's pager number written on a napkin; (c) the napkin itself; and (d) a videotape of Brown entering his own apartment shortly after the murder. No witness saw Brown kill or even threaten Baksh, and neither Brown nor any of his possessions was found to have Baksh's blood on them. With only this evidence, it is speculative

solidité de la preuve de la défense. Comme il a été reconnu dans *McClure*, le secret professionnel de l'avocat est un principe fondamental du système de justice canadien qui ne cède le pas que dans de rares circonstances.

Dans tout procès fondé uniquement sur une preuve circonstancielle, il existe un [TRADUCTION] « risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée ». Selon l'interprétation du juge Dambrot, le fait que la preuve du ministère public se fonde sur des éléments de preuve circonstancielle permettrait donc à l'accusé d'écarter le secret professionnel de l'avocat existant en faveur d'un tiers. Manifestement, cette interprétation va à l'encontre de la nature même du critère préliminaire. Selon ce critère, le privilège ne devrait être levé que si l'accusé est incapable de susciter un doute raisonnable de quelque autre façon. Or, dans les affaires où la preuve du ministère public repose entièrement sur des éléments de preuve circonstancielle, l'accusé a plus de chances de réussir à susciter un doute raisonnable, et le risque d'être déclaré coupable est généralement moins élevé que dans les affaires où une preuve directe lie l'accusé au crime. Il ne serait pas logique d'affaiblir le critère préliminaire dans les affaires où le risque d'être déclaré coupable est moindre.

En toute déférence, j'estime que le juge Dambrot a commis une erreur en appliquant le critère préliminaire aux faits de l'espèce. Bien qu'il soit encore trop tôt pour trancher la question, je souligne qu'il se pourrait que Brown réussisse à susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité par d'autres moyens. Comme nous l'avons vu, sans le témoignage de l'indicateur incarcéré, la preuve présentée contre lui est uniquement circonstancielle. Les éléments de preuve qui donnent à penser que Brown pourrait avoir tué Baksh sont les suivants : a) sa propre déclaration qu'il avait acheté de la drogue à Baksh à trois reprises ce soir-là et qu'il voulait lui réclamer un vélo de montagne; b) les déclarations de témoins selon lesquelles Brown avait une serviette de table, sur laquelle était écrit le numéro de téléavertisseur de Baksh; c) la serviette de table elle-même; et d) une bande-vidéo montrant Brown entrant dans son immeuble d'habitation peu de temps après le

48

49

that the Crown could prove its case against Brown beyond a reasonable doubt.

50

The only other evidence that may implicate Brown is that of the jailhouse informant who allegedly overheard Brown confessing to another inmate. To date, the In-Custody Informer Committee of the Attorney General's office has not made a ruling as to whether the informant will be called to give evidence. The Committee is waiting for a decision on the *McClure* application before it makes its final decision on the informant's testimony. This is an error. The Crown should decide early whether the informant's testimony will be introduced, and should not wait for a determination on the *McClure* application. The informant's testimony affects the strength of the Crown's case, and is important to the trial judge's assessment of whether the accused is able to raise a reasonable doubt. It may be that the informant's testimony will sufficiently strengthen the Crown's case to obtain a guilty verdict from a jury. However, I need not explain the pitfalls of relying on the testimony of a jailhouse informant who allegedly overheard a murder confession. See *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11. A jury may well find such testimony suspect. At any rate, as there has yet been no decision to call the informant to testify, it would be premature to conclude that Brown will be unable to raise a reasonable doubt without invading Benson's solicitor-client privilege.

51

The learned motions judge's premature decision highlights the problems that may arise with respect to the timing of a *McClure* application. Although the trial judge has discretion in every case as to when to hear the *McClure* application, it may be helpful to develop some guidance on this issue

meurtre. Personne n'a vu Brown tuer ou même menacer Baksh, et aucune trace du sang de Baksh n'a été trouvée sur Brown ni sur les objets lui appartenant. C'est seulement conjecture que de présumer que le ministère public réussirait, sur la foi de ces seuls éléments de preuve, à établir sa preuve contre Brown hors de tout doute raisonnable.

Le seul autre élément de preuve pouvant compromettre Brown réside dans la déclaration de l'indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu Brown confesser son crime à un autre détenu. Le comité des dénonciateurs sous garde, du bureau du procureur général, n'a pas encore rendu sa décision sur la question de savoir si l'indicateur sera appelé à témoigner. Le comité attend une décision sur la demande de type *McClure* avant de se prononcer définitivement sur le témoignage de l'indicateur. Il s'agit là d'une erreur. Le ministère public devrait se prononcer rapidement sur cette question et ne devrait pas attendre qu'une décision soit rendue à propos de la demande de type *McClure*. Le témoignage de l'indicateur a une incidence sur la solidité de la preuve du ministère public, et le juge du procès en a besoin pour déterminer si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable. Il se pourrait que le témoignage de l'indicateur renforce suffisamment la preuve du ministère public pour donner lieu à une déclaration de culpabilité de la part d'un jury. Cela dit, je n'ai pas besoin de signaler les écueils d'une preuve fondée sur le témoignage d'un indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu un aveu de meurtre. Voir *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11. Un jury pourrait bien conclure qu'un tel témoignage est douteux. Quoi qu'il en soit, puisqu'il n'a pas encore été décidé si l'indicateur sera appelé à témoigner, il serait prématuré de conclure que Brown sera incapable de susciter un doute raisonnable sans que soit levé le secret professionnel de l'avocat de Benson.

La décision prématurée du juge des requêtes met en lumière les questions qui peuvent être soulevées relativement au moment d'une demande de type *McClure*. Bien que le juge du procès ait, dans chaque affaire, le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il entendra la demande de type

to avoid premature *McClure* applications and/or orders.

(2) Timing of *McClure* Application

In the usual case, it would be preferable to delay the *McClure* application until the end of the Crown's case. This will better permit the trial judge to assess the strength of the Crown's case against the accused, and to determine whether the accused's innocence is, in fact, at stake. If the Crown has failed to prove its case beyond a reasonable doubt, then there will be no need to allow the *McClure* application and invade a third party's solicitor-client privilege. This will prevent the privilege from being unnecessarily violated.

This decision will be easier for a judge sitting without a jury. However, a judge sitting with a jury need not be concerned, as was Dambrot J., that his or her determination of whether the accused can raise a reasonable doubt will usurp the jury's function. The judge's decision at this stage requires an assessment of the case at that point, not a determination of it.

If the trial judge believes that the Crown has made a strong case in chief, but that the defence may be able to raise a reasonable doubt through its evidence, she may again decide to deny or postpone the *McClure* application. However, there is nothing to prevent the defence from renewing its *McClure* application during its side of the case in the belief that it will not otherwise be able to raise a reasonable doubt. Having heard a greater portion of the evidence, the trial judge will be better able to assess whether the accused's innocence is at stake. In any event, the *McClure* application is not a "one shot" affair. Although defence counsel should not abuse the process, they may bring *McClure* applications at different times in the trial if they believe that the accused's innocence is at stake. I stress again that the trial judge should only allow the *McClure* application if and when she is of the view that the accused will be unable to raise a reasonable doubt without the evidence protected by the privilege. If there is or may be some evidence upon which a reasonable

McClure, il peut se révéler utile d'élaborer quelques directives sur cette question afin d'éviter les demandes ou les ordonnances prématurées.

(2) Le moment de la demande de type *McClure*

En temps normal, il serait préférable de reporter l'audition de la demande de type *McClure* à la fin de la présentation de la preuve du ministère public. Le juge du procès sera alors mieux placé pour évaluer la solidité de la preuve du ministère public et pour déterminer si l'innocence de l'accusé est effectivement en jeu. Si le ministère public n'a pas réussi à établir sa preuve hors de tout doute raisonnable, il n'y a alors plus lieu de faire droit à la demande de type *McClure* et de lever le secret professionnel de l'avocat d'un tiers. On évite ainsi d'écarter le privilège inutilement.

Cette décision est plus facile à prendre en l'absence d'un jury. Cependant, le juge siégeant avec jury n'a pas à s'inquiéter, comme l'a fait le juge Dambrot, que sa détermination de la question de savoir si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable empiète sur les fonctions du jury. La décision du juge, à ce stade, nécessite une évaluation, et non une détermination, de la preuve.

Si le juge du procès est d'avis que le ministère public a présenté une preuve solide, mais que la défense pourrait réussir à susciter un doute raisonnable en présentant sa preuve, il peut encore décider de refuser la demande de type *McClure* ou d'en reporter l'audition. Cependant, rien n'empêche la défense de présenter une nouvelle demande de type *McClure* au moment de présenter sa preuve si elle croit être incapable de susciter un doute raisonnable autrement. Après avoir entendu une plus grande partie de la preuve, le juge du procès sera plus en mesure d'évaluer si l'innocence de l'accusé est en jeu. De toute manière, la demande de type *McClure* peut être présentée plus d'une fois. Bien que les avocats de la défense ne doivent pas abuser du processus, ils peuvent présenter des demandes de type *McClure* à différents moments du procès s'ils estiment que l'innocence de l'accusé est en jeu. J'insiste sur le fait que le juge du procès ne devrait faire droit à une demande de type *McClure* que s'il est d'avis que l'accusé sera incapable de susciter un

52

53

54

jury, properly instructed, could acquit, the *McClure* application should be denied or postponed.

doute raisonnable sans la preuve protégée par le privilège. S'il existe, réellement ou probablement, une preuve qui puisse permettre à un jury raisonnable, ayant reçu de bonnes directives, de prononcer l'acquiescement, la demande de type *McClure* doit être rejetée ou son audition doit être reportée.

55 In some cases, this may substantiate Dambrot J.'s fears about the "orderly conduct" of cases and about "undue delay" and "disruption" for jurors. Nevertheless, this procedure is necessary if we are to carefully screen requests to invade solicitor-client privilege and ensure that they are only granted when absolutely necessary to establish at least a reasonable doubt about the guilt of the accused. The test in *McClure* was not aimed at the orderly or efficient conduct of a trial, but rather at reaching an appropriate balance between the fundamental principles of solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence. These principles are of such importance to our legal system that trial efficiency may of necessity be sacrificed from time to time.

Dans certains cas, les craintes du juge Dambrot concernant la « conduite ordonnée » des affaires, les « retards déraisonnables » et la « perturbation » des jurés peuvent donc être justifiées. Cette façon de procéder est néanmoins nécessaire si l'on veut passer au crible les demandes de levée du secret professionnel de l'avocat et s'assurer qu'elles ne sont accueillies que lorsque cela est absolument nécessaire pour au moins susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le test de l'arrêt *McClure* n'a pas pour but d'assurer la conduite ordonnée ou efficace d'un procès, mais plutôt d'établir un équilibre approprié entre les principes fondamentaux que sont le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière. Ces principes revêtent une telle importance dans notre système judiciaire que l'efficacité du procès doit nécessairement être sacrifiée de temps à autre.

56 Finally, due to the stringent nature of the test, and because the accused must establish each element on a balance of probabilities, successful *McClure* applications will be difficult and likely rare. There is potential, in some instances, that an accused may fail on a *McClure* application and ultimately be convicted of the crime. At a later time, when the accused is out of the system, i.e., exhausted his appeals, he may then learn of the contents of the third-party's solicitor-client communication, and discover that it may have allowed him to raise a reasonable doubt. This raises a concern that a failed *McClure* application may precede a wrongful conviction.

Enfin, en raison du caractère rigoureux du test et parce que l'accusé doit établir chaque élément selon la prépondérance de la preuve, il sera difficile et sans doute rare d'avoir gain de cause dans les demandes de type *McClure*. Il pourra arriver, dans certains cas, que la demande de type *McClure* d'un accusé soit rejetée et que celui-ci soit ultimement déclaré coupable du crime. Plus tard, lorsque l'affaire est sortie du système, c.-à-d. lorsque les voies d'appel sont épuisées, il se peut que l'accusé découvre le contenu de la communication avocat-client du tiers et se rende compte qu'elle aurait pu lui permettre de susciter un doute raisonnable. Cela nourrit la crainte que le rejet d'une demande de type *McClure* puisse précéder une déclaration de culpabilité injustifiée.

57 Such wrongful convictions ought to be addressed through the traditional procedure of appealing to royal prerogative, as codified in s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. They do not justify a relaxation of the *McClure* test. The test has

De telles déclarations de culpabilité injustifiées doivent être considérées dans le cadre de la procédure traditionnelle de l'appel à la prérogative royale, codifiée dans l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elles ne justifient pas un

been designed to balance solicitor-client privilege against the right to make full answer and defence. The invasion of solicitor-client privilege should be rare, and the burden of proof rests with the accused. On occasion, the process may lead to a decision that, upon obtaining complete knowledge of the facts, appears to have disadvantaged the accused. Nevertheless, it is for the accused to convince the court that the solicitor-client communications ought to be disclosed, and that burden cannot be altered simply because one gains the benefit of hindsight.

(3) The Innocence at Stake Test

- (a) *Stage #1: Is there an evidentiary basis for the belief that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt as to the accused's guilt?*

This stage of the innocence at stake test requires the accused to provide some evidentiary basis for his belief that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt. In this case, Dambrot J. found that such an evidentiary basis existed. Although he concluded that Donna Robertson's testimony may not be admissible to prove the truth of Benson's confession, Dambrot J. found that it was reliable insofar as it indicates that Benson did, in fact, make the statements to her. In addition, Robertson had provided to police the business card on which Benson's solicitors wrote their instructions purporting to invoke the right to silence. Thus, I agree with Dambrot J. that there was a sufficient evidentiary basis to find that some solicitor-client communications exist.

Further, I agree with Dambrot J.'s conclusion that the solicitor-client communications, if they exist, are capable of raising a reasonable doubt as to Brown's guilt. A confession by a third party, if sufficiently credible, is capable of raising a reasonable doubt. Therefore, although Dambrot J. allowed the

assouplissement du test de l'arrêt *McClure*. Le test a été conçu pour établir un juste équilibre entre le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière. La levée de ce privilège devrait être rare, et le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il peut arriver, à l'occasion, que la procédure se solde par une décision qui, lorsque l'on prend connaissance de tous les faits, paraît avoir désavantagé l'accusé. Il appartient néanmoins à l'accusé de convaincre le tribunal que les communications avocat-client doivent être divulguées, et ce fardeau ne peut être allégé simplement sur la foi d'une sagesse en rétrospective.

(3) Le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé

- a) *Première étape : Y a-t-il des éléments de preuve permettant de croire qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé?*

Cette étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé impose à celui-ci de fournir des éléments de preuve l'ayant amené à croire qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. En l'espèce, le juge Dambrot a conclu à l'existence de tels éléments de preuve. Même s'il a conclu que le témoignage de Donna Robertson pouvait ne pas être admissible comme preuve de la vérité de l'aveu de Benson, le juge Dambrot a estimé qu'il s'agissait d'un témoignage fiable en ce sens qu'il indiquait que Benson lui avait réellement fait les déclarations. De plus, Robertson a fourni à la police la carte de visite sur laquelle les avocats de Benson avaient écrit leurs instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence. Je partage donc l'avis du juge Dambrot qu'il y avait des éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence de communications avocat-client.

Par ailleurs, je souscris à la conclusion du juge Dambrot selon laquelle les communications avocat-client peuvent, si elles existent, susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. L'aveu d'un tiers, s'il est suffisamment crédible, peut susciter un doute raisonnable. Par conséquent, même

McClure application prematurely, and should not have proceeded past the threshold issue, I believe that he applied the first stage of the innocence at stake test correctly.

- (b) *Can a judge require amplification of the record between stages #1 and #2 of the innocence at stake test?*

60

Having ordered that the communications be produced to him for review, Dambrot J. expressed the view ([2001] O.J. No. 3409 (QL), at para. 2) that he would be unable to rule on stage #2 of the *McClure* application without hearing from counsel “who made the notations in the files, who could interpret or expand upon the communications in their files as necessary” to make the determination. Although he eventually concluded that such amplification of the record would be unnecessary in this case, Dambrot J. made some general comments on the issue that require clarification in order to provide guidance in future cases.

61

Dambrot J. reflected on the need to amplify the record based on the underlying scope and purpose of *McClure* applications (at paras. 4-5):

The underlying purpose of having witnesses amplify the record on the second stage of a *McClure* application would be to flesh out the details of the communication that was determined on stage one to be capable of raising a reasonable doubt as to the guilt of the accused beyond what has been recorded in the file. Whether or not the calling of witnesses for this purpose is available depends on the scope of the procedure developed in *McClure*. Is it a generally available procedure for determining whether or not solicitor-client privilege should yield to full answer and defence, or is it a procedure specifically designed for and limited to cases where information is sought from a solicitor-client file? Insofar as *McClure* deals with the nature of solicitor-client privilege, and the circumstances in which it must yield to full answer and defence, it is obviously of general application. But insofar as it creates a two-stage procedure with intermediate and final tests, I have concluded that the procedure is intended to deal exclusively with claims for production from a solicitor's file. To the extent that the calling of witnesses is permitted on stage two, those witnesses cannot be asked to

si le juge Dambrot a accueilli la demande de type *McClure* prématurément et qu'il n'aurait pas dû franchir l'étape du critère préliminaire, je crois qu'il a correctement appliqué la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé.

- (b) *Le juge peut-il imposer l'amplification du dossier entre les première et seconde étapes du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé?*

Ayant ordonné la production des communications pour qu'il les examine, le juge Dambrot a fait savoir ([2001] O.J. No. 3409 (QL), par. 2) qu'il ne pourrait se prononcer sur la seconde étape de la demande de type *McClure* sans avoir entendu les avocats [TRADUCTION] « qui ont inscrit les notes dans les dossiers, qui peuvent, au besoin, donner une interprétation ou des précisions concernant les communications dans leurs dossiers ». Même s'il a finalement conclu qu'une telle amplification du dossier ne serait pas nécessaire en l'espèce, le juge Dambrot a fait sur la question des commentaires généraux qu'il faut éclaircir au bénéfice des affaires à venir.

Le juge Dambrot a examiné la nécessité d'amplifier le dossier en tenant compte de la portée et de l'objet sous-jacents des demandes de type *McClure* (aux par. 4-5) :

[TRADUCTION] Le but fondamental de faire amplifier le dossier par les témoins à la seconde étape d'une demande de type *McClure* serait d'apporter d'autres précisions concernant la communication qu'on a jugée, à la première étape, plus susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé que celles figurant au dossier. La possibilité d'assigner des témoins à cette fin dépend de la portée de la procédure élaborée dans *McClure*. S'agit-il d'une procédure générale pour déterminer si le secret professionnel de l'avocat devrait céder le pas à la défense pleine et entière, ou s'agit-il d'une procédure spécialement conçue pour les cas où l'on cherche à obtenir des renseignements contenus dans un dossier protégé par le secret professionnel d'un avocat, et limitée à ces cas? Dans la mesure où l'arrêt *McClure* traite de la nature du secret professionnel de l'avocat et des circonstances dans lesquelles le secret professionnel doit céder le pas à la défense pleine et entière, son application est manifestement générale. Mais dans la mesure où il crée une procédure à deux étapes — critère intermédiaire et critère final —, je conclus que la procédure

divulge the details of privileged communications that do not appear in the file. There is no basis for the court to order production to the accused of testimony concerning a privileged communication taken in a court compelled *in camera* hearing as part of a *McClure* application. It follows that there is no basis for the court to conduct an investigation on behalf of the accused and compel the taking of such evidence in the first place.

. . . the accused has no entitlement to a discovery process at the commencement of trial directed towards the disclosure of the privileged communication any more than he or she is entitled to discovery of any other reluctant or uncooperative witness. [Emphasis added.]

I agree with Dambrot J.'s assessment that a *McClure* application should not be used as a discovery process to allow the defence or the trial judge to interrogate the solicitor. However, I disagree with his view that the disclosure should be strictly limited to written communications contained in the file. The decision in *McClure* speaks of solicitor-client communications, and there is no reason to make a distinction between written and oral communications. Indeed, such a distinction would be arbitrary, in that it would unfairly restrict disclosure in cases where counsel take notes sparingly, make cryptic comments, or even write illegibly. It may also have the unfortunate effect of discouraging counsel from making notes.

Restricting the *McClure* application to written documents contained in the file would undermine the rationale for that application. *McClure* was intended to provide a last resort to accused individuals whose innocence is at stake, and who otherwise face the possibility of wrongful conviction. This threat of wrongful conviction is considered sufficient to require the infringement of solicitor-client privilege in cases where there is no other way to raise a reasonable doubt. The rationale for breaching privilege with respect to written materials is equally applicable to oral communications.

concerne exclusivement les demandes de communication du dossier de l'avocat. Dans la mesure où il est permis d'assigner des témoins à la seconde étape, on ne peut exiger d'eux qu'ils divulguent les détails de communications protégées qui ne figurent pas dans le dossier. Rien ne justifie que le tribunal ordonne en faveur de l'accusé la production d'un témoignage portant sur une communication protégée et obtenu d'un témoin contraint de déposer lors d'une audience à huis clos dans le cadre d'une demande de type *McClure*. Rien ne justifie donc que le tribunal procède à une enquête pour le compte de l'accusé et qu'il contraigne les témoins à de telles dépositions.

. . . l'accusé n'a aucun droit, à l'ouverture du procès, à une communication préalable qui viserait la divulgation de communications protégées, pas plus qu'il n'a droit à l'interrogatoire préalable de tout autre témoin réticent ou peu coopératif. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Dambrot que les demandes de type *McClure* ne devraient pas être utilisées comme mécanisme de communication préalable permettant à la défense ou au juge du procès d'interroger l'avocat. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que la divulgation devrait être strictement limitée aux communications écrites contenues au dossier. L'arrêt *McClure* parle des communications entre un avocat et son client, et il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les communications écrites et les communications orales. En fait, une telle distinction serait arbitraire en ce sens qu'elle restreindrait injustement la divulgation dans les cas où les avocats prennent des notes succinctes, font des commentaires sibyllins ou même écrivent de manière illisible. Elle peut également avoir la fâcheuse conséquence de dissuader les avocats de prendre des notes.

Restreindre la demande de type *McClure* aux écrits contenus dans le dossier irait à l'encontre de la raison d'être de cette demande. *McClure* vise à fournir un dernier recours aux personnes inculpées dont l'innocence est en jeu et qui, sans ce recours, risquent de se voir injustement déclarées coupables. La menace d'une déclaration de culpabilité injustifiée est considérée comme suffisante pour justifier la levée du secret professionnel dans les cas où il n'existe aucune autre possibilité de susciter un doute raisonnable. La raison d'être de la levée du privilège sur les écrits s'applique aussi bien aux

62

63

An accused should not face the likelihood of wrongful conviction simply because a third party's solicitor-client communications were not committed to paper.

communications orales. Un accusé ne devrait pas être exposé à la possibilité d'être injustement déclaré coupable simplement parce que les communications d'un tiers protégées par le secret professionnel de l'avocat n'ont pas été consignées par écrit.

64 That being said, I am mindful of the danger that requiring counsel to testify about the privileged communications may render the *McClure* application a fishing expedition akin to a discovery process. To avoid that, the amplification of the record should consist of an affidavit for the benefit of the trial judge. Its use at this stage is to assist the trial judge, not to provide additional or better evidence to the accused.

Cela dit, je suis conscient du fait que l'obligation faite à l'avocat de témoigner au sujet des communications protégées risque de transformer la demande de type *McClure* en recherche à l'aveuglette s'apparentant à un interrogatoire préalable. Pour éviter ce problème, l'amplification du dossier devrait se faire au moyen d'un affidavit destiné au juge du procès. L'affidavit à cette étape servirait à aider le juge du procès et non à fournir à l'accusé des éléments de preuve supplémentaires ou plus probants.

65 When a judge orders a lawyer to produce his or her files relating to certain client communications, the judge, for his eyes only at this stage, may also request the lawyer to supply an affidavit stating either that the information contained in the files is a complete record of the communications in question or containing all other information necessary to complete the record. The judge will then be in a position to review the solicitor-client communications and to determine whether any part of the communications is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

Lorsqu'il ordonne à un avocat de communiquer les dossiers qui se rapportent à certaines communications avec ses clients, le juge peut également lui demander de fournir, pour son examen exclusif à cette étape, un affidavit indiquant que les renseignements contenus dans les dossiers représentent l'intégralité des communications en cause, ou comprenant tous les autres renseignements nécessaires pour compléter le dossier. Le juge sera alors mieux placé pour examiner les communications entre l'avocat et son client et pour déterminer si quelque partie de ces communications suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

(c) *Stage #2: Is there a communication in the file that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused?*

c) *Seconde étape : Y a-t-il une communication au dossier qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé?*

66 In light of the fact that Dambrot J.'s ruling on the *McClure* application was premature, it is not necessary to decide whether a communication exists in the solicitors' files that is likely to raise a reasonable doubt as to Brown's guilt. Nevertheless, a general comment on Dambrot J.'s decision on this issue may prevent confusion in the future.

Vu le caractère prématuré de la décision du juge Dambrot à l'égard de la demande de type *McClure*, il n'est pas nécessaire de décider s'il existe dans les dossiers des avocats une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. Néanmoins, un commentaire général concernant la décision du juge Dambrot sur cette question peut permettre d'éviter qu'il y ait confusion dans l'avenir.

67 When ordering particular items from the solicitors' files to be disclosed, Dambrot J. noted that they included "brief notations that are meaningless on

En ordonnant la divulgation d'éléments précis dans les dossiers des avocats, le juge Dambrot a fait observer qu'ils comprenaient [TRADUCTION]

their own, but highly significant when viewed in the context of the other evidence led on the *voir dire*” (para. 7). Counsel for Benson had argued that the items were not likely to raise a reasonable doubt, and placed the accused no further ahead than with the information that was already available to him. To this submission, Dambrot J. responded (at para. 8):

While this argument certainly has some force, it ignores the significance of the source of the information, coming as it does from solicitors’ files, and the potential cumulative effect of evidence coming from multiple sources. Viewed in this light, I consider the information to be far from marginal.

This, with respect, is an erroneous interpretation of *McClure*. The ability to infringe solicitor-client privilege must be limited to cases where the accused’s innocence is at stake, and where there is no other way to raise a reasonable doubt. Its purpose is not, as Dambrot J. may appear to suggest, to strengthen the evidence the accused has already tendered by imbuing it with the high degree of credibility we assume there to be in a privileged communication. He was in error in ordering production of the files on the basis that it would have a “cumulative effect”.

Cumulative effect might be a basis for allowing access to solicitor-client communications where the other evidence would not, in the absence of those solicitor-client communications, be able to raise a reasonable doubt. That is, cumulative effect should only be considered where, given their context, the solicitor-client communications help to make sense of the other evidence and thereby raise a reasonable doubt. A court may not allow these privileged communications to be admitted to breathe credibility into other evidence; it may do so only in order to breathe meaning into otherwise sterile facts.

Moreover, Dambrot J.’s comments are contrary to the principles of the threshold test set out in *McClure*, namely, that the information sought by

« des inscriptions brèves qui sont vides de sens en elles-mêmes, mais qui sont très significatives lorsqu’on les examine dans le contexte des autres éléments de preuve présentés lors du voir-dire » (par. 7). L’avocat de Benson avait soutenu que les éléments ne susciteraient probablement pas un doute raisonnable et qu’ils n’apportaient rien de plus à l’accusé que les renseignements dont il disposait déjà. Voici la réponse du juge Dambrot à cet argument (au par. 8) :

[TRADUCTION] Bien que cet argument ait assurément un certain poids, il ne tient pas compte de l’importance que revêt la source des renseignements, surtout lorsqu’ils proviennent des dossiers des avocats, comme en l’espèce, et de l’effet cumulatif possible des éléments de preuve provenant de sources multiples. Dans cette perspective, je considère que les renseignements sont loin d’être incidents.

À mon avis, cette interprétation de *McClure* est erronée. La levée du secret professionnel de l’avocat doit se limiter aux affaires dans lesquelles l’innocence de l’accusé est en jeu et dans lesquelles il n’existe aucun autre moyen de susciter un doute raisonnable. Elle ne vise pas, comme le juge Dambrot semble le dire, à renforcer la preuve que l’accusé a déjà produite, en l’imprégnant du plus grand degré de crédibilité que nous associons aux communications protégées. Il a commis une erreur en ordonnant la production des dossiers au motif que cela aurait un « effet cumulatif ».

L’effet cumulatif peut justifier l’autorisation de l’accès aux communications avocat-client lorsque les autres éléments de preuve ne permettent pas, sans ces communications, de susciter un doute raisonnable. Autrement dit, l’effet cumulatif ne devrait être considéré que dans les cas où, vu leur contexte, les communications avocat-client aident à comprendre les autres éléments de preuve et suscitent par le fait même un doute raisonnable. Un tribunal ne peut pas admettre les communications protégées pour insuffler de la crédibilité à d’autres éléments de preuve. Il ne peut le faire que pour donner un sens à des faits autrement stériles.

En outre, les commentaires du juge Dambrot vont à l’encontre des principes à la base du critère préliminaire énoncé dans *McClure*, à savoir que les

68

69

70

the accused “is not available from any other source” (para. 48 (emphasis added)). This requirement precludes any production order based on the accused’s enhanced ability to raise evidence from “multiple sources”. In addition, the words “any other source” simply refer to a source of admissible evidence, and are not qualified by the reliability of the source or the quality of his or her evidence.

renseignements que l’accusé cherche à obtenir « ne peuvent pas être obtenus ailleurs » (par. 48 (je souligne)). Cette exigence fait obstacle à toute ordonnance de production visant à accroître la capacité de l’accusé de présenter des éléments de preuve provenant de [TRADUCTION] « sources multiples ». De plus, le terme « ailleurs » renvoie simplement à une source de preuve admissible; il n’est pas tempéré par la fiabilité de la source ou la qualité de son témoignage.

71 The *McClure* application cannot be used to invade solicitor-client privilege simply because a solicitor’s file will provide evidence that is more likely to be believed than the evidence already available to the accused. The quality of the evidence is not a factor. It will likely always be the case that a solicitor’s file will be seen as a more reliable and complete source of information, due to the nature of clients’ communication to their counsel. However, it would be an unjustified affront to solicitor-client privilege to allow that frank and open manner, which is fostered by the confidential nature of the solicitor-client relationship, to become the basis for invading privilege. The very essence of the privilege would then become its own undoing.

La demande de type *McClure* ne peut être utilisée pour obtenir la levée du secret professionnel simplement parce que le dossier de l’avocat fournira des éléments de preuve probablement plus crédibles que ceux dont l’accusé dispose déjà. La qualité de la preuve n’est pas un facteur. Le dossier d’un avocat sera probablement toujours perçu comme une source de renseignements plus fiable et plus complète, en raison de la nature de la communication qu’il reçoit de son client. Toutefois, ce serait un affront injustifié au secret professionnel de l’avocat que de permettre que la franchise et l’ouverture auxquelles se prête la nature confidentielle des rapports entre l’avocat et son client servent d’assise à la levée du secret. L’essence même du privilège contribuerait à l’écartier.

72 To reiterate, the disclosure of communications under stage #2 of *McClure* can only be ordered where the solicitor’s file is the only way for the accused to raise a reasonable doubt as to his guilt. It cannot be ordered to bolster or corroborate evidence that is already available to the accused. Further, the trial judge should be satisfied that the communication sought to be entered is not otherwise inadmissible, such as being the expression of an opinion rather than a statement of fact. Other examples come to mind, but it should be left to the trial judge in the appropriate case to deal with them.

Pour récapituler, il est possible d’ordonner la divulgation des communications selon la seconde étape du test de l’arrêt *McClure* uniquement lorsque le dossier de l’avocat est le seul moyen pour l’accusé de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. On ne peut l’ordonner pour renforcer ou corroborer la preuve dont dispose déjà l’accusé. De plus, le juge du procès doit être convaincu que la communication que l’on cherche à introduire n’est pas par ailleurs inadmissible, par exemple du fait qu’il s’agit davantage de l’expression d’une opinion que de l’énoncé d’un fait. D’autres exemples viennent à l’esprit, mais il faut laisser au juge du procès, dans l’affaire en cause, le soin d’en traiter.

(d) *Scope of Disclosure*

d) *Étendue de la divulgation*

73 Once a trial judge has decided to allow a *McClure* application and order disclosure of certain privileged communications, the scope of that disclosure remains to be decided. This issue was not discussed

Une fois que le juge du procès a décidé d’accueillir une demande de type *McClure* et d’ordonner la divulgation de certaines communications protégées, il reste à déterminer l’étendue de la

in *McClure*, as the application for disclosure in that case was denied. However, it was argued extensively before us in the present appeal, and some guidance might help. Ultimately, the manner and scope of disclosure will fall within the discretion of the trial judge.

Two issues ought to be addressed regarding the scope of disclosure. The first is to identify which communications ought to be disclosed. As discussed previously in the context of amplifying the record, the trial judge should achieve a balance by allowing access to solicitor-client communications only to the extent necessary to allow the accused to raise a reasonable doubt. The process should be similar to that outlined by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 163, for the production of medical and therapeutic records in the hands of third parties, particularly in sexual assault cases.

In that vein, where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective: *Dagenais*, *supra*. The court should not release classes of records, but rather should inspect each individual record for materiality. Records that are to be produced should be vetted with a view to protecting the witness's privacy, while nonetheless maintaining sufficient detail to make the contents meaningful to the reader. The judge may, in certain cases, wish to hear submissions on whether the vetting of the records should be assisted by counsel for the complainant, for the guardian of the records, or for the Crown. It will generally be appropriate, moreover, to review the records *in camera*, and to keep the records sealed and in the custody of the registrar. . . . These procedures are part and parcel of the process of ensuring that privacy rights are minimally impaired while nonetheless furthering the objective of guaranteeing the accused full answer and defence and a fair trial.

As can be seen, L'Heureux-Dubé J. was careful to limit production to only those records necessary to provide the accused with a fair trial. Her instructions were later echoed in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, which were enacted in response to

divulgarion. Cette question n'a pas été examinée dans *McClure* puisque la demande de divulgation y a été rejetée. Toutefois, la question a longuement été débattue dans le présent pourvoi et quelques indications peuvent être utiles. En définitive, la méthode et l'étendue de la divulgation relèveront du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

Il y a deux questions à étudier relativement à l'étendue de la divulgation. La première concerne les communications à divulguer. Comme nous l'avons vu précédemment dans le contexte de l'amplification du dossier, le juge du procès devrait établir une pondération en autorisant l'accès aux communications avocat-client uniquement dans la mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable. Le processus devrait ressembler à celui que le juge L'Heureux-Dubé a énoncé dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 163, à l'égard de la production des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques en la possession de tiers, particulièrement dans les affaires d'agression sexuelle.

Dans cette veine, lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif : *Dagenais*, précité. Le tribunal ne devrait pas communiquer des catégories de dossiers, mais il devrait plutôt examiner chaque dossier pour savoir s'il est substantiel. Les dossiers à produire devraient être édités dans le but de protéger la vie privée du témoin, tout en conservant suffisamment de détails pour que le contenu ait une signification pour le lecteur. Le juge peut, dans certains cas, vouloir entendre les parties sur la question de savoir si, pour l'édition des dossiers, il devrait se faire aider par le procureur de la plaignante, par celui du gardien des dossiers ou par le substitut du procureur général. En outre, il conviendra généralement d'examiner les dossiers à huis-clos, de les garder sous scellés et de les confier à la garde du greffier. [. . .] Ces procédures font partie intégrante du processus visant à minimiser le plus possible l'atteinte au droit à la vie privée tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière et un procès équitable.

On le voit, le juge L'Heureux-Dubé a veillé à limiter la production aux seuls dossiers nécessaires pour assurer à l'accusé un procès équitable. Ses instructions ont été codifiées ultérieurement dans les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, édictés à la

the decision in *O'Connor*. Specifically, s. 278.7(3) allows a judge ordering production of a record to “impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness”, to edit the record, and to sever certain personal information from the record.

suite de l'arrêt *O'Connor*. Plus particulièrement, le par. 278.7(3) autorise le juge qui rend une ordonnance de communication d'un dossier à l'assortir des « conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin », à réviser le dossier et à en supprimer certains renseignements personnels.

76 Similar instructions were provided in respect of the disclosure of solicitor-client communications in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455. At para. 86, Cory J. explained the strict limitations on disclosure in cases involving the public safety exception to solicitor-client privilege:

Des instructions similaires ont été fournies relativement à la divulgation des communications avocat-client dans *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455. Au paragraphe 86, le juge Cory a expliqué pourquoi la divulgation est strictement limitée dans les affaires mettant en cause l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat relative à la sécurité publique :

The disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible. The judge setting aside the solicitor-client privilege should strive to strictly limit disclosure to those aspects of the report or document which indicate that there is an imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group. . . . The requirement that the disclosure be limited must be emphasized. For example, if a report contained references to criminal behaviour that did not have an imminent risk of serious bodily harm but disclosed, for example, the commission of crimes of fraud, counterfeiting or the sale of stolen goods, those references would necessarily be deleted.

La divulgation des communications protégées par le privilège doit en général être aussi limitée que possible. Le juge qui écarte le secret professionnel de l'avocat doit s'efforcer de limiter strictement la divulgation aux aspects du rapport ou du document qui révèlent le danger imminent de blessures graves ou de mort auquel est exposé une personne ou un groupe identifiable. [. . .] Il convient d'insister sur la nécessité de limiter la divulgation. Par exemple, si le rapport fait référence à une conduite criminelle qui n'expose personne à un danger imminent de blessures graves mais révèle, disons, la commission d'une fraude, d'une contrefaçon ou la vente de biens volés, il serait nécessaire de supprimer ces passages.

77 The same guiding principles must apply in the case of *McClure* orders. The judge should order production of only those communications that are necessary to allow an accused, whose innocence is otherwise at stake, to raise a reasonable doubt as to his guilt. A thoughtful and close examination of the communications is required to serve the public interest in avoiding wrongful conviction, while at the same time protecting solicitor-client privilege to the greatest extent possible. For example, if the communications refer to other crimes committed by the privilege holder, those references ought to be omitted. Further, care should be taken to ensure that third parties who are named in the privileged communications have their identities protected. In short, any portions of the communications that are

Les mêmes principes directeurs doivent s'appliquer dans le cas des ordonnances de type *McClure*. Le juge devrait ordonner uniquement la production des communications nécessaires pour permettre à l'accusé, dont l'innocence est en jeu, de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Un examen raisonné et attentif est nécessaire pour servir l'intérêt public, qui est d'éviter une déclaration de culpabilité injustifiée, tout en protégeant le secret professionnel de l'avocat dans toute la mesure possible. Par exemple, si les communications renvoient à d'autres crimes commis par le détenteur du secret professionnel, il y a lieu d'omettre ces mentions. En outre, il faudra veiller à protéger l'identité des tiers nommés dans les communications protégées. Bref, toute partie des communications qui n'est

not necessary to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused should not be disclosed under the *McClure* application.

The second issue to be determined regarding the scope of disclosure is who should be entitled to disclosure of the privileged communications. The Attorney General of Ontario has submitted that any disclosure made to Brown ought also be made to the Crown. This argument rests on the long-standing principle that the Crown's role is not to gain a conviction at all costs, but to seek the truth and present all relevant evidence to the trier of fact. The Attorney General of Ontario referred to *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24, *per* Rand J.:

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

Accordingly, the Attorney General submits that the Crown's interest in obtaining disclosure of the material is just as great as the accused's. The Crown must act in the public interest in determining whether to proceed to trial and whether there is sufficient evidence to secure a conviction. The Crown has a public duty to avoid the wrongful conviction of accused individuals. Therefore, the Attorney General submitted that any information disclosed to an accused on a *McClure* application should also be disclosed to the Crown.

pas nécessaire pour susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé ne devrait pas être divulguée dans le cadre d'une demande de type *McClure*.

La deuxième question à trancher relativement à l'étendue de la divulgation est de savoir qui devrait bénéficier de la divulgation des communications protégées. Le procureur général de l'Ontario a fait valoir que toute divulgation consentie à Brown devrait également être consentie au ministre public. Cet argument se fonde sur le principe de longue date selon lequel le ministre public n'a pas pour rôle d'obtenir à tout prix une déclaration de culpabilité, mais de rechercher la vérité et de présenter tous les éléments de preuve pertinents au juge des faits. Le procureur général de l'Ontario a cité *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24 des motifs du juge Rand :

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

Le procureur général fait donc valoir que l'intérêt du ministre public dans la divulgation des documents est aussi important que celui de l'accusé. Le ministre public doit agir dans l'intérêt public lorsqu'il détermine s'il y a lieu d'instruire et s'il y a suffisamment de preuve pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministre public a le devoir public d'empêcher que des accusés soient injustement condamnés. Le procureur général a donc plaidé que tout renseignement divulgué à un accusé dans le cadre d'une demande de type *McClure* devrait également être divulgué au ministre public.

78

79

80

While the Crown has a significant public duty in criminal cases, particularly in its pursuit of truth, I am not persuaded that this merits the participation of or disclosure to the Crown pursuant to *McClure* applications. The Crown's duty to avoid wrongful conviction is outweighed by an individual's right to speak freely with his or her lawyer secure in the knowledge of the confidential and privileged nature of those communications. Further, it can be assumed that a person who may be wrongly accused will make at least as good use of potentially exculpatory information in the hopes of avoiding wrongful conviction as would the Crown.

81

In order to balance the competing fundamental principles of solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence, solicitor-client privilege should be infringed as minimally as necessary to allow the accused to raise a reasonable doubt. It is important that the *McClure* application be used only to protect an accused whose innocence is at stake, and not to create a new method of discovery for the Crown.

82

This limited scope of disclosure in *McClure* applications is consistent with general principles of disclosure in our criminal justice system. Although the Crown in Canada is required to provide full disclosure to an accused, the accused has no reciprocal duty. This one-way disclosure obligation was discussed by Sopinka J. in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333:

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

Le ministère public a certes un devoir public important dans les affaires criminelles, particulièrement dans sa recherche de la vérité, mais je ne suis pas convaincu que ce devoir justifie la participation du ministère public ou la divulgation à celui-ci suivant une demande de type *McClure*. Le devoir du ministère public d'empêcher les déclarations de culpabilité injustifiées cède le pas au droit de parler librement à son avocat avec la certitude que ces communications sont confidentielles et protégées. De plus, on peut présumer que la personne accusée à tort fera des renseignements susceptibles de la disculper une utilisation au moins aussi judicieuse que le ministère public, dans l'espoir d'éviter une déclaration de culpabilité injustifiée.

Dans la pondération des principes fondamentaux que sont le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière, le secret professionnel devrait être levé dans la seule mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable. Il est important que le recours à la demande de type *McClure* vise uniquement à protéger un accusé dont l'innocence est en jeu et non à instaurer une nouvelle méthode de communication préalable pour le ministère public.

Cette étendue restreinte de la divulgation dans les demandes de type *McClure* est conforme aux principes généraux de divulgation de notre système de justice pénale. Même si au Canada le ministère public a l'obligation de divulguer toute sa preuve à l'accusé, ce dernier n'a aucune obligation réciproque. Le juge Sopinka a examiné cette obligation de divulgation unilatérale dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333 :

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

The Crown will not suffer any prejudice if disclosure of the material on a *McClure* application is limited to the accused. In an ordinary case, privileged communications between a third party and his or her solicitor may never come to the Crown's attention, and will be of no assistance to the Crown in deciding whether to proceed to trial. Moreover, even if the Crown became aware of a privileged communication, it could not invade privilege simply to obtain a fuller picture of all the evidence in the case, however admirable the Crown's intentions may be. If this were the case, solicitor-client privilege would be rendered practically meaningless.

In my view, the principles that apply in an ordinary criminal prosecution are not altered by a successful *McClure* application. The application provides for limited disclosure to an accused whose innocence is at stake, and who cannot raise a reasonable doubt in any other way. The disclosure is allowed for a specific, exceptional purpose. The Crown cannot "piggy back" onto this exceptional purpose to obtain disclosure of privileged material to which it would not have access in the ordinary case. This would allow the Crown to invade solicitor-client privilege without meeting the rigorous requirements set out in *McClure*.

To avoid this result, the material produced to the accused pursuant to a *McClure* application should be subject to the normal disclosure provisions of a criminal trial. If the accused decides not to raise the privileged communications as evidence, then they will never come to the Crown's attention, and the privilege holder will not be jeopardized. Conversely, if the defence decides to rely on the privileged communications, whether at trial or during pre-trial negotiations, the Crown will gain access to those communications to the extent that the accused uses them.

The Crown has raised the concern that the privileged communications might themselves be unreliable, and submitted that the public has an interest in ensuring that an accused's acquittal is not based

Le ministère public ne subira aucun préjudice si la divulgation des documents dans le cadre d'une demande de type *McClure* se limite à l'accusé. En temps normal, les communications protégées entre un tiers et son avocat ne peuvent jamais être portées à l'attention du ministère public, et elles ne lui sont d'aucune utilité pour décider si l'affaire sera instruite. En outre, même si le ministère public avait connaissance d'une communication protégée, il ne pourrait lever le secret simplement pour obtenir une image plus complète de tous les éléments de preuve au dossier, si louables que soient ses intentions. Sinon, le secret professionnel de l'avocat perdrait pratiquement tout son sens.

À mon avis, les principes qui s'appliquent normalement dans une poursuite criminelle ne sont pas modifiés lorsqu'une demande de type *McClure* est accueillie. La demande prévoit une divulgation restreinte en faveur de l'accusé dont l'innocence est en jeu et qui ne peut susciter un doute raisonnable d'aucune autre manière. La divulgation est autorisée à une fin précise et exceptionnelle. Le ministère public ne peut se servir de cette fin exceptionnelle pour obtenir la divulgation de documents protégés auxquels il n'aurait pas normalement accès. Cela lui permettrait d'écarter le secret professionnel sans avoir à répondre aux exigences rigoureuses énoncées dans *McClure*.

Pour éviter ce résultat, les documents communiqués à l'accusé en vertu d'une demande de type *McClure* devraient être soumis aux règles de divulgation normalement applicables dans un procès criminel. Si l'accusé décide de ne pas se servir des communications protégées en preuve, le ministère public n'en prendra jamais connaissance et le détenteur du secret professionnel ne sera pas mis en péril. Par contre, si la défense décide de se servir des communications protégées lors du procès ou pendant les négociations préalables au procès, le ministère public y aura accès dans la mesure où l'accusé les utilise.

Le ministère public s'inquiète de la possibilité que les communications protégées ne soient elles-mêmes pas dignes de foi et il fait valoir qu'il est dans l'intérêt public de veiller à ce que l'accusé

83

84

85

86

on unreliable communications. While this is a legitimate concern, I think that it is adequately addressed by the procedures that have been suggested. If the accused decides not to rely on the privileged communications, then there is no danger that they will be the basis for any subsequent acquittal. Moreover, to the extent that the accused relies on the privileged communications, the Crown will have access to them. If the Crown doubts the reliability of the privileged statements, then it may challenge them according to the ordinary rules of evidence. This may include cross-examination of the solicitor at trial, if necessary, subject to the vigilance of the trial judge that invasion of the privilege is kept to its essentials. Thus, the Crown's concerns about "wrongful acquittals" can be adequately addressed without further incursions into solicitor-client privilege.

87 In addition, the trial judge should use his or her discretion to protect the confidentiality of the disclosed communications *vis-à-vis* the participants in the trial and the public.

(e) *Immunity of the Privilege Holder*

88 The invasion of solicitor-client privilege exposes the privilege holder to potential future liability, particularly in cases, such as the present one, that may involve a confession to a serious crime. Dambrot J. clearly accepted that some protections must be in place to prevent the disclosed material from being subsequently used as a "sword" against Benson. He stated:

... I would, subject to hearing some very compelling arguments, attach conditions relating to the subject of sword and shield that you mentioned, because I think it would be grossly unfair for the Crown to get the windfall ability to use it as affirmative evidence, if it's usable in that way, against Benson. It would be, it seems to me, that would turn around the justification for making the order on its head.

Although Dambrot J. did not provide explicit conditions in the disclosure order, it was accepted by all parties before this Court, including the Crown, that

ne soit pas acquitté sur la base de communications sujettes à caution. La question est certes légitime, mais j'estime que les procédures proposées y répondent adéquatement. Si l'accusé décide de ne pas se servir des communications protégées, il n'y a alors aucun danger qu'elles soient le fondement d'un acquittement subséquent. En outre, dans la mesure où l'accusé se sert des communications protégées, le ministère public y aura accès. Si celui-ci doute de la fiabilité des déclarations protégées, il pourra alors les contester selon les règles de preuve ordinaires. Par exemple, l'avocat pourrait, au procès, être contre-interrogé au besoin, pourvu que le juge du procès fasse preuve de vigilance en limitant à l'essentiel la levée du secret professionnel. Il est donc possible de répondre à l'inquiétude du ministère public concernant les « acquittements injustifiés » sans enfreindre davantage le secret professionnel.

Par ailleurs, le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire dans le but de protéger la confidentialité des communications divulguées vis-à-vis de ceux qui participent au procès et le public.

(e) *Immunité du détenteur du secret professionnel*

La levée du secret professionnel de l'avocat peut engager la responsabilité du détenteur du privilège dans l'avenir, particulièrement dans les affaires, comme en l'espèce, qui peuvent impliquer l'aveu d'un crime grave. Le juge Dambrot a manifestement reconnu qu'il faut établir certaines protections pour empêcher que les documents divulgués ne deviennent ultérieurement un « glaive » contre Benson :

[TRADUCTION] . . . à moins qu'on me présente des arguments très convaincants, j'imposerais des conditions en ce qui a trait à la question de glaive et de bouclier dont vous avez parlé, parce que je crois qu'il serait extrêmement injuste que le ministère public puisse avoir l'avantage de l'utiliser comme élément de preuve affirmative contre Benson, à supposer que cela soit possible. Ce serait, il me semble, contraire aux motifs qui justifient l'ordonnance.

Même si le juge Dambrot n'a pas assorti l'ordonnance de divulgation de conditions explicites, toutes les parties en la présente instance, y compris le

should the communications be disclosed, Benson ought to receive immunity regarding the subsequent use of his privileged communications.

As described, solicitor-client privilege is a fundamental tenet of our legal system. Clients must be comfortable in making free and candid disclosure to their solicitors without fear that their communications will later be used against them. This principle should in no way be diminished by the limited disclosure allowed in *McClure*. The test established in that case provides for disclosure in the exceptional circumstance that it is necessary to prevent a wrongful conviction. The disclosure must be limited to that purpose only. It should not be used to incriminate the privilege holder, who would have been protected but for the operation of *McClure*.

The immunity of the privilege holder in the case of a *McClure* application is not entirely analogous to the other types of immunity typically implicated in criminal cases. The privilege holder is not an accused, so he cannot claim the right not to testify against himself under s. 11(c) of the *Charter*. Indeed, the privilege holder (Benson) may not even be a witness, so he cannot claim the privilege against self-incrimination afforded by s. 13 of the *Charter* and by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Therefore, the immunity of the privilege holder falls to be addressed by the broader principles of fundamental justice inherent in s. 7 of the *Charter*.

Section 7 provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.” In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. found that s. 7 “may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13”

ministère public, s’entendent pour dire qu’en cas de divulgation des communications, Benson devrait bénéficier d’une immunité relativement à l’utilisation ultérieure de ses communications protégées.

Comme je l’ai déjà précisé, le secret professionnel de l’avocat est un précepte fondamental de notre système juridique. Les clients doivent avoir l’assurance de pouvoir communiquer avec leurs avocats librement et franchement sans crainte que leurs communications soient utilisées ultérieurement contre eux. Ce principe ne saurait d’aucune façon être affaibli par la divulgation restreinte qu’autorise *McClure*. Le test établi dans cette affaire autorise exceptionnellement la divulgation lorsqu’elle est nécessaire pour empêcher une déclaration de culpabilité injustifiée. La divulgation doit se limiter à cette seule fin. Elle ne devrait pas servir à incriminer le détenteur du privilège, lequel aurait été protégé n’eût été l’application de *McClure*.

L’immunité du détenteur du privilège dans le cadre d’une demande de type *McClure* n’est pas tout à fait analogue aux autres sortes d’immunité traditionnellement reconnues dans les affaires criminelles. N’étant pas un accusé, le détenteur du privilège ne peut pas invoquer le droit de ne pas témoigner contre lui-même prévu à l’al. 11(c) de la *Charte*. En fait, le détenteur du privilège (Benson) peut même ne pas être un témoin, de sorte qu’il ne peut invoquer le privilège de ne pas s’incriminer garanti à l’art. 13 de la *Charte* et au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Il s’agit donc d’une question qui relève des grands principes de justice fondamentale découlant de l’art. 7 de la *Charte*.

L’article 7 dispose que « [c]hacon a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest a estimé que l’art. 7 « peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique

89

90

91

(p. 537). Other members of the Court also described s. 7 as providing “residual protection” against self-incrimination in situations not already governed by other sections of the *Charter*.

prévue par l’al. 11c) et l’art. 13 » (p. 537). D’autres juges de la Cour ont également précisé que l’art. 7 accordait une « protection résiduelle » contre l’auto-incrimination dans les situations qui ne sont pas déjà régies par d’autres articles de la *Charte*.

92

In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, Lamer C.J. confirmed that “[t]he broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (p. 577). Next, in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, Lamer C.J. described the principle against self-incrimination in the following way, at p. 249:

Dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer confirme que « [l]a protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l’auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (p. 577). Ensuite, dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, le juge en chef Lamer définit, à la p. 249, le principe interdisant l’auto-incrimination :

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination. Coercion, it should be noted, means the denial of free and informed consent.

Toute action de l’État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l’opposant à l’État viole le principe interdisant l’auto-incrimination. La contrainte, devrait-on le souligner, signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé.

The Chief Justice also noted that the rationale for the principle was rooted in two other principles: “(1) protection against unreliable confessions; and (2) protection against the abuse of power by the state” (p. 250). While Lamer C.J. was in dissent in *Jones*, the above principles have been cited by this Court in subsequent cases, *infra*, and ought to be taken as authoritative.

Le Juge en chef faisait également remarquer que la raison d’être du principe puisait sa source dans deux autres principes : « (1) la protection contre les confessions indignes de foi, et (2) la protection contre les abus de pouvoir de l’État » (p. 250). Le juge en chef Lamer était dissident dans *Jones*, mais ces principes ont été cités par la Cour dans des arrêts subséquents, mentionnés plus loin, et doivent être reconnus comme faisant autorité.

93

Lamer C.J.’s definition and rationale were cited by La Forest J. in *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, which involved a fisherman who was charged for exceeding his quota. La Forest J. found that the principle against self-incrimination was not engaged by the requirement that the fisherman produce fishing logs and a hail report describing his estimated catch. La Forest J. was particularly persuaded by the lack of an adversarial or inquisitorial relationship, and by the “muted” degree of coercion involved (para. 37). Similarly, La Forest J. found that the mandatory reporting did not threaten either rationale for the principle against self-incrimination, in that it encouraged neither unreliable confessions nor abuses of power by the state. The same reasoning

La définition et la raison d’être formulées par le juge en chef Lamer ont été citées par le juge La Forest dans *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, où un pêcheur était accusé d’avoir pêché une quantité supérieure aux contingents fixés. Le juge La Forest a conclu que le principe interdisant l’auto-incrimination n’était pas enclenché par l’obligation faite au pêcheur de soumettre des journaux de bord et un rapport radio indiquant le poids estimatif de ses prises. L’absence de relation de nature contradictoire ou inquisitoriale et le degré « atténu[é] » de la contrainte dans cette affaire ont particulièrement convaincu le juge La Forest (par. 37). De même, le juge La Forest a conclu que l’obligation de soumettre un rapport ne compromettait pas non plus la

process was followed by Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, where he concluded that mandatory reporting of motor vehicle accidents did bring the principle against self-incrimination into play.

Applying these criteria to the present case, I conclude that privilege holders whose solicitor-client communications are disclosed pursuant to a *McClure* application must be protected by the residual principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter*. Although the privilege holder is not necessarily engaged in adversarial proceedings at the time he makes the communication with his solicitor, he risks being involved in such proceedings once those communications are disclosed. Moreover, while the communication to the solicitor is not “coerced” by the state in the same way as a statutory reporting obligation or as interrogation by police, it is coerced inasmuch as it is ordered disclosed by a court of law, and the court order overrides the solicitor-client privilege that would otherwise apply. The residual protection of s. 7 would indeed be hollow if it allowed an individual to be incriminated by statements that were disclosed as an exception to his solicitor-client privilege.

What, then, is the scope of the residual protection provided to individuals whose privilege is invaded by way of a *McClure* application? This Court has noted that an interpretation of the principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter* is “contextually-sensitive”, because it “demands different things at different times”; see *White, supra*, at para. 45. Thus, while prior jurisprudence will be instructive to the present appeal, the Court maintains the ability to tailor the scope of the principle in accordance with the particular facts of the case.

In the case of communications that are disclosed pursuant to *McClure* applications, it is critical to consider the fundamental importance of solicitor-

raison d’être du principe interdisant l’auto-incrimination, en ce sens qu’elle n’incitait pas aux aveux indignes de foi ni aux abus de pouvoir de l’État. Le juge Iacobucci a suivi le même raisonnement dans *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, où il a conclu que l’obligation de déclarer les accidents d’automobile fait effectivement intervenir le principe interdisant l’auto-incrimination.

Applicant ces critères au présent pourvoi, je conclus que les détenteurs du privilège dont les communications avec leur avocat sont divulguées dans le cadre d’une demande de type *McClure* doivent être protégés par le principe résiduel interdisant l’auto-incrimination contenu à l’art. 7 de la *Charte*. Bien que le détenteur du privilège ne prenne pas nécessairement part à des procédures contradictoires au moment où il communique avec son avocat, il risque d’être engagé dans de telles procédures une fois les communications divulguées. En outre, la communication à l’avocat n’est pas « imposée » par l’État comme le serait l’obligation légale de soumettre un rapport ou l’interrogatoire policier, mais elle est imposée en ce sens que sa divulgation est ordonnée par une cour de justice, l’ordonnance de la cour l’emportant sur la protection du secret professionnel, qui s’appliquerait autrement. La protection résiduelle de l’art. 7 serait fictive si elle permettait qu’une personne soit incriminée à cause de déclarations divulguées à titre d’exception au privilège qu’elle détient.

Quelle est donc l’étendue de cette protection résiduelle offerte aux personnes qui voient leur privilège écarté en raison d’une demande de type *McClure*? La Cour a fait remarquer que l’interprétation du principe interdisant l’auto-incrimination contenu à l’art. 7 de la *Charte* « vari[e] selon le contexte », parce qu’elle « exige différentes choses à différents moments »; voir *White, précité*, par. 45. Ainsi, si elle peut compter sur la jurisprudence antérieure pour éclairer le présent pourvoi, la Cour conserve la faculté d’ajuster l’étendue du principe selon les faits particuliers de l’affaire.

S’agissant de communications divulguées dans le cadre de demandes de type *McClure*, il est crucial de considérer l’importance fondamentale du

94

95

96

client privilege to our system of justice. That privilege can only be invaded in extremely exceptional circumstances, where another individual's innocence is at stake. It is important that the rights of the privilege holder be intruded upon as minimally as possible. Consequently, in reviewing how the principle against self-incrimination has been interpreted in previous cases, I believe that the protection extended to the privilege holder must be among the strongest available in law.

97 In *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the Court was asked to determine whether an accused who was charged and tried separately could be a compellable witness in the trial of a second accused charged in relation to the same offence. Due to the separate trials, the first accused had simply the status of "witness" at the trial of the second accused, and was subject to the ordinary rules regarding the compellability of witnesses. The Court found that, while the first accused was a properly compellable witness, s. 13 of the *Charter* operated to provide "use" immunity with respect to the evidence he gave. He was also protected by "derivative use" immunity under s. 7 of the *Charter* for evidence that resulted, in fact, from the compelled disclosure.

98 Similarly, in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, this Court had to determine the appropriate scope of immunity for officers of a corporation who were compelled to testify in a case against the corporation on the subject of questionable expenditures by the corporation. The officers argued that this compelled testimony violated the s. 7 principle against self-incrimination. The Court disagreed, and found that the officers were properly compelled to testify. However, ss. 13 and 7 of the *Charter* required that the officers be granted "use" and "derivative use" immunity, respectively, regarding their compelled testimony.

99 In my view, the privilege holder in the case of *McClure* applications must be given at least as much protection as described above. The rationale for

secret professionnel dans notre système de justice. Ce privilège peut être levé uniquement dans les cas d'extrême exception, lorsque l'innocence d'une autre personne est en jeu. Il est important de porter le moins possible atteinte aux droits du détenteur du privilège. En conséquence, après examen de l'interprétation jurisprudentielle du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que la protection accordée au détenteur du privilège se doit d'être parmi les plus fortes que le droit puisse offrir.

Dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, la Cour a été appelée à déterminer si un accusé inculpé et jugé séparément pouvait être un témoin contraignable au procès d'un deuxième accusé inculpé relativement à la même infraction. En raison des procès séparés, le premier accusé avait simplement un statut de « témoin » au procès du deuxième accusé et était assujéti aux règles ordinaires de la contraignabilité des témoins. La Cour a conclu que le premier accusé était un témoin régulièrement contraignable, mais que l'art. 13 de la *Charte* lui permettait de bénéficier d'une immunité contre l'utilisation en preuve de son témoignage. Il était également protégé en vertu de l'art. 7 de la *Charte* par l'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée qui découlait, dans les faits, de la communication forcée.

De même, dans *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, la Cour devait déterminer l'étendue de l'immunité qu'il convenait d'accorder à des dirigeants d'une société contraints à témoigner dans une affaire impliquant la société au sujet de dépenses discutables qu'elle avait engagées. Les dirigeants ont allégué que ce témoignage forcé violait le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7. La Cour n'a pas partagé cet avis et a conclu qu'on avait régulièrement contraint les dirigeants à témoigner. Toutefois, les art. 13 et 7 de la *Charte* commandaient que les dirigeants bénéficient d'une immunité « contre l'utilisation de la preuve » et « contre l'utilisation de la preuve dérivée », respectivement, eu égard à leur témoignage forcé.

À mon avis, le détenteur du privilège dans le cadre de demandes de type *McClure* doit recevoir au moins autant de protection que celle décrite

protecting a witness, even one who has been charged in connection with the same crime, is equally applicable to evidence that is ordered disclosed pursuant to a *McClure* application. A third party who makes an incriminating statement to his solicitor does so with the confidence that the statement will not subsequently be used against him. If that statement is later ordered disclosed due to a *McClure* application, the third party will, indirectly, have been compelled to provide evidence against himself. Although this compulsion does not have the same “adversarial” nature as in situations where an accused is directly required by the police or prosecution to incriminate himself, a judge’s order in response to a *McClure* application involves a comparable amount of state “coercion”. Therefore, the privilege holder should be subject to the same *Charter* protections that would apply had he been compelled to testify as a witness, namely, use immunity and derivative use immunity.

This means that the privilege holder’s communications and any evidence derived therefrom cannot be used in a subsequent case against the privilege holder. However, I disagree with the submission of the intervener the Federation of Law Societies of Canada that any information found in a subsequent investigation should be classified as derivative evidence. The intervener submitted that, as the case against Benson may never be re-opened but for the disclosure of his privileged communications, any evidence discovered subsequent to that disclosure is necessarily derivative. This suggestion is overly broad, and has the practical effect of extending transactional immunity, discussed and rejected *infra*, to the privilege holder. Instead, in order to be classified as derivative, the evidence must have a more tangible connection to the self-incriminating evidence, as reviewed by Cory J. in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at paras. 99-102.

For example in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, the police violated the accused’s right to counsel and manipulated him into giving a full

précédemment. La raison d’être de la protection d’un témoin, même celui qui est inculpé relativement au même crime, s’applique tout autant aux éléments de preuve dont la divulgation est ordonnée en vertu d’une demande de type *McClure*. Le tiers qui fait une déclaration incriminante à son avocat la fait avec l’assurance qu’elle ne sera pas ultérieurement utilisée contre lui. Si sa divulgation est par la suite ordonnée à cause d’une demande de type *McClure*, le tiers aura été, indirectement, contraint de témoigner contre lui-même. Même si cette contrainte n’a pas la même nature « contradictoire » que dans les situations où les policiers ou la poursuite obligent directement l’accusé à s’incriminer, l’ordonnance rendue par un juge en réponse à une demande de type *McClure* suppose un degré comparable de « contrainte » de la part de l’État. Par conséquent, le détenteur du privilège devrait recevoir les mêmes protections garanties par la *Charte* que s’il avait été contraint de témoigner, à savoir l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre la preuve dérivée.

Cela implique que les communications du détenteur du privilège et tous les éléments de preuve qui en dérivent ne peuvent être utilisés ultérieurement dans une poursuite contre lui. Toutefois, je ne suis pas d’accord avec l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour dire qu’il faut qualifier de preuve dérivée tout renseignement découvert lors d’une enquête ultérieure. L’intervenante a fait valoir que, comme la poursuite contre Benson risque de ne jamais être rouverte n’eût été la divulgation de ses communications protégées, tout renseignement découvert après cette divulgation constitue nécessairement une preuve dérivée. Cet argument va trop loin et a comme effet, en pratique, d’étendre au détenteur du privilège l’immunité à l’égard d’une affaire donnée, que nous analyserons et rejetterons plus loin. Pour être qualifiée de preuve dérivée, la preuve doit avoir un lien plus tangible avec la preuve auto-incriminante, comme l’indique l’analyse du juge Cory dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 99-102.

Ainsi, dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, la police a violé le droit de l’accusé à l’assistance d’un avocat et a manipulé l’accusé pour

confession to a murder, including a description of where the murder weapon could be found. This Court found that the subsequent seizure of the weapon was derived from the improperly conscripted statement, and the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*. There was a clear and tangible connection between the self-incriminating statement and the discovery of the murder weapon. In the case of *McClure* applications, derivative use immunity covers evidence derived from the communications, not from the fact that they were disclosed.

l'amener à faire un aveu complet de meurtre, notamment à décrire l'endroit où on pourrait trouver l'arme du crime. La Cour a conclu que la saisie subséquente de l'arme résultait d'une déclaration irrégulièrement obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, et la preuve a été exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il existait un lien clair et tangible entre la déclaration auto-incriminante et la découverte de l'arme du meurtre. Dans le cas des demandes de type *McClure*, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée couvre la preuve dérivée des communications, non du fait qu'elles ont été divulguées.

102

Use and derivative use immunity should prohibit the Crown both from using the communications as direct evidence against the privilege holder and from using the communications to impeach the privilege holder if and when he is himself an accused. The necessity for this latter protection was described by Sopinka J. at para. 34 of *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660:

L'immunité contre l'utilisation de la preuve et celle contre la preuve dérivée interdisent au ministre public d'utiliser les communications comme preuve directe contre le détenteur du privilège et de les utiliser pour attaquer sa crédibilité s'il est lui-même l'accusé. Le juge Sopinka a expliqué la nécessité de cette dernière protection au par. 34 de *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660 :

The effect on the repute of the administration of justice is to be assessed by reference to the standard of the reasonable, well-informed citizen who represents community values. The effect of destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination.

L'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice se juge par référence à la norme du citoyen raisonnable et bien informé qui représente les valeurs de la communauté. L'anéantissement de la crédibilité du témoignage de l'accusé au moyen de déclarations tirées de lui en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer.

In my view, the case for protection from impeachment is especially strong in cases arising out of a *McClure* application. Our justice system cannot endorse the impeachment of an accused by means of communications which would otherwise have been completely protected by solicitor-client privilege.

À mon avis, les arguments en faveur de la protection contre l'attaque de la crédibilité sont particulièrement solides dans les affaires résultant de demandes de type *McClure*. Notre système de justice ne peut sanctionner l'attaque de la crédibilité de l'accusé par des communications qui autrement auraient été entièrement protégées par le secret professionnel de l'avocat.

103

However, that does not mean that the disclosure of privileged information under a *McClure* application should give rise to so-called "transactional" immunity (i.e., immunity from any future criminal prosecution for the crimes which are the subject of the solicitor-client communications). Such an extension of immunity would provide protection to the

Toutefois, cela ne veut pas dire que la divulgation de renseignements protégés en vertu d'une demande de type *McClure* doive entraîner l'immunité dite « à l'égard d'une affaire donnée » (c'est-à-dire l'immunité à l'égard de toute poursuite au criminel dans l'avenir pour des crimes qui sont l'objet des communications entre l'avocat et son client). Un tel

privilege holder that he would never have had, but for the accused's *McClure* application. While I am mindful that the invasion of solicitor-client privilege should never be used to incriminate the privilege holder, I am in agreement with the respondent the Attorney General of Ontario that the clear need for use and derivative use immunity does not support absolute immunity for the offence in question. For example, if the Crown is able to uncover evidence entirely independent and not derived from the solicitor-client communications, it should be permitted to raise that evidence against the privilege holder in a subsequent prosecution. To hold otherwise would be to give effect to the "immunity baths" that plagued the American experience with transactional immunity under the Fifth Amendment; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 70. More importantly, it would unnecessarily compromise the public interest in bringing criminals to justice.

Further, there is a possible, if slight, potential that the extension of transactional immunity in such cases would allow co-conspirators to manipulate the justice system. If one of them were charged, the other could confess to counsel. The accused could then make a *McClure* application and use the privileged confession to raise a reasonable doubt about his own guilt. At the same time, the privilege-holding co-conspirator would become immune from any future prosecution for that offence. In my view, the extension of immunity to privilege holders should not go so far as to frustrate the Crown's ability to prosecute the offence.

VII. Procedural Remarks

This appeal, like *McClure* before it, comes directly to the Supreme Court of Canada without the benefit of its being considered by the Ontario Court of Appeal.

Élargissement de l'immunité offrirait au détenteur du privilège une protection qui ne lui aurait jamais été offerte, n'eût été la demande de type *McClure* présentée par l'accusé. Je suis conscient que la levée du secret professionnel ne devrait jamais être utilisée pour incriminer le détenteur du privilège, mais je conviens avec l'intimé le procureur général de l'Ontario que la nécessité évidente de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de l'immunité contre la preuve dérivée ne justifie pas l'immunité absolue à l'égard de l'infraction en question. Ainsi, si le ministère public est capable de découvrir des éléments de preuve qui sont tout à fait indépendants et qui ne sont pas dérivés des communications entre l'avocat et son client, il devrait pouvoir les invoquer contre le détenteur du privilège dans une poursuite subséquente. Toute conclusion contraire ouvrirait la voie aux « sphères d'immunité » dont l'expérience américaine a souffert avec l'immunité à l'égard d'une affaire donnée suivant le Cinquième amendement; voir M. Berger, *Taking the Fifth : The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), p. 70. Qui plus est, cela compromettrait inutilement l'intérêt public qui commande que les criminels soient traduits en justice.

En outre, il existe une possibilité, même infime, que l'élargissement de l'immunité à l'égard d'une affaire donnée dans ce genre de dossier permette à des cocomploteurs de manipuler le système de justice. Si l'un d'eux était inculpé, l'autre pourrait faire des aveux à leur avocat. L'accusé pourrait ensuite présenter une demande de type *McClure* et utiliser l'aveu protégé par le secret professionnel pour susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Du même coup, le cocomploteur détenteur du privilège serait à l'abri de toute poursuite ultérieure à l'égard de cette infraction. À mon avis, l'élargissement de l'immunité aux détenteurs du privilège ne devrait pas aller jusqu'à empêcher le ministère public de poursuivre l'auteur d'une infraction.

VII. Remarques concernant la procédure

Le présent pourvoi, comme l'affaire *McClure* qui l'a précédé, est parvenu directement à la Cour suprême du Canada sans avoir eu l'avantage d'être examiné par la Cour d'appel de l'Ontario.

106 In this respect, this appeal follows the path of *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

107 Sections 674 and 675 of the *Criminal Code* provide the procedures for appeals to the intermediate courts of appeal of the provinces, but are limited so as to exclude the ability of those courts to consider appeals from interlocutory orders.

108 The third party appellant, in this case Benson, could not appeal the interlocutory order for production of his privileged communications, whether or not a party to the criminal trial. Instead, he was required to bring an application directly to this Court under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, for leave to appeal the final order requiring production of his solicitor-client communications.

109 The administration of justice would greatly benefit if the jurisdiction of the provincial appellate courts were broadened to permit parties the easier access to those courts. The Supreme Court of Canada would also have the fuller record, and valuable input, of the provincial courts of appeal if further appeals to this Court were taken.

110 This anomaly in the *Criminal Code* is an unnecessary encumbrance and its serious defects have been repeatedly noted by this Court with the accompanying request for legislative amendment by Parliament. That request is made here once again, in the strongest possible terms.

VIII. Disposition

111 The appeal is allowed and the order for production by Dambrot J. is set aside.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. were delivered by

112 ARBOUR J. — Solicitor-client privilege is fundamental to the Canadian justice system and is one of

À cet égard, le présent pourvoi suit la voie empruntée dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

Les articles 674 et 675 du *Code criminel* prescrivent les procédures à suivre pour se pourvoir en appel devant les cours d'appel provinciales intermédiaires, mais ils sont conçus de manière à exclure la compétence de ces cours en matière d'appels d'ordonnances interlocutoires.

Le tiers appellant, Benson en l'espèce, ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance interlocutoire lui enjoignant de déposer ses communications protégées, qu'il soit ou non partie au procès criminel. Au lieu de cela, il a dû présenter directement devant la Cour au titre du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, une demande d'autorisation d'appel contre l'ordonnance finale qui l'obligeait à produire ses communications avec son avocat.

L'administration de la justice serait beaucoup mieux servie si la compétence des tribunaux d'appel provinciaux était élargie de manière à faciliter aux parties l'accès à ces tribunaux. La Cour suprême du Canada pourrait également disposer du dossier plus complet et du précieux apport des tribunaux d'appel provinciaux si leurs décisions étaient portées en appel devant la Cour.

Cette anomalie du *Code criminel* représente un fardeau inutile et la Cour a déjà à maintes reprises souligné ces graves lacunes tout en demandant au législateur d'adopter une modification législative. La Cour réitère ici, une fois de plus, avec insistance cette demande.

VIII. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge Dambrot est annulée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR — Le privilège du secret professionnel de l'avocat revêt une importance

our most entrenched exclusionary rules of evidence. As *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, makes clear, the circumstances in which solicitor-client privilege will yield are rare and should only be as a last resort when the innocence of an accused is at stake.

Although I agree entirely with my colleague Justice Major's analysis and disposition of this appeal, I wish to elaborate on an issue that will be important in future *McClure* applications. The issue is not squarely raised in this case and I would normally refrain from dealing with it in any detail. However, the deficiencies in access to appellate review that my colleague has exposed present an exceptional case. I believe that additional guidance must come from this Court when trial judges are required to address new and difficult issues without the benefit of the guidance and supervision of provincial appellate courts. In the same way, it is not realistic to expect that this Court could and should routinely exercise the functions of an intermediate appeal court. For those reasons, I think we must anticipate one of the inevitable difficulties that trial judges are likely to experience in this field, as clearly revealed on this record.

Central to Dambrot J.'s ruling in this case was his obvious concern that the evidence of Robertson regarding Benson's confession may not be admissible. He said ([2001] O.J. No. 3408 (QL), at para. 7):

Of course, there is much to be said in the circumstances here for a relaxation of the ordinary rules respecting the use of the prior statements, or the admission of them for their truth on the basis of necessity and reliability. Once again, however, the availability and usefulness of these possibilities is undermined by the attack that can be made on the accuracy and reliability of Robertson's account, and the reliability of the confession itself. I do not propose to deal further with the question of the use that can be made of Benson's statements to Robertson, but simply wish to underscore the difficulties faced by the defence.

fondamentale dans le système judiciaire canadien et c'est l'une de nos règles d'exclusion de la preuve les plus sacrées. Comme il ressort clairement de *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, rares sont les circonstances où ce privilège devra céder le pas, et ce uniquement en dernier recours, lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

Je souscris entièrement à l'analyse de mon collègue le juge Major et disposerais du pourvoi comme il le fait, mais je voudrais ajouter quelques commentaires sur une question qui sera importante dans les futures demandes de type *McClure*. La question ne se posant pas directement en l'espèce, je m'abstendrais normalement d'en traiter en détail. Toutefois, les lacunes qu'a signalées mon collègue quant à l'accès à la révision en appel posent un problème exceptionnel. Lorsque les juges du procès sont appelés à trancher des questions inédites et complexes, sans pouvoir bénéficier de l'assistance et de la supervision des tribunaux d'appel provinciaux, j'estime que la Cour se doit de fournir des indications plus élaborées. Par ailleurs, il est irréaliste de s'attendre à ce que la Cour puisse exercer régulièrement les fonctions de tribunal d'appel intermédiaire. Pour ces motifs, j'estime qu'il nous faut anticiper l'une des difficultés que connaîtront inévitablement les juges du procès dans ce domaine, comme le démontre clairement le présent dossier.

Le juge Dambrot craignait de toute évidence que le témoignage de Robertson concernant l'aveu de Benson ne soit pas admissible en preuve et cette préoccupation a été déterminante dans sa décision ([2001] O.J. No. 3408 (QL), par. 7) :

[TRADUCTION] Naturellement, de nombreux arguments militent, dans les circonstances, en faveur d'un assouplissement des règles ordinaires touchant l'utilisation des déclarations antérieures, ou leur admission comme preuve de leur véracité sur la base de la nécessité et de la fiabilité. Encore là, toutefois, ces possibilités sont compromises par l'attaque susceptible d'être portée contre l'exactitude et la fiabilité du récit de Robertson, ainsi que contre la fiabilité de l'aveu lui-même. Je n'ai pas l'intention de m'étendre davantage sur la question de l'utilisation pouvant être faite des déclarations de Benson à Robertson, mais je voulais simplement signaler les difficultés auxquelles se heurte la défense.

113

114

115 In contemplating the admissibility of Donna Robertson's testimony as another source of information regarding Benson's confession, my colleague stresses that inadmissibility should not be a foregone conclusion (para. 43). He suggests that her testimony may potentially be admissible under an exception to the hearsay rule. In this regard he cites Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, for the suggestion that a court has the discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused where it is necessary to prevent a miscarriage of justice. It is this issue that I wish to elaborate upon.

116 The idea that courts maintain the discretion to relax the rules of evidence when an accused's innocence is at stake has its roots in *Williams*. In that case, Martin J.A. held that an accused's right to make full answer and defence must comply with established rules respecting the admission of evidence (*Williams*, at p. 337; see also *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1515). Martin J.A. did, however, go on to state that the court had a residual discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused when necessary to prevent a miscarriage of justice (p. 343). Support for this proposition, as expressed in *Williams*, is also found in the Ontario Court of Appeal decisions of *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, at p. 57, and *R. v. Finta* (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, at pp. 201-2, aff'd [1994] 1 S.C.R. 701, as well as in this Court's decision in *Finta*, at p. 854.

117 *Williams* was written prior to this Court's decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, in which the principled approach to hearsay was established, focussing on necessity and indicia of reliability as the criteria for admitting hearsay evidence. The rule in *Khan* does not address the need expressed in *Williams* for a relaxation of rules of exclusion when innocence is at stake. Logic, principle and policy dictate that if one of the most stringent exclusionary rules, the solicitor-client privilege, is to yield to concerns about convicting an innocent person, other

En examinant la question de l'admissibilité du témoignage de Donna Robertson comme autre source de renseignements sur l'aveu de Benson, mon collègue souligne qu'il n'y a pas lieu de tenir l'inadmissibilité pour acquise (par. 43). Il indique que son témoignage est potentiellement admissible en vertu d'une exception à la règle d'exclusion du oui-dire. À cet égard, il cite les propos du juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, à l'appui de la proposition voulant que le tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d'assouplir en faveur de l'accusé des règles de preuve strictes lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire. C'est sur ce point que je voudrais apporter des précisions.

L'idée que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'assouplir les règles de preuve lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu puise son origine dans *Williams*. Dans cet arrêt, le juge Martin a statué que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière devait s'exercer dans le respect des règles régissant l'admission de la preuve (*Williams*, p. 337; voir également *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1515). Le juge Martin a toutefois effectivement ajouté que le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir des règles de preuve strictes en faveur de l'accusé lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire (p. 343). La thèse ainsi exprimée dans *Williams* trouve également appui dans les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, p. 57, et *R. c. Finta* (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, p. 201-202, conf. par [1994] 1 R.C.S. 701, ainsi que dans l'arrêt *Finta* de la Cour, p. 854.

L'arrêt *Williams* a été rendu avant *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, où, pour ce qui est de la question du oui-dire, la Cour a adopté une méthode fondée sur des principes et axée sur la nécessité et les indices de fiabilité comme critères d'admission de la preuve par oui-dire. La règle de l'arrêt *Khan* ne traite pas du besoin exprimé dans *Williams* d'assouplir les règles d'exclusion lorsque l'innocence est en jeu. Or, la logique, les principes et les considérations d'intérêt public dictent que si l'une des règles d'exclusion les plus rigoureuses, soit le privilège du

exclusionary rules, such as the hearsay rule, should yield first. In the context of a *McClure* application, the interests of justice will be better served by relaxing other exclusionary rules when innocence is at stake so as to avoid having to infringe on privileged communications between a lawyer and his client.

The evidence of Donna Robertson regarding Benson's confession will only be of assistance to the accused in this case if it is admissible for the truth of its content, whether it is tendered as a prior inconsistent statement if Benson testifies and denies the allegation, or as a self-standing piece of exculpatory evidence. When the alternative is to infringe the solicitor-client privilege, the *Khan* line of authority, as well as *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, should be distinguished to recognize the imperatives of putting before the jury information that, if believed, would entirely exonerate the accused who otherwise is at risk of facing an unjustified conviction.

The same concerns that animate the rule in *McClure*, and that have led to the creation of an exception to one of our most stringent exclusionary rules, should also inform the application of other, less critical rules of evidence by which information is withheld from the jury. In the case of hearsay, threshold concerns about necessity and reliability, which reflect issues of fairness to the opponent in the adversary system, should be weighed against the dangers of convicting an innocent person and the undesirability of intruding into confidences made to a solicitor.

I would therefore suggest that in the course of *McClure* applications, trial judges should examine all alternatives to infringing the privilege in the same spirit and with the same flexibility as the policy considerations that led to the creation of the *McClure* rule in the first place.

secret professionnel de l'avocat, doit céder le pas devant la crainte de condamner un innocent, alors d'autres règles d'exclusion, comme celle de l'exclusion du oui-dire, devraient d'abord céder le pas. Dans le contexte d'une demande de type *McClure*, on servira mieux les intérêts de la justice en assouplissant d'autres règles d'exclusion lorsque l'innocence est en jeu qu'en levant le secret des communications entre un avocat et son client.

Le témoignage de Donna Robertson concernant l'aveu de Benson ne sera de quelque secours pour l'accusé en l'espèce que s'il est admissible comme preuve de la véracité de son contenu, qu'on le présente comme déclaration antérieure incompatible dans le cas où Benson témoigne et nie l'allégation, ou comme élément indépendant de preuve disculpatoire. Lorsque la solution subsidiaire est de lever le secret professionnel de l'avocat, il convient de faire une distinction d'avec la jurisprudence établie par *Khan* ainsi que d'avec *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. En effet, il faut reconnaître l'impératif de présenter au jury des renseignements qui, s'ils sont crus, exonéreraient entièrement l'accusé, lequel s'expose sinon à une déclaration de culpabilité injustifiée.

Les préoccupations qui sous-tendent la règle établie dans *McClure* et qui ont conduit à la création d'une exception à l'une de nos règles d'exclusion les plus rigoureuses devraient également présider à l'application d'autres règles de preuve moins cruciales en vertu desquelles des renseignements sont soustraits au jury. Dans le cas du oui-dire, les considérations relatives à la nécessité et à la fiabilité, qui traduisent le souci d'équité envers la partie adverse dans le système contradictoire, devraient être pondérées avec les dangers de condamner un innocent et l'ingérence indésirable dans les confidences faites à un avocat.

Je recommanderais donc que, dans le cadre des demandes de type *McClure*, les juges du procès examinent toutes les solutions de rechange à la levée du privilège dans le même esprit et avec la même souplesse que les considérations d'intérêt public qui ont présidé à la création de la règle énoncée dans cet arrêt.

118

119

120

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Richard G. Litkowski, Toronto.

Solicitors for the respondent Jason D. Brown: Rosen, Wasser, Toronto.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the interveners Todd Ducharme and Peter Copeland: Anil K. Kapoor, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Skurka & Pringle, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Richard G. Litkowski, Toronto.

Procureurs de l'intimé Jason D. Brown : Rosen, Wasser, Toronto.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur des intervenants Todd Ducharme et Peter Copeland : Anil K. Kapoor, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Skurka & Pringle, Toronto.

Paul Housen *Appellant*

v.

Rural Municipality of Shellbrook
No. 493 *Respondent*

INDEXED AS: HOUSEN v. NIKOLAISEN

Neutral citation: 2002 SCC 33.

File No.: 27826.

2001: October 2; 2002: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Municipal law — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Appeals — Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.

The appellant was a passenger in a vehicle operated by N on a rural road in the respondent municipality. N

Paul Housen *Appelant*

c.

Municipalité rurale de Shellbrook
n° 493 *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HOUSEN c. NIKOLAISEN

Référence neutre : 2002 CSC 33.

N° du greffe : 27826.

2001 : 2 octobre; 2002 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Délits civils — Véhicules automobiles — Routes — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmar la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Droit municipal — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmar la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Appels — Tribunaux judiciaires — Norme de contrôle applicable en appel — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmar la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — Norme de contrôle applicable à l'égard des questions mixtes de fait et de droit.

L'appelant était passager dans le véhicule conduit par N sur une route rurale située sur le territoire de la

failed to negotiate a sharp curve on the road and lost control of his vehicle. The appellant was rendered a quadriplegic as a result of the injuries he sustained in the accident. Damages were agreed upon prior to trial in the amount of \$2.5 million, but at issue were the respective liabilities, if any, of the municipality, N and the appellant. On the day before the accident, N had attended a party at the T residence not far from the scene of the accident. He continued drinking through the night at another party where he met up with the appellant. The two men drove back to the T residence in the morning where N continued drinking until a couple of hours before he and the appellant drove off in N's truck. N was unfamiliar with the road, but had travelled on it three times in the 24 hours preceding the accident, on his way to and from the T residence. Visibility approaching the area of the accident was limited due to the radius of the curve and the uncleared brush growing up to the edge of the road. A light rain was falling as N turned onto the road from the T property. The truck fishtailed a few times before approaching the sharp curve where the accident occurred. Expert testimony revealed that N was travelling at a speed of between 53 and 65 km/hr when the vehicle entered the curved portion of the road, slightly above the speed at which the curve could be safely negotiated under the conditions prevalent at the time of the accident.

The road was maintained by the municipality and was categorized as a non-designated local access road. On such non-designated roads, the municipality makes the decision to post signs if it becomes aware of a hazard, or if there are several accidents at one spot. The municipality had not posted signs on any portion of the road. Between 1978 and 1987, three other accidents were reported in the area to the east of the site of the appellant's accident. The trial judge held that the appellant was 15 percent contributorily negligent in failing to take reasonable precautions for his own safety in accepting a ride from N, and apportioned the remaining joint and several liability 50 percent to N and 35 percent to the municipality. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the municipality was negligent.

Held (Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the judgment of the trial judge restored.

municipalité intimée. N a été incapable de prendre un virage serré et il a perdu la maîtrise de son véhicule. L'appelant est devenu quadriplégique à la suite des blessures subies dans l'accident. Les parties ont convenu avant le procès du montant des dommages-intérêts, qui ont été fixés à 2,5 millions de dollars. La question en litige était celle de savoir si la municipalité, N et l'appelant étaient responsables et, dans l'affirmative, dans quelles proportions. Le jour qui a précédé l'accident, N avait assisté à une fête à la résidence des T, non loin de la scène de l'accident. Durant la nuit, il a continué de boire à une autre fête, où il a rencontré l'appelant. Le matin, les deux hommes sont retournés en automobile à la résidence des T, où N a continué de boire, cessant de le faire quelques heures avant de prendre la route dans sa camionnette en compagnie de l'appelant. N n'était pas familier avec le chemin en question, mais il l'avait emprunté à trois reprises au cours des 24 heures qui avaient précédé l'accident pour aller et venir de la résidence des T. À l'approche de l'endroit de l'accident, la distance de visibilité était réduite en raison du rayon de courbure du virage et de la présence de broussailles poussant jusqu'au bord du chemin. Une faible pluie tombait lorsque N s'est engagé sur le chemin en quittant la résidence des T. L'arrière de la camionnette a zigzagué à plusieurs reprises avant que le véhicule n'arrive aux abords du virage serré où l'accident est survenu. Selon le témoignage d'un expert, N roulait à une vitesse se situant entre 53 et 65 km/h lorsque le véhicule s'est engagé dans la courbe, soit une vitesse légèrement supérieure à celle à laquelle le virage pouvait être pris en sécurité eu égard aux conditions qui existaient au moment de l'accident.

Le chemin, qui était entretenu par la municipalité, appartenait à la catégorie des voies d'accès locales non désignées. La municipalité installe des panneaux de signalisation sur ces chemins si elle constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Elle n'avait installé aucune signalisation le long de cette portion du chemin. On a signalé trois autres accidents survenus de 1978 à 1987 à l'est du lieu de l'accident dont a été victime l'appelant. La juge de première instance a estimé que l'appelant était responsable de négligence concourante dans une proportion de 15 p. 100, du fait qu'il avait omis de prendre des précautions raisonnables pour assurer sa propre sécurité en acceptant de monter à bord du véhicule de N, et elle a réparti le reste de la responsabilité solidairement entre N (50 p. 100) et la municipalité (35 p. 100). La Cour d'appel a infirmé la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité avait été négligente.

Arrêt (les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Since an appeal is not a re-trial of a case, consideration must be given to the standard of review applicable to questions that arise on appeal. The standard of review on pure questions of law is one of correctness, and an appellate court is thus free to replace the opinion of the trial judge with its own. Appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law because their primary role is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application.

The standard of review for findings of fact is such that they cannot be reversed unless the trial judge has made a "palpable and overriding error". A palpable error is one that is plainly seen. The reasons for deferring to a trial judge's findings of fact can be grouped into three basic principles. First, given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review in turn limits the number, length and cost of appeals. Secondly, the principle of deference promotes the autonomy and integrity of the trial proceedings. Finally, this principle recognizes the expertise of trial judges and their advantageous position to make factual findings, owing to their extensive exposure to the evidence and the benefit of hearing the testimony *viva voce*. The same degree of deference must be paid to inferences of fact, since many of the reasons for showing deference to the factual findings of the trial judge apply equally to all factual conclusions. The standard of review for inferences of fact is not to verify that the inference can reasonably be supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, a stricter standard. Making a factual conclusion of any kind is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour : Étant donné que l'appel ne constitue pas un nouveau procès, il faut se demander quelle est la norme de contrôle applicable en appel à l'égard des diverses questions que soulève le pourvoi. La norme de contrôle applicable aux pures questions de droit est celle de la décision correcte et, en conséquence, il est loisible aux cours d'appel de substituer leur opinion à celle des juges de première instance. Les cours d'appel ont besoin d'un large pouvoir de contrôle à l'égard des questions de droit pour être en mesure de s'acquitter de leur rôle premier, qui consiste à préciser et à raffiner les règles de droit et à veiller à leur application universelle.

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante ». Une erreur manifeste est une erreur qui est évidente. Les diverses raisons justifiant la retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous trois principes de base. Premièrement, vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, le fait de limiter la portée du contrôle judiciaire a pour effet de réduire le nombre, la durée et le coût des appels. Deuxièmement, le respect du principe de la retenue envers les conclusions favorise l'autonomie et l'intégrité du procès. Enfin, ce principe permet de reconnaître l'expertise du juge de première instance et la position avantageuse dans laquelle il se trouve pour tirer des conclusions de fait, étant donné qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur et d'entendre les témoignages de vive voix. Il faut faire preuve du même degré de retenue envers les inférences de fait, car nombre de raisons justifiant de faire preuve de retenue à l'égard des constatations de fait du juge de première instance valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. La norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l'application d'une norme plus stricte. Une conclusion factuelle — quelle que soit sa nature — exige nécessairement qu'on attribue un certain poids à un élément de preuve et, de ce fait, commande l'application d'une norme de contrôle empreinte de retenue. Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle.

Questions of mixed fact and law involve the application of a legal standard to a set of facts. Where the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, it should be deferred to by appellate courts, in the absence of a legal or palpable and overriding error. Requiring a standard of “palpable and overriding error” for findings of negligence made by either a trial judge or a jury reinforces the proper relationship between the appellate and trial court levels and accords with the established standard of review applicable to a finding of negligence by a jury. Where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error. A determination of whether or not the standard of care was met by the defendant involves the application of a legal standard to a set of facts, a question of mixed fact and law, and is thus subject to a standard of palpable and overriding error, unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law, subject to a standard of correctness.

Here, the municipality’s standard of care was to maintain the road in such a reasonable state of repair that those requiring to use it could, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet this standard of care, and her decision should not be overturned absent palpable and overriding error. The trial judge kept the conduct of the ordinary motorist in mind because she stated the correct test at the outset, and discussed implicitly and explicitly the conduct of a reasonable motorist approaching the curve. Further, her apportionment of negligence indicates that she assessed N’s conduct against the standard of the ordinary driver as does her use of the term “hidden hazard” and her consideration of the speed at which motorists should have approached the curve.

The Court of Appeal’s finding of a palpable and overriding error by the trial judge was based on the erroneous presumption that she accepted 80km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, when in fact she found that a motorist exercising

Les questions mixtes de fait et de droit supposent l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits. Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion en l’absence d’erreur de droit ou d’erreur manifeste et dominante. Le fait d’exiger l’application de la norme de l’« erreur manifeste et dominante » aux fins de contrôle d’une conclusion de négligence tirée par un juge ou un jury consolide les rapports qui doivent exister entre les juridictions d’appel et celles de première instance et respecte la norme de contrôle bien établie qui s’applique aux conclusions de négligence tirées par les jurys. Si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante. La question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. Cette question est alors assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit, qui est assujettie à la norme de la décision correcte.

En l’espèce, la norme de diligence à laquelle devait se conformer la municipalité consistait à tenir le chemin dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui devaient l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n’avait pas respecté cette norme et sa décision ne devrait pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a eu à l’esprit la conduite de l’automobiliste moyen puisqu’elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant dès le départ le critère approprié, puis elle s’est interrogée, tant explicitement qu’implicitement, sur la façon dont conduirait l’automobiliste raisonnable en s’approchant du virage. De plus, le fait qu’elle a imputé une partie de la responsabilité à N indique qu’elle a évalué sa conduite au regard du critère du conducteur moyen, tout comme l’indique le fait qu’elle a utilisé l’expression « danger caché » et qu’elle s’est demandé à quelle vitesse les automobilistes auraient dû approcher du virage.

La conclusion de la Cour d’appel portant que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante reposait sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l’automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, alors que dans les faits

ordinary care could approach the curve at greater than the speed at which it would be safe to negotiate it. This finding was based on the trial judge's reasonable and practical assessment of the evidence as a whole, and is far from reaching the level of palpable and overriding error.

The trial judge did not err in finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair of the road. Because the hazard in this case was a permanent feature of the road, it was open to the trial judge to draw the inference that a prudent municipal councillor ought to be aware of it. Once this inference has been drawn, then unless the municipality can rebut the inference by showing that it took reasonable steps to prevent such a hazard from continuing, the inference will be left undisturbed. Prior accidents on the road do not provide a direct basis for finding that the municipality had knowledge of the particular hazard, but this factor, together with knowledge of the type of drivers using this road, should have caused the municipality to investigate the road which would have resulted in actual knowledge. To require the plaintiff to provide concrete proof of the municipality's knowledge of the state of disrepair of its roads is to set an impossibly high burden on the plaintiff. Such information was within the particular sphere of knowledge of the municipality, and it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

The trial judge's conclusion on the cause of the accident was a finding of fact subject to the palpable and overriding error standard of review. The abstract nature of the inquiry as to whether N would have seen a sign had one been posted before the curve supports deference to the factual findings of the trial judge. The trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus should not have been interfered with by the Court of Appeal.

Per Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. (dissenting): A trial judge's findings of fact will not be overturned absent palpable and overriding error principally in recognition that only the trial judge observes witnesses and hears testimony first hand and is therefore better able to choose between competing versions of events. The process of fact-finding involves

elle a estimé qu'il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'approche du virage à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour effectuer la manoeuvre. Loin de constituer une erreur manifeste et dominante, cette conclusion découlait d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve par la juge de première instance.

La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin. Étant donné que, en l'espèce, le danger était une caractéristique permanente du chemin, il était loisible à la juge de première instance d'inférer que le conseiller municipal prudent aurait dû être au fait du danger. Dès l'instant où une telle inférence est tirée, elle demeure inchangée à moins que la municipalité ne puisse la réfuter en démontrant qu'elle a pris des mesures raisonnables pour faire cesser le danger. Les accidents survenus antérieurement sur le chemin ne constituent pas une preuve directe permettant de conclure que la municipalité connaissait l'existence du danger particulier en cause, mais ce facteur, conjugué à la connaissance du type de conducteurs utilisant le chemin, aurait dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin en question, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement de l'existence du danger. Exiger du demandeur qu'il apporte la preuve concrète de la connaissance par la municipalité du mauvais état d'entretien de ses chemins revient à imposer à ce dernier un fardeau inacceptablement lourd. Il s'agit d'information relevant du domaine de connaissance de la municipalité et, selon nous, il était raisonnable que la juge de première instance infère de sa conclusion relative au mauvais état d'entretien persistant du chemin que la municipalité possédait la connaissance requise.

La conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait assujettie à la norme de contrôle de l'« erreur manifeste et dominante ». Le caractère théorique de l'analyse de la question de savoir si N aurait aperçu un panneau de signalisation installé avant la courbe justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance. Les constatations factuelles de cette dernière relativement à la causalité étaient raisonnables et la Cour d'appel n'aurait donc pas dû les modifier.

Les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel (dissidents) : Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont pas modifiées en l'absence d'erreur manifeste ou dominante, principalement parce qu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, et qu'il est, de ce fait, plus à même de choisir entre deux versions

not only the determination of the factual nexus of the case but also requires the judge to draw inferences from facts. Although the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, an analytical distinction must be drawn between the two. Inferences can be rejected for reasons other than that the inference-drawing process is deficient. An inference can be clearly wrong where the factual basis upon which it relies is deficient or where the legal standard to which the facts are applied is misconstrued. The question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care in the law of negligence is a question of mixed fact and law. Once the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care, a question of law within the purview of both the trial and appellate courts.

A question of mixed fact and law in this case was whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. The trial judge must approach this question having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. Even if the trial judge correctly identifies this as the applicable legal standard, he or she may still err in assessing the facts through the lens of that legal standard, a process which invokes a policy-making component. For example, the trial judge must consider whether the fact that accidents had previously occurred on different portions of the road would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system, a normative issue reviewable on a standard of correctness. Not all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness, but neither should they be accorded deference in every case.

Section 192 of the *Rural Municipality Act, 1989*, requires the trial judge to examine whether the portion of the road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Here, the trial judge failed to ask whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident

divergentes d'un même événement. Le processus de constatation des faits exige non seulement du juge qu'il dégage le nœud factuel de l'affaire, mais également qu'il tire des inférences des faits. Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Des inférences peuvent être rejetées pour d'autres raisons que le fait que le processus qui les a produites est lui-même déficient. Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Dans le contexte du droit relatif à la négligence, la question de savoir si la conduite du défendeur est conforme à la norme de diligence appropriée est une question mixte de fait et de droit. Une fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée, question de droit qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel.

En l'espèce, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger dont on alléguait l'existence était une question mixte de fait et de droit. Le juge de première instance doit examiner cette question eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique applicable, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu'il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique, processus qui implique notamment l'établissement de politiques d'intérêt général. Par exemple, il doit se demander si le fait que des accidents se soient déjà produits à d'autres endroits du chemin alerterait le conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent de l'existence d'un danger. Il doit également se demander si ce conseiller aurait appris l'existence de l'accident antérieur par un système d'information sur les accidents, question normative qui est contrôlable selon la norme de la décision correcte. Les questions mixtes de fait et de droit ne sont pas toutes contrôlables suivant cette norme, mais elles ne commandent pas systématiquement une attitude empreinte de retenue.

Suivant la norme de diligence énoncée à l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin sur lequel s'est produit l'accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. En l'espèce, la juge de première instance a omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler

occurred. This amounted to an error of law. The duty of the municipality is to keep the road in such a reasonable state of repair that those required to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The duty is a limited one as the municipality is not an insurer of travellers using its streets. Although the trial judge found that the portion of the road where the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing to indicate that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Where an error of law has been found, the appellate court has jurisdiction to take the factual findings of the trial judge as they are and to reassess these findings in the context of the appropriate legal test. Here, the portion of the road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the condition of the road in general signalled to the reasonable driver that caution was needed.

The trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the municipality should have known of the alleged state of disrepair. She made no finding that the municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to it on the basis that it should have known of the danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality with regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case. The trial judge erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from that of a prudent municipal councillor and by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the disrepair remained on the plaintiff throughout. She made palpable and overriding errors in fact by drawing the unreasonable inference that the municipality should have known that the portion of the road on which the accident occurred was dangerous from evidence that accidents had occurred on other parts of the road. As the municipality had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of super-elevation on the curves, or the presence of vegetation along the sides of the road, it had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. The question of the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care. A municipality can only be expected to have knowledge of those hazards which pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care, since these are the only hazards for which there is

en sécurité sur le tronçon en question. Il s'agissait d'une erreur de droit. Les municipalités ont l'obligation de tenir les chemins dans un état raisonnable d'entretien de façon que ceux qui doivent les emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit d'une obligation de portée limitée, car les municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues. Bien que la juge de première instance ait conclu que la portion du chemin où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. La cour d'appel qui décèle une erreur de droit a compétence pour reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et les réévaluer au regard du critère juridique approprié. En l'espèce, la portion du chemin où s'est produit l'accident ne présentait pas de risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales, car l'état de ce chemin en général avertissait l'automobiliste raisonnable que la prudence s'imposait.

La juge de première instance a commis et des erreurs de droit et des erreurs de fait manifestes et dominantes en statuant que la municipalité intimée aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétendait-on, le chemin. La juge de première instance n'a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le prétendu mauvais état du chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu'elle aurait dû connaître l'existence du danger. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s'il y a lieu de présumer que la municipalité connaissait ce fait, eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Il répond ensuite à cette question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi. Dans la présente affaire, la juge de première instance a fait erreur en droit en examinant la question de la connaissance requise du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne reconnaissant pas que le fardeau de prouver que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ne cessait jamais d'incomber au demandeur. La juge de première instance a commis une erreur de fait manifeste et dominante en inférant déraisonnablement que la municipalité intimée aurait dû savoir que la partie du chemin où l'accident s'est produit était dangereuse, compte tenu de la preuve que des accidents avaient eu lieu ailleurs sur ce chemin. La municipalité n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers, puisqu'elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du

a duty to repair. Here, the municipality cannot have been expected to have knowledge of the hazard that existed at the site of the accident, since the hazard did not pose a risk to the reasonable driver. Implicit in the trial judge's reasons was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident reporting system, a palpable error, absent any evidence of what might have been a reasonable system.

With respect to her conclusions on causation, which are conclusions on matters of fact, the trial judge ignored evidence that N had swerved on the first curve he negotiated prior to the accident, and that he had driven on the road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. She further ignored the significance of the testimony of the forensic alcohol specialist which pointed overwhelmingly to alcohol as the causal factor which led to the accident, and erroneously relied on one statement by him to support her conclusion that a driver at N's level of impairment would have reacted to a warning sign. The finding that the outcome would have been different had N been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew the curve was there. The fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on causation does not insulate them from review by this Court. An appellate court is entitled to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion.

Whatever the approach to the issue of the duty of care, it is only reasonable to expect a municipality to foresee accidents which occur as a result of the conditions of the road, and not, as in this case, as a result of the condition of the driver. To expand the repair obligation of municipalities to require them to take into account the actions of unreasonable or careless drivers when discharging this duty would signify a drastic and unworkable change to the current standard.

chemin. La question de la connaissance de l'intimée est intimement liée à celle de la norme de diligence. Une municipalité est uniquement censée avoir connaissance des dangers qui présentent un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales, puisqu'il s'agit des seuls dangers à l'égard desquels existe une obligation d'entretien. En l'espèce, on ne pouvait attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où l'accident est survenu, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance que la municipalité aurait censément dû connaître l'existence des accidents grâce à un système d'information en la matière, erreur manifeste en l'absence de quelque élément de preuve indiquant ce qui aurait pu constituer un système raisonnable.

Relativement aux conclusions de la juge de première instance sur le lien de causalité, qui sont des conclusions de fait, celle-ci a fait abstraction de la preuve que le véhicule de N avait fait une embardée dans la première courbe et que ce dernier avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. La juge de première instance a également omis de tenir compte de l'importance du témoignage du spécialiste judiciaire en matière d'alcool, qui menait irrésistiblement à la conclusion que l'alcool avait été le facteur causal de l'accident, et elle a erronément invoqué une déclaration de celui-ci au soutien de sa conclusion que N aurait réagi à un panneau de signalisation. La conclusion que le résultat aurait été différent si N avait été prévenu de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur le lien de causalité n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. Le tribunal d'appel est habilité à se demander si le juge de première instance a clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse.

Indépendamment de l'approche choisie à l'égard de la question de l'obligation de diligence, il n'est que raisonnable d'attendre d'une municipalité qu'elle prévoit les accidents qui surviennent en raison de l'état du chemin, et non, comme en l'espèce, ceux qui résultent de l'état du conducteur. Élargir l'obligation d'entretien des municipalités en exigeant qu'elles tiennent compte, dans l'exécution de cette obligation, des actes des conducteurs déraisonnables ou imprudents, entraînerait une modification radicale et irréalisable de la norme actuelle.

Cases Cited

By Iacobucci and Major JJ.

Applied: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **considered:** *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; **referred to:** *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497; *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

By Bastarache J. (dissenting)

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, rev'g (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (*sub nom. Taylor v. The Queen in Right of British Columbia*, rev'g (1978), 95 D.L.R. (3d) 82; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Williams v. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts appliqués : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **arrêt examiné :** *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés :** *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497; *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Swinamer c. Nouvelle- cosse (Procureur g n ral)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, inf. (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (*sub nom. Taylor c. The Queen in Right of British Columbia*), inf. (1978), 95 D.L.R. 82; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.

L.R. 75; *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Schreiber Products Ltd. v. Currie Brothers Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, ss. 33(1), 44(1).
Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192 [am. 1992, c. 63, s. 47; am. 1993, c. T-20.1, s. 7].

Authors Cited

American Bar Association. Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago: American Bar Association, 1995.
Cambridge International Dictionary of English. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, "palpable".
 Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445.
 Goodhart, A. L. "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402.
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "palpable".
Random House Dictionary of the English Language, 2nd ed. Edited by Stuart Berg Flexner. New York: Random House, 1987, "palpable".
 Wright, Charles Alan. "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, setting aside a decision of the Court of Queen's Bench, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Appeal allowed, Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

L.R. 75; *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 33(1), 44(1).
Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192 [mod. 1992, ch. 63, art. 47; mod. 1993, ch. T-20.1, art. 7].

Doctrine citée

American Bar Association Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago : American Bar Association, 1995.
 Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445.
 Goodhart, A. L. « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402.
Grand Larousse de la langue française, Paris : Librairie Larousse, 1975, « manifeste ».
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « manifeste ».
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton : Juriliber, 1994.
Trésor de la langue française. Paris : Gallimard, 1985, « manifeste ».
 Wright, Charles Alan. « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents.

Gary D. Young, Q.C., Denis I. Quon and M. Kim Anderson, for the appellant.

Michael Morris and G. L. Gerrand, Q.C., for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

I. Introduction

A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge's reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge's decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion.

Authority for this abounds particularly in appellate courts in Canada and abroad (see *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (Ont. C.A.); *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60). In addition scholars, national and international, endorse it (see C. A. Wright in "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, at p. 780; and the Honourable R. P. Kerans in *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); and American Bar Association, *Judicial Administration Division, Standards Relating to Appellate Courts* (1995), at pp. 24-25).

The role of the appellate court was aptly defined in *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204, where it was stated:

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

Gary D. Young, c.r., Denis I. Quon et M. Kim Anderson, pour l'appellant.

Michael Morris et G. L. Gerrand, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

Il va sans dire qu'une cour d'appel ne devrait modifier les conclusions d'un juge de première instance qu'en cas d'erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision.

Il existe une abondante jurisprudence étayant cette proposition, particulièrement des décisions émanant de cours d'appel, tant au Canada qu'à l'étranger (voir *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (C.A. Ont.); *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60). En outre, des auteurs, tant à l'échelle nationale qu'internationale, y souscrivent (voir C. A. Wright, « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, p. 780; l'honorable R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); et American Bar Association, *Judicial Administration Division, Standards Relating to Appellate Courts* (1995), p. 24-25).

Le rôle des tribunaux d'appel a été défini de manière judicieuse dans l'arrêt *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, où la cour a dit ceci :

[TRADUCTION] La cour d'appel ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

1

2

3

4 While the theory has acceptance, consistency in its application is missing. The foundation of the principle is as sound today as 100 years ago. It is premised on the notion that finality is an important aim of litigation. There is no suggestion that appellate court judges are somehow smarter and thus capable of reaching a better result. Their role is not to write better judgments but to review the reasons in light of the arguments of the parties and the relevant evidence, and then to uphold the decision unless a palpable error leading to a wrong result has been made by the trial judge.

5 What is palpable error? The *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines “palpable” as “clear to the mind or plain to see” (p. 1337). The *Cambridge International Dictionary of English* (1996) describes it as “so obvious that it can easily be seen or known” (p. 1020). The *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987) defines it as “readily or plainly seen” (p. 1399).

6 The common element in each of these definitions is that palpable is plainly seen. Applying that to this appeal, in order for the Saskatchewan Court of Appeal to reverse the trial judge the “palpable and overriding” error of fact found by Cameron J.A. must be plainly seen. As we will discuss, we do not think that test has been met.

II. The Role of the Appellate Court in the Case at Bar

7 Given that an appeal is not a retrial of a case, consideration must be given to the applicable standard of review of an appellate court on the various issues which arise on this appeal. We therefore find it helpful to discuss briefly the standards of review relevant

Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n’est pas appliquée de manière systématique. Le fondement de cette théorie est aussi valide aujourd’hui qu’il l’était il y a 100 ans. Cette théorie repose sur l’idée que le caractère définitif des décisions est un aspect important du processus judiciaire. Personne ne prétend que les juges des cours d’appel seraient, d’une manière ou d’une autre, plus intelligents que les autres et donc capables d’arriver à un meilleur résultat. Leur rôle n’est pas de rédiger de meilleurs jugements, mais de contrôler les motifs à la lumière des arguments des parties et de la preuve pertinente, puis de confirmer la décision à moins que le juge de première instance n’ait commis une erreur manifeste ayant conduit à un résultat erroné.

Qu’est-ce qu’une erreur manifeste? Le *Trésor de la langue française* (1985) définit ainsi le mot « manifeste » : « . . . Qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence. [. . .] *erreur manifeste* » (p. 317). Le *Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001) définit ce mot ainsi : « Dont l’existence ou la nature est évidente. [. . .] Qui est clairement, évidemment tel. [. . .] *Erreur, injustice manifeste* » (p. 1139). Enfin, le *Grand Larousse de la langue française* (1975) donne la définition suivante de « manifeste » : « . . . Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente : *Une erreur manifeste* » (p. 3213).

L’élément commun de ces définitions est qu’une chose « manifeste » est une chose qui est « évidente ». Si l’on applique ce critère au présent pourvoi, il faut que l’« erreur manifeste et dominante » décelée par le juge Cameron soit évidente pour que la Cour d’appel de la Saskatchewan puisse infirmer la décision de la juge de première instance. Comme nous le verrons plus loin, nous ne croyons pas qu’on a satisfait à ce critère en l’espèce.

II. Le rôle de la Cour d’appel en l’espèce

Étant donné que l’appel ne constitue pas un nouveau procès, il faut se demander quelle est la norme de contrôle applicable en appel à l’égard des diverses questions que soulève le présent pourvoi. Nous estimons donc utile d’examiner brièvement

to the following types of questions: (1) questions of law; (2) questions of fact; (3) inferences of fact; and (4) questions of mixed fact and law.

A. *Standard of Review for Questions of Law*

On a pure question of law, the basic rule with respect to the review of a trial judge's findings is that an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own. Thus the standard of review on a question of law is that of correctness: Kerans, *supra*, at p. 90.

There are at least two underlying reasons for employing a correctness standard to matters of law. First, the principle of universality requires appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations. The importance of this principle was recognized by this Court in *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 515:

It is fundamental to the due administration of justice that the authority of decisions be scrupulously respected by all courts upon which they are binding. Without this uniform and consistent adherence the administration of justice becomes disordered, the law becomes uncertain, and the confidence of the public in it undermined. Nothing is more important than that the law as pronounced . . . should be accepted and applied as our tradition requires; and even at the risk of that fallibility to which all judges are liable, we must maintain the complete integrity of relationship between the courts.

A second and related reason for applying a correctness standard to matters of law is the recognized law-making role of appellate courts which is pointed out by Kerans, *supra*, at p. 5:

The call for universality, and the law-settling role it imposes, makes a considerable demand on a reviewing court. It expects from that authority a measure of expertise about the art of just and practical rule-making, an expertise that is not so critical for the first court. Reviewing courts, in cases where the law requires settlement, make law for future cases as well as the case under review.

les normes de contrôle se rapportant à chacune des catégories de questions suivantes : (1) les questions de droit; (2) les questions de fait; (3) les inférences de fait; (4) les questions mixtes de fait et de droit.

A. *La norme de contrôle applicable aux questions de droit*

Dans le cas des pures questions de droit, la règle fondamentale applicable en matière de contrôle des conclusions du juge de première instance est que les cours d'appel ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance. La norme de contrôle applicable à une question de droit est donc celle de la décision correcte : Kerans, *op. cit.*, p. 90.

Au moins deux raisons justifient l'application de la norme de la décision correcte aux questions de droit. Premièrement, le principe de l'universalité impose aux cours d'appel le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. Notre Cour a reconnu l'importance de ce principe dans *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504, p. 515 :

[TRADUCTION] Il est fondamental, pour assurer la bonne administration de la justice, que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par tous les tribunaux qui sont liées par elles. Sans cette adhésion générale et constante, l'administration de la justice sera désordonnée, le droit deviendra incertain et la confiance dans celui-ci sera ébranlée. Il importe plus que tout que le droit, tel qu'il a été énoncé, [. . .] soit accepté et appliqué comme l'exige notre tradition; et même au risque de nous tromper, tous les juges étant faillibles, nous devons préserver totalement l'intégrité des rapports entre les tribunaux.

Une deuxième raison, connexe, d'appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit tient au rôle qu'on reconnaît aux cours d'appel en matière de création du droit et qu'a souligné Kerans, *op. cit.*, p. 5 :

[TRADUCTION] Le principe de l'universalité — et le rôle de création du droit qu'il emporte — exige beaucoup du tribunal de révision. Il exige de ce tribunal qu'il fasse preuve d'un certain degré d'expertise dans l'art d'élaborer une règle de droit juste et pratique, expertise qui ne revêt pas une importance aussi cruciale pour le premier tribunal. Dans les affaires où le droit n'est pas fixé, le tribunal de révision élabore des règles de droit applicables tout autant à d'éventuelles affaires qu'à celle dont il est saisi.

Thus, while the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law.

B. *Standard of Review for Findings of Fact*

10 The standard of review for findings of fact is that such findings are not to be reversed unless it can be established that the trial judge made a “palpable and overriding error”: *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12, at para. 42; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 57. While this standard is often cited, the principles underlying this high degree of deference rarely receive mention. We find it useful, for the purposes of this appeal, to review briefly the various policy reasons for employing a high level of appellate deference to findings of fact.

11 A fundamental reason for general deference to the trial judge is the presumption of fitness — a presumption that trial judges are just as competent as appellate judges to ensure that disputes are resolved justly. Kerans, *supra*, at pp. 10-11, states that:

If we have confidence in these systems for the resolution of disputes, we should assume that those decisions are just. The appeal process is part of the decisional process, then, only because we recognize that, despite all effort, errors occur. An appeal should be the exception rather than the rule, as indeed it is in Canada.

12 With respect to findings of fact in particular, in *Gottardo Properties*, *supra*, Laskin J.A. summarized the purposes underlying a deferential stance as follows (at para. 48):

Ainsi, alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d’appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s’acquitter de ces rôles, les cours d’appel ont besoin d’un large pouvoir de contrôle à l’égard des questions de droit.

B. *La norme de contrôle applicable aux questions de fait*

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s’il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante » : *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12, par. 42; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 57. On cite souvent cette norme, mais rarement les principes justifiant ce degré élevé de retenue. Pour les besoins du présent pourvoi, nous estimons qu’il est utile d’examiner brièvement les diverses considérations de principe qui incitent les cours d’appel à faire preuve d’un degré élevé de retenue à l’égard des conclusions de fait.

L’une des raisons fondamentales de cette retenue générale à l’égard des conclusions des juges de première instance tient à la présomption d’aptitude à juger — présomption selon laquelle les juges de première instance sont tout aussi aptes que les juges d’appel à apporter des solutions justes aux litiges. Kerans, *op. cit.*, dit ceci aux p. 10-11 :

[TRADUCTION] Si nous nous fions à ces systèmes pour régler les différends, il nous faut présumer que les décisions qu’ils produisent sont justes. La procédure d’appel ne fait en conséquence partie du processus décisionnel que parce que nous reconnaissons que, malgré tous les efforts déployés, des erreurs se produisent. L’appel devrait être l’exception plutôt que la règle, ce qui est d’ailleurs le cas au Canada.

Pour ce qui est des conclusions de fait en particulier, dans *Gottardo Properties*, précité, le juge Laskin de la Cour d’appel de l’Ontario a résumé ainsi les objectifs qui sous-tendent le principe de la retenue judiciaire (au par. 48) :

Deference is desirable for several reasons: to limit the number and length of appeals, to promote the autonomy and integrity of the trial or motion court proceedings on which substantial resources have been expended, to preserve the confidence of litigants in those proceedings, to recognize the competence of the trial judge or motion judge and to reduce needless duplication of judicial effort with no corresponding improvement in the quality of justice.

Similar concerns were expressed by La Forest J. in *Schwartz*, *supra*, at para. 32:

It has long been settled that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference. The rule is principally based on the assumption that the trier of fact is in a privileged position to assess the credibility of witnesses' testimony at trial. . . . Others have also pointed out additional judicial policy concerns to justify the rule. Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact; see R. D. Gibbens, "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-48; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at p. 204.

See also in the context of patent litigation, *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 537.

In *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), at pp. 574-75, the United States Supreme Court also listed numerous reasons for deferring to the factual findings of the trial judge:

The rationale for deference to the original finder of fact is not limited to the superiority of the trial judge's position to make determinations of credibility. The trial judge's major role is the determination of fact, and with experience in fulfilling that role comes expertise. Duplication of the trial judge's efforts in the court of appeals would very likely contribute only negligibly to the accuracy of fact determination at a huge cost in diversion of judicial resources. In addition, the parties to a case on appeal have already been forced to concentrate

[TRADUCTION] La retenue est souhaitable pour diverses raisons : pour limiter le nombre et la durée des appels, pour promouvoir l'autonomie et l'intégrité des procédures devant le tribunal de première instance ou la cour des requêtes auxquelles de nombreuses ressources ont été consacrées, pour maintenir la confiance des plaideurs, pour reconnaître la compétence du juge de première instance ou du juge des requêtes, et pour réduire la multiplication inutile des procédures qui n'entraînent aucune amélioration correspondante de la qualité de la justice.

Le juge La Forest a exprimé des préoccupations semblables dans l'arrêt *Schwartz*, précité, par. 32 :

Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance. La règle se justifie principalement par la situation avantageuse dont bénéficie le juge des faits pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoignages entendus au procès. [. . .] D'autres préoccupations liées à la politique judiciaire ont par ailleurs été invoquées pour justifier la règle. Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; voir R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1992), 13 *Adv. Q.* 445, aux pp. 445 à 448; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, à la p. 204.

Voir aussi, dans le contexte d'une poursuite touchant un brevet, *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 537.

Dans *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), p. 574-575, la Cour suprême des États-Unis a aussi dressé une liste de raisons qui justifient de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance :

[TRADUCTION] La raison d'être de la retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance ne se limite pas au fait que ce dernier est mieux placé pour statuer sur la crédibilité. Le rôle principal du juge de première instance est de constater les faits, et l'expérience qu'il acquiert en s'acquittant de ce rôle lui confère son expertise à cet égard. Si les cours d'appel refaisaient le travail du juge de première instance, il est fort possible que ces efforts n'amélioreraient que marginalement l'exactitude des conclusions de fait, malgré

their energies and resources on persuading the trial judge that their account of the facts is the correct one; requiring them to persuade three more judges at the appellate level is requiring too much. As the Court has stated in a different context, the trial on the merits should be “the ‘main event’ . . . rather than a ‘tryout on the road.’” . . . For these reasons, review of factual findings under the clearly-erroneous standard — with its deference to the trier of fact — is the rule, not the exception.

les ressources judiciaires considérables qui devraient être réaffectées à cette fin. En outre, les parties à un appel ont déjà dû consacrer énergies et ressources à convaincre le juge de première instance de la justesse de leur version des faits; ce serait abuser que de leur demander de convaincre trois autres juges en appel. Comme l’a dit notre Cour dans un contexte différent, le procès sur le fond devrait être considéré comme « “l’épreuve principale” [. . .] plutôt que comme un “banc d’essai” ». [. . .] Pour ces motifs, le contrôle des décisions de fait selon la norme de la décision manifestement erronée — et la retenue envers le juge de première instance qu’elle suppose — est la règle, et non l’exception.

- 14 Further comments regarding the advantages possessed by the trial judge have been made by R. D. Gibbens in “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, at p. 446:

The trial judge is said to have an expertise in assessing and weighing the facts developed at trial. Similarly, the trial judge has also been exposed to the entire case. The trial judge has sat through the entire case and his ultimate judgment reflects this total familiarity with the evidence. The insight gained by the trial judge who has lived with the case for several days, weeks or even months may be far deeper than that of the Court of Appeal whose view of the case is much more limited and narrow, often being shaped and distorted by the various orders or rulings being challenged.

- D’autres observations sur les avantages dont disposent le juge de première instance ont été formulées par R. D. Gibbens dans « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, p. 446 :

[TRADUCTION] On dit que le juge de première instance possède de l’expertise dans l’évaluation et l’appréciation des faits présentés au procès. Il a également entendu l’affaire au complet. Il a assisté à toute la cause et son jugement final reflète cette connaissance intime de la preuve. Cette connaissance, acquise par le juge au fil des jours, des semaines voire des mois qu’a durés l’affaire, peut se révéler beaucoup plus profonde que celle de la cour d’appel, dont la perception est beaucoup plus limitée et étroite, et souvent déterminée et déformée par les diverses ordonnances et décisions qui sont contestées.

The corollary to this recognized advantage of trial courts and judges is that appellate courts are not in a favourable position to assess and determine factual matters. Appellate court judges are restricted to reviewing written transcripts of testimony. As well, appeals are unsuited to reviewing voluminous amounts of evidence. Finally, appeals are telescopic in nature, focussing narrowly on particular issues as opposed to viewing the case as a whole.

Cet avantage reconnu des tribunaux et des juges de première instance a pour corollaire que les cours d’appel ne sont pas dans une position favorable pour évaluer et apprécier les questions de fait. Les juges des cours d’appel n’examinent que la transcription des témoignages. De plus, les appels ne se prêtent pas à l’examen de dossiers volumineux. Enfin, les appels ont un caractère « focalisateur », en ce qu’ils s’attachent à des questions particulières plutôt qu’à l’ensemble de l’affaire.

- 15 In our view, the numerous bases for deferring to the findings of fact of the trial judge which are discussed in the above authorities can be grouped into the following three basic principles.

(1) Limiting the Number, Length and Cost of Appeals

À notre avis, ces diverses raisons justifiant la retenue à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous les trois principes de base suivants.

(1) Réduire le nombre, la durée et le coût des appels

- 16 Given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review is to be

Vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, il faut encourager l’établissement

encouraged. Deferring to a trial judge's findings of fact not only serves this end, but does so on a principled basis. Substantial resources are allocated to trial courts for the purpose of assessing facts. To allow for wide-ranging review of the trial judge's factual findings results in needless duplication of judicial proceedings with little, if any improvement in the result. In addition, lengthy appeals prejudice litigants with fewer resources, and frustrate the goal of providing an efficient and effective remedy for the parties.

(2) Promoting the Autonomy and Integrity of Trial Proceedings

The presumption underlying the structure of our court system is that a trial judge is competent to decide the case before him or her, and that a just and fair outcome will result from the trial process. Frequent and unlimited appeals would undermine this presumption and weaken public confidence in the trial process. An appeal is the exception rather than the rule.

(3) Recognizing the Expertise of the Trial Judge and His or Her Advantageous Position

The trial judge is better situated to make factual findings owing to his or her extensive exposure to the evidence, the advantage of hearing testimony *viva voce*, and the judge's familiarity with the case as a whole. Because the primary role of the trial judge is to weigh and assess voluminous quantities of evidence, the expertise and insight of the trial judge in this area should be respected.

C. *Standard of Review for Inferences of Fact*

We find it necessary to address the appropriate standard of review for factual inferences because the reasons of our colleague suggest that a lower standard of review may be applied to the inferences of fact drawn by a trial judge. With respect, it is our

de limites à la portée du contrôle judiciaire. La retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance sert cet objectif d'une manière rationnelle. D'importantes ressources sont allouées aux tribunaux de première instance aux fins d'évaluation des faits. Permettre un large contrôle des conclusions factuelles des juges de première instance entraîne une inutile répétition de procédures judiciaires, tout en n'améliorant que peu ou pas le résultat. En outre, de longs appels causent préjudice aux plaideurs moins bien nantis et compromettent l'objectif qui consiste à mettre à leur disposition des recours efficaces et efficaces.

(2) Favoriser l'autonomie du procès et son intégrité

L'organisation de notre système judiciaire repose sur la présomption que le juge de première instance est qualifié pour trancher l'affaire dont il est saisi et qu'une solution juste et équitable résultera du procès. Des appels fréquents et illimités affaibliraient cette présomption et saperait la confiance du public dans le processus judiciaire. L'appel est l'exception, non la règle.

(3) Reconnaître l'expertise du juge de première instance et sa position avantageuse

Le juge de première instance est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble. Étant donné que le rôle principal du juge de première instance est d'apprécier et de soupeser d'abondantes quantités d'éléments de preuve, son expertise dans ce domaine et sa connaissance intime du dossier doivent être respectées.

C. *La norme de contrôle applicable aux inférences de fait*

Nous estimons nécessaire de nous pencher sur la question de la norme de contrôle appropriée quant aux inférences de fait des juges de première instance, parce que les motifs de notre collègue suggèrent qu'une norme de contrôle moins exigeante peut

17

18

19

view, that to apply a lower standard of review to inferences of fact would be to depart from established jurisprudence of this Court, and would be contrary to the principles supporting a deferential stance to matters of fact.

20

Our colleague acknowledges that, in *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, this Court determined that a trial judge's inferences of fact and findings of fact should be accorded a similar degree of deference. The relevant passage from *Geffen* is the following (*per* Wilson J., at pp. 388-89):

It is by now well established that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts Even where a finding of fact is not contingent upon credibility, this Court has maintained a non-interventionist approach to the review of trial court findings. . . .

And even in those cases where a finding of fact is neither inextricably linked to the credibility of the testifying witness nor based on a misapprehension of the evidence, the rule remains that appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Hence, in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, this Court refused to overturn a trial judge's finding that certain goods were defective, stating at pp. 84-85 that it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole (citing *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371).

This view has been reiterated by this Court on numerous occasions: see *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580, at p. 583; *Schwartz*, *supra*, at para. 32; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, *per* La Forest J.; *Toneguzzo-Norvell*, *supra*. The United States Supreme Court has taken a similar position: see *Anderson*, *supra*, at p. 577.

21

In discussing the standard of review of the trial judge's inferences of fact, our colleague states, at para. 103, that:

être appliquée à cet égard. En toute déférence, nous sommes d'avis que l'application d'une telle norme de contrôle romprait avec la jurisprudence établie de notre Cour en la matière et serait contraire aux principes justifiant le respect d'une attitude empreinte de retenue à l'égard des constatations de fait.

Notre collègue reconnaît que dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, notre Cour a jugé qu'il fallait faire preuve du même degré de retenue à l'égard des inférences de fait du juge de première instance qu'à l'égard de ses constatations de fait. Voici le passage pertinent des motifs de madame le juge Wilson (aux p. 388-389) :

C'est maintenant un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits [. . .] Même si une constatation de fait ne dépend pas de la crédibilité, notre Cour a pour principe de ne pas intervenir pour réviser les constatations des tribunaux de première instance

Et même dans les cas où une constatation de fait n'est ni liée inextricablement à la crédibilité du témoin ni fondée sur une mauvaise compréhension de la preuve, la règle reste la même : l'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, notre Cour a refusé d'infirmar la conclusion du juge de première instance que certaines marchandises étaient défectueuses, disant, aux pp. 84 et 85, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve (citant *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371).

Notre Cour a réitéré cette opinion à maintes reprises : voir *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580, p. 583; *Schwartz*, précité, par. 32; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 426, le juge La Forest; *Toneguzzo-Norvell*, précité. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable : voir *Anderson*, précité, p. 577.

Dans son examen de la norme de contrôle applicable aux inférences de fait du juge de première instance, notre collègue dit ce qui suit, au par. 103 :

In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. . . . While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact. [Emphasis added.]

With respect, we find two problems with this passage. First, in our view, the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, which implies a stricter standard.

Second, with respect, we find that by drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, the above passage may lead appellate courts to involve themselves in an unjustified reweighing of the evidence. Although we agree that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, we would add the caution that where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. As stated above, trial courts are in an advantageous position when it comes to assessing and weighing vast quantities of evidence. In making a factual inference, the trial judge must sift through the relevant facts, decide on their weight, and draw a factual conclusion. Thus, where evidence exists which supports this conclusion, interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence.

La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. [. . .] Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait. [Nous soulignons.]

En toute déférence, nous estimons que ce passage comporte deux erreurs. Premièrement, selon nous, la norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l'application d'une norme plus stricte.

Deuxièmement, nous croyons en toute déférence qu'en faisant une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, le passage précité pourrait amener les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Bien que nous partagions l'opinion selon laquelle il est loisible à une cour d'appel de conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance est manifestement erronée, nous tenons toutefois à faire la mise en garde suivante : lorsque des éléments de preuve étayaient cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. Comme nous l'avons dit précédemment, les tribunaux de première instance sont dans une position avantageuse pour apprécier et soupeser de vastes quantités d'éléments de preuve. Pour tirer une inférence factuelle, le juge de première instance doit passer les faits pertinents au crible, en apprécier la valeur probante et tirer une conclusion factuelle. En conséquence, lorsque cette conclusion est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance.

23

We reiterate that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion. The appellate court is not free to interfere with a factual conclusion that it disagrees with where such disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to the underlying facts. As we discuss below, it is our respectful view that our colleague's finding that the trial judge erred by imputing knowledge of the hazard to the municipality in this case is an example of this type of impermissible interference with the factual inference drawn by the trial judge.

24

In addition, in distinguishing inferences of fact from findings of fact, our colleague states, at para. 102, that deference to findings of fact is "principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand", a rationale which does not bear on factual inferences. With respect, we disagree with this view. As we state above, there are numerous reasons for showing deference to the factual findings of a trial judge, many of which are equally applicable to all factual conclusions of the trial judge. This was pointed out in *Schwartz, supra*. After listing numerous policy concerns justifying a deferential approach to findings of fact, at para. 32 *La Forest J.* goes on to state:

This explains why the rule [that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference] applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. [Emphasis added.]

Nous rappelons qu'il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle. La cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion. Comme nous le verrons plus loin, nous estimons en toute déférence que constitue un exemple de ce genre d'intervention inadmissible à l'égard d'une inférence de fait la conclusion de notre collègue selon laquelle la juge de première instance a commis une erreur en prêtant à la municipalité la connaissance du danger dans la présente affaire.

De plus, en établissant une distinction entre les inférences de fait et les conclusions de fait, notre collègue dit, au par. 102, que la retenue à l'égard des secondes « repose principalement sur le fait que, puisqu'il [le juge de première instance] est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix », justification non pertinente dans le cas des inférences de fait. En toute déférence, nous ne partageons pas cette opinion. Comme nous l'avons dit plus tôt, il existe de nombreuses raisons de faire preuve de retenue à l'égard des constatations de fait du juge de première instance, dont plusieurs valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. Cette observation a été faite dans l'arrêt *Schwartz*, précité. Après avoir énuméré les nombreuses considérations de politique judiciaire invoquées pour justifier la règle de la retenue à l'égard des constatations de fait, le juge *La Forest*, au par. 32, ajoute :

Cela explique pourquoi la règle [selon laquelle les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance] s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. [Nous soulignons.]

Recent support for deferring to all factual conclusions of the trial judge is found in *Toneguzzo-Norvell*, *supra*. McLachlin J. (as she then was) for a unanimous Court stated, at pp. 121-22:

A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge. [Emphasis added.]

We take the above comments of McLachlin J. to mean that, although the same high standard of deference applies to the entire range of factual determinations made by the trial judge, where a factual finding is grounded in an assessment of credibility of a witness, the overwhelming advantage of the trial judge in this area must be acknowledged. This does not, however, imply that there is a lower standard of review where witness credibility is not in issue, or that there are not numerous policy reasons supporting deference to all factual conclusions of the trial judge. In our view, this is made clear by the underlined portion of the above passage. The essential point is that making a factual conclusion, of any kind, is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review.

Although the trial judge will always be in a distinctly privileged position when it comes to

Notre Cour a récemment donné son appui à la règle de la retenue judiciaire à l'égard de l'ensemble des conclusions factuelles du juge de première instance dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité. Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui a rédigé le jugement unanime de notre Cour, a dit ceci, aux p. 121-122 :

Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve. [Nous soulignons.]

Nous considérons que ces propos du juge McLachlin signifient que, bien que le même degré élevé de retenue s'applique à l'ensemble des décisions factuelles du juge de première instance, lorsqu'une telle conclusion factuelle repose sur l'appréciation de la crédibilité d'un témoin, il faut reconnaître l'énorme avantage dont jouit le juge de première instance à cet égard. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une norme de contrôle moins rigoureuse s'applique lorsque la question en jeu ne porte pas sur la crédibilité d'un témoin, ni qu'il n'existe pas de nombreuses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard de toutes les conclusions factuelles. À notre avis, cela ressort clairement du passage souligné dans l'extrait précité. Le point essentiel est qu'une conclusion factuelle — quelle que soit sa nature — exige nécessairement qu'on attribue un certain poids à un élément de preuve et, de ce fait, commande l'application d'une norme de contrôle empreinte de retenue.

Bien que le juge de première instance soit toujours dans une position privilégiée pour apprécier

assessing the credibility of witnesses, this is not the only area where the trial judge has an advantage over appellate judges. Advantages enjoyed by the trial judge with respect to the drawing of factual inferences include the trial judge's relative expertise with respect to the weighing and assessing of evidence, and the trial judge's inimitable familiarity with the often vast quantities of evidence. This extensive exposure to the entire factual nexus of a case will be of invaluable assistance when it comes to drawing factual conclusions. In addition, concerns with respect to cost, number and length of appeals apply equally to inferences of fact and findings of fact, and support a deferential approach towards both. As such, we respectfully disagree with our colleague's view that the principal rationale for showing deference to findings of fact is the opportunity to observe witnesses first-hand. It is our view that the trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact, and, even in the absence of these advantages, there are other compelling policy reasons supporting a deferential approach to inferences of fact. We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge — that of palpable and overriding error.

D. *Standard of Review for Questions of Mixed Fact and Law*

At the outset, it is important to distinguish questions of mixed fact and law from factual findings (whether direct findings or inferences). Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. On the other hand, factual findings or inferences require making a conclusion of fact based on a set of facts. Both mixed fact and law and fact findings often involve drawing inferences; the difference lies in whether the inference drawn is legal

la crédibilité des témoins, ce n'est pas là le seul domaine où il bénéficie d'un avantage sur les juges des cours d'appel. Parmi les avantages dont jouit le juge de première instance sur le plan des inférences factuelles, mentionnons son expertise relative en matière d'appréciation et d'évaluation de la preuve, de même que la connaissance unique qu'il possède de la preuve souvent abondante produite par les parties. Cette familiarité avec toute la trame factuelle lui est d'une grande utilité lorsque vient le moment de tirer des conclusions de fait. En outre, les considérations relatives au coût, au nombre et à la durée des appels sont tout aussi pertinentes pour ce qui est des inférences de fait que pour ce qui est des conclusions de fait, et justifient l'application aux unes comme aux autres d'une norme empreinte de retenue. En conséquence, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle la raison principale justifiant de faire montre de retenue à l'égard des conclusions de fait est la possibilité qu'a le juge de première instance d'observer les témoins directement. Nous sommes d'avis que le juge de première instance jouit, par rapport aux juges d'appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait et que, même si ces avantages n'existaient pas, d'autres considérations impérieuses justifient de faire montre de retenue à l'égard des inférences de fait. Par conséquent, nous concluons en soulignant qu'il n'y a qu'une seule et unique norme de contrôle applicable à toutes les conclusions factuelles tirées par le juge de première instance, soit celle de l'erreur manifeste et dominante.

D. *La norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit*

D'entrée de jeu, il importe de distinguer les questions mixtes de fait et de droit des conclusions factuelles (qu'il s'agisse de conclusions directes ou d'inférences). Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits : *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35. Par contre, les conclusions ou les inférences de fait exigent que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Tant les questions mixtes de fait et de droit que les questions

or factual. Because of this similarity, the two types of questions are sometimes confounded. This confusion was pointed out by A. L. Goodhart in "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402, at p. 405:

The distinction between [the perception of facts and the evaluation of facts] tends to be obfuscated because we use such a phrase as "the judge found as a fact that the defendant had been negligent," when what we mean to say is that "the judge found as a fact that the defendant had done acts A and B, and as a matter of opinion he reached the conclusion that it was not reasonable for the defendant to have acted in that way."

In the case at bar, there are examples of both types of questions. The issue of whether the municipality ought to have known of the hazard in the road involves weighing the underlying facts and making factual findings as to the knowledge of the municipality. It also involves applying a legal standard, which in this case is provided by s. 192(3) of the *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, to these factual findings. Similarly, the finding of negligence involves weighing the underlying facts, making factual conclusions therefrom, and drawing an inference as to whether or not the municipality failed to exercise the legal standard of reasonable care and therefore was negligent.

Once it has been determined that a matter being reviewed involves the application of a legal standard to a set of facts, and is thus a question of mixed fact and law, then the appropriate standard of review must be determined and applied. Given the different standards of review applicable to questions of law and questions of fact, it is often difficult to determine what the applicable standard of review is. In *Southam, supra*, at para. 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard:

... if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the

de fait exigent souvent du tribunal qu'il tire des inférences; la différence réside dans le caractère — juridique ou factuel — de ces inférences. En raison de cette similitude, on confond parfois les deux catégories de questions. Cette confusion a été soulignée par A. L. Goodhart dans « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402, p. 405 :

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l'appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c'est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu'il n'était pas raisonnable pour ce dernier d'avoir agi ainsi ».

L'affaire qui nous occupe présente des exemples des deux catégories de questions. Pour répondre à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le danger présenté par le chemin, il faut apprécier les faits à l'origine de l'affaire et tirer des conclusions factuelles relativement à la connaissance de la municipalité. Il faut appliquer à ces conclusions factuelles une norme juridique qui, en l'occurrence, est énoncée au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. De même, pour pouvoir conclure à la négligence, il faut apprécier les faits essentiels, en tirer des conclusions factuelles puis en dégager une inférence, c'est-à-dire se demander si la municipalité a oui ou non omis de respecter la norme de diligence raisonnable et si elle a, par conséquent, été négligente ou non.

Une fois établi que la question examinée exige l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et qu'il s'agit donc d'une question mixte de fait et de droit, il faut alors déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l'appliquer. Vu les diverses normes de contrôle qui s'appliquent aux questions de droit et aux questions de fait, il est souvent difficile de déterminer celle qui s'applique. Dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte :

... si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les

decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Therefore, what appears to be a question of mixed fact and law, upon further reflection, can actually be an error of pure law.

faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Par conséquent, ce qui peut paraître une question mixte de fait et de droit peut, après plus ample examen, se révéler en réalité une pure erreur de droit.

28

However, where the error does not amount to an error of law, a higher standard is mandated. Where the trier of fact has considered all the evidence that the law requires him or her to consider and still comes to the wrong conclusion, then this amounts to an error of mixed law and fact and is subject to a more stringent standard of review: *Southam, supra*, at paras. 41 and 45. While easy to state, this distinction can be difficult in practice because matters of mixed law and fact fall along a spectrum of particularity. This difficulty was pointed out in *Southam*, at para. 37:

... the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

Cependant, lorsque l'erreur ne constitue pas une erreur de droit, une norme de contrôle plus exigeante s'impose. Dans les cas où le juge des faits examine tous les éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération mais en tire néanmoins une conclusion erronée, il commet alors une erreur mixte de fait et de droit, qui est assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse : *Southam*, précité, par. 41 et 45. Bien que facile à énoncer, cette distinction peut s'avérer difficile à établir en pratique parce que les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre comportant des degrés variables de particularité. Cette difficulté a été soulignée dans l'arrêt *Southam*, par. 37 :

... il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

29

When the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, this Court has held that

Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, notre

a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4, Dickson J. (as he then was) set aside the holding of the British Columbia Court of Appeal that the trial judge had erred in his finding of negligence on the basis that “it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where there is not palpable and overriding error, and the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole” (see also *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84).

This more stringent standard of review for findings of negligence is appropriate, given that findings of negligence at the trial level can also be made by juries. If the standard were instead correctness, this would result in the appellate court assessing even jury findings of negligence on a correctness standard. At present, absent misdirection on law by the trial judge, such review is not available. The general rule is that courts accord great deference to a jury’s findings in civil negligence proceedings:

The principle has been laid down in many judgments of this Court to this effect, that the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it.

(*McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, at p. 343)

See also *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at p. 662, and *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (S.C.C.). To adopt a correctness standard would change the law and undermine the traditional function of the jury. Therefore, requiring a standard of “palpable and overriding error” for findings of negligence made by either a trial judge or a jury rein-

Cour a jugé que les cours d’appel devaient faire preuve de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance. Dans l’arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, p. 4, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a infirmé la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique portant que le juge de première instance avait erronément conclu à la négligence, pour le motif qu’« une cour d’appel commet une erreur lorsqu’elle infirme un jugement de première instance s’il n’y a pas une erreur manifeste et dominante, et si l’interprétation de l’ensemble de la preuve est le seul point en litige » (voir aussi l’arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84).

Il convient d’appliquer cette norme de contrôle plus exigeante aux conclusions de négligence, étant donné que de telles conclusions peuvent également être tirées par des jurys en première instance. Si la norme applicable était celle de la décision correcte, il s’ensuivrait que les cours d’appel appliqueraient cette norme pour contrôler même des conclusions de négligence tirées par jurys. Actuellement, il n’y a ouverture à un tel contrôle que si le juge du procès a donné des directives erronées au jury sur le droit applicable. Suivant la règle générale, les tribunaux font montre d’une grande retenue envers les conclusions des jurys dans les procès civils pour négligence :

[TRADUCTION] Le principe pertinent a été énoncé dans bon nombre d’arrêts de notre Cour, à savoir qu’il n’y a pas lieu d’écarter le verdict d’un jury parce qu’il va à l’encontre du poids de la preuve, à moins que le verdict en question ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre le tribunal qu’aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n’aurait pu le prononcer.

(*McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, p. 343)

Voir également *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, p. 662, et *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (C.S.C.). Adopter la norme de la décision correcte aurait pour effet de modifier le droit et de porter atteinte au rôle traditionnel du jury. Par conséquent, le fait d’exiger l’application de la norme de l’« erreur manifeste et dominante » aux

forces the proper relationship between the appellate and trial court levels and accords with the established standard of review applicable to a finding of negligence by a jury.

31 Where, however, the erroneous finding of negligence of the trial judge rests on an incorrect statement of the legal standard, this can amount to an error of law. This distinction was pointed out by Cory J. in *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at pp. 690-91:

The definition of the standard of care is a mixed question of law and fact. It will usually be for the trial judge to determine, in light of the circumstances of the case, what would constitute reasonable conduct on the part of the legendary reasonable man placed in the same circumstances. In some situations a simple reminder may suffice while in others, for example when a very young child is the passenger, the driver may have to put the seat belt on the child himself. In this case, however, the driver took no steps whatsoever to ensure that the child passenger wore a seat belt. It follows that the trial judge's decision on the issue amounted to a finding that there was no duty at all resting upon the driver. This was an error of law.

Galaske, supra, is an illustration of the point made in *Southam, supra*, of the potential to extricate a purely legal question from what appears to be a question of mixed fact and law. However, in the absence of a legal error or a palpable and overriding error, a finding of negligence by a trial judge should not be interfered with.

32 We are supported in our conclusion by the analogy which can be drawn between inferences of fact and questions of mixed fact and law. As stated above, both involve drawing inferences from underlying facts. The difference lies in whether the inference drawn relates to a legal standard or not. Because both processes are intertwined with the weight assigned to the evidence, the numerous policy reasons which support a deferential stance to the trial judge's inferences of fact, also, to a certain extent, support showing

fins de contrôle d'une conclusion de négligence tirée par un juge ou un jury consolide les rapports qui doivent exister entre les juridictions d'appel et celles de première instance et respecte la norme de contrôle bien établie qui s'applique aux conclusions de négligence tirées par les jurys.

Toutefois, lorsque le juge du procès conclut erronément à la négligence par suite d'une formulation incorrecte de la norme juridique, cela peut constituer une erreur de droit. Cette distinction a été faite par le juge Cory dans l'arrêt *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690-691 :

La définition de la norme de diligence est une question mixte de droit et de fait. Il incombera habituellement au juge du procès de déterminer, compte tenu des circonstances de l'espèce, ce qui constituerait une conduite raisonnable de la part de la personne raisonnable légendaire placée dans la même situation. Dans certains cas, un simple rappel suffira, tandis que dans d'autres, par exemple lorsqu'un très jeune enfant est passager, le conducteur peut avoir à attacher lui-même la ceinture de sécurité de l'enfant. Cependant, en l'espèce, le conducteur n'a pris aucune mesure pour veiller à ce que l'enfant porte sa ceinture de sécurité. Il s'ensuit que la décision du juge du procès sur la question équivalait à une conclusion qu'aucune obligation n'incombait au conducteur, ce qui constituait une erreur de droit.

L'arrêt *Galaske*, précité, illustre bien l'idée exposée dans l'arrêt *Southam*, précité, selon laquelle il est possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît être une question mixte de fait et de droit. Toutefois, en l'absence d'erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante, la conclusion de négligence tirée par un juge de première instance ne doit pas être modifiée.

L'analogie qui peut être établie entre les inférences de fait et les questions mixtes de fait et de droit étaye notre conclusion. Comme nous l'avons dit précédemment, dans les deux cas des inférences doivent être tirées des faits à l'origine de l'affaire. La différence dépend de la question de savoir si l'inférence se rapporte à une norme juridique ou non. Parce que le résultat des deux processus est tributaire du poids accordé à la preuve, les diverses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard des inférences de

deference to the trial judge's inferences of mixed fact and law.

Where, however, an erroneous finding of the trial judge can be traced to an error in his or her characterization of the legal standard, then this encroaches on the law-making role of an appellate court, and less deference is required, consistent with a "correctness" standard of review. This nuance was recognized by this Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at paras. 48-49:

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. [Emphasis added.]

A good example of this subtle principle can be found in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, at pp. 515-16. In that case the issue was the identification of certain individuals within a corporate structure as directing minds. This is a mixed question of law and fact. However, the erroneous finding of the courts below was easily traceable to an error of law which could be extricated from the mixed question of law and fact. The extricable question of law was the issue of the functions which are required in order to be properly identified as a "directing mind" within a corporate structure (pp. 515-16). In the opinion of Iacobucci J. for the majority of the Court (at p. 526):

With respect, I think that the courts below over-emphasized the significance of sub-delegation in this case. The key factor which distinguishes directing minds from normal employees is the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy, rather than merely to give effect to such policy on an

fait du juge de première instance justifient également, dans une certaine mesure, de faire de même à l'égard de ses inférences mixtes de fait et de droit.

Par contre, lorsqu'il peut être établi que la conclusion erronée du juge de première instance découle d'une erreur quant à la norme juridique à appliquer, ce facteur touche au rôle de création du droit de la cour d'appel, et une retenue moins élevée s'impose, conformément à la norme de la décision « correcte ». Notre Cour a apporté cette nuance dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 48-49 :

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou, en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. [Nous soulignons.]

Un bon exemple de ce principe subtil est l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, p. 515-516. La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si certaines personnes faisaient partie des âmes dirigeantes d'une société. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. Toutefois, la conclusion erronée des juridictions inférieures était facilement imputable à une erreur de droit qui pouvait être dégagée de la question mixte de droit et de fait. La question de droit ainsi isolable était celle des fonctions que devait remplir une personne pour qu'on puisse à bon droit la considérer comme une « âme dirigeante » de la société (p. 515-516). Le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi au nom des juges de la majorité, à la p. 526 :

En toute déférence, je crois que les juridictions inférieures ont trop insisté sur l'importance de la subdélégation en l'espèce. Le facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que

33

34

operational basis, whether at head office or across the sea.

35

Stated differently, the lower courts committed an error in law by finding that sub-delegation was a factor identifying a person who is part of the “directing mind” of a company, when the correct legal factor characterizing a “directing mind” is in fact “the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy”. This mischaracterization of the proper legal test (the legal requirements to be a “directing mind”) infected or tainted the lower courts’ factual conclusion that Captain Kelch was part of the directing mind. As this erroneous finding can be traced to an error in law, less deference was required and the applicable standard was one of correctness.

36

To summarize, a finding of negligence by a trial judge involves applying a legal standard to a set of facts, and thus is a question of mixed fact and law. Matters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in *Jaegli Enterprises, supra*, is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel, que ce soit au siège social ou en mer.

En d’autres termes, les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en concluant que la subdélégation était un facteur permettant de qualifier une personne d’« âme dirigeante » d’une société, alors que le facteur juridique applicable à cet égard est en fait « la capacité d’exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale ». Cette formulation erronée du critère juridique approprié (les conditions juridiques requises pour être une « âme dirigeante ») a entaché ou vicié la conclusion factuelle des juridictions inférieures selon laquelle le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la société. Comme cette conclusion erronée était imputable à une erreur de droit, un degré moindre de retenue s’imposait et la norme applicable était celle de la décision correcte.

En résumé, la conclusion de négligence que tire le juge de première instance suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits et constitue donc une question mixte de fait et de droit. Les questions mixtes de fait et de droit s’étalent le long d’un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée d’une erreur imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les cours d’appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu à la négligence, puisqu’il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

In this regard, we respectfully disagree with our colleague when he states at para. 106 that “[o]nce the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts”. In our view, it is settled law that the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant involves the application of a legal standard to a set of facts, a question of mixed fact and law. This question is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law.

III. Application of the Foregoing Principles to this Case: Standard of Care of the Municipality

A. The Appropriate Standard of Review

We agree with our colleague that the correct statement of the municipality’s standard of care is that found in *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), *per* Martin J.A., at pp. 558-59:

The extent of the statutory obligation placed upon municipal corporations to keep in repair the highways under their jurisdiction, has been variously stated in numerous reported cases. There is, however, a general rule which may be gathered from the decisions, and that is, that the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. What is a reasonable state of repair is a question of fact, depending upon all the surrounding circumstances; “repair” is a relative term, and hence the facts in one case afford no fixed rule

À cet égard, nous ne pouvons en toute déférence pas souscrire à l’opinion de notre collègue lorsqu’il affirme, au par. 106, qu’« [u]ne fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée. Dans bien des cas, l’examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l’établissement de politiques d’intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d’appel ». À notre avis, il est bien établi en droit que la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. Cette question est assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit.

III. Application des principes qui précèdent à l’espèce : la norme de diligence applicable à la municipalité

A. La norme de contrôle appropriée

À l’instar de notre collègue, nous sommes d’avis que la norme de diligence applicable à la municipalité a été convenablement énoncée par le juge Martin dans l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (C.A. Sask.), p. 558-559 :

[TRADUCTION] L’étendue de l’obligation légale d’entretien qui incombe aux corporations municipales à l’égard des routes qui se trouvent sur leur territoire a été énoncée de diverses façons dans nombre de décisions publiées. Il est toutefois possible de dégager la règle générale suivante de ces décisions : le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La question de savoir en quoi consiste un état raisonnable d’entretien est une question de fait, qui est fonction de toutes

by which to determine another case where the facts are different

However, we differ from the views of our colleague in that we find that the trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet its standard of care, and thus did not commit an error of law of the type mentioned in *Southam, supra*. The trial judge applied all the elements of the *Partridge* standard to the facts, and her conclusion that the respondent municipality failed to meet this standard should not be overturned absent palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge Did Not Commit an Error of Law*

39

We note that our colleague bases his conclusion that the municipality met its standard of care on his finding that the trial judge neglected to consider the conduct of the ordinary motorist, and thus failed to apply the correct standard of care, an error of law, which justifies his reconsideration of the evidence (para. 114). As a starting point to the discussion of the ordinary or reasonable motorist, we emphasize that the failure to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence. This was made clear by the recent decision of *Van de Perre, supra*, where Bastarache J. says, at para. 15:

. . . omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence.

les circonstances de l'espèce; le terme « entretien » est une notion relative et, par conséquent, les faits propres à une affaire donnée ne permettent pas de dégager de règle déterminée permettant de trancher une autre affaire présentant des circonstances différentes

Toutefois, contrairement à notre collègue, nous estimons que la juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n'avait pas respecté la norme de diligence à laquelle elle était tenue, et que la juge n'a donc pas commis une erreur de droit du genre de celle décrite dans l'arrêt *Southam*, précité. La juge de première instance a appliqué aux faits de l'espèce tous les éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, et sa conclusion que la municipalité défenderesse n'a pas respecté ce critère ne devrait pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

B. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit*

Nous soulignons que notre collègue fonde sa décision que la municipalité a respecté la norme de diligence sur sa conclusion que la juge de première instance a négligé de prendre en compte le comportement de l'automobiliste moyen et n'a donc pas appliqué la bonne norme de diligence, commettant ainsi une erreur de droit le justifiant de réexaminer la preuve (par. 114). Pour les besoins de l'analyse du critère de l'automobiliste moyen ou raisonnable, nous tenons au départ à signaler que l'omission d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire de ne pas l'examiner du tout, n'est pas en soi un fondement suffisant pour justifier une cour d'appel de réexaminer la preuve. Ce principe a été clairement énoncé dans l'arrêt récent *Van de Perre*, précité, où le juge Bastarache a dit ceci, au par. 15 :

. . . des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.

In our view, as we will now discuss, there can be no reasoned belief in this case that the trial judge forgot, ignored, or misconceived the question of the ordinary driver. It would thus be an error to engage in a re-assessment of the evidence on this issue.

The fact that the conduct of the ordinary motorist was in the mind of the trial judge from the outset is clear from the fact that she began her standard of care discussion by stating the correct test, quoting the above passage from *Partridge, supra*. Absent some clear sign that she subsequently varied her approach, this initial acknowledgment of the correct legal standard is a strong indication that this was the standard she applied. Not only is there no indication that she departed from the stated test, but there are further signs which support the conclusion that the trial judge applied the *Partridge* standard. The first such indication is that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. The second indication is that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Finally, the fact that the trial judge apportioned negligence to Mr. Nikolaisen indicates that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter.

The discussion of the ordinary motorist is found in the passage from the trial judgment immediately following the statement of the requisite standard of care:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

À notre avis, comme nous allons le voir, la présente espèce ne peut faire naître la conviction rationnelle que la juge de première instance a oublié d'examiner la question du conducteur moyen, en a fait abstraction ou l'a mal interprétée. Il serait donc erroné de réexaminer la preuve relative à cette question.

Le fait que, dès le départ, la juge de première instance a eu à l'esprit la conduite de l'automobiliste moyen ressort clairement du fait qu'elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant le critère approprié, c'est-à-dire en citant le passage susmentionné de l'arrêt *Partridge*, précité. En l'absence d'indications claires qu'elle a subséquentement modifié sa méthode d'analyse, cette mention initiale de la norme juridique appropriée constitue un indice solide qu'il s'agit bien de la norme qu'elle a appliquée. Non seulement rien n'indique qu'elle s'est écartée du critère énoncé, mais d'autres indices étayent la conclusion qu'elle a appliqué le critère de l'arrêt *Partridge*. Le premier de ces indices est que la juge s'est bel et bien interrogée, tant explicitement qu'implicitement, sur la conduite de l'automobiliste moyen ou raisonnable s'approchant du virage. Le deuxième indice est qu'elle a fait état des témoignages des experts, MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé le comportement de l'automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait que la juge de première instance ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique qu'elle a évalué sa conduite eu égard au critère du conducteur moyen, et qu'elle a donc pris en compte la conduite de ce dernier.

On trouve l'analyse relative à l'automobiliste moyen dans cet extrait du jugement de première instance qui suit immédiatement l'énoncé de la norme de diligence requise :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen rollover is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be safely negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet.

. . . where the existence of that bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Underlining added; italics in original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, at paras. 84-86)

42

In our view, this passage indicates that the trial judge did consider how a motorist exercising ordinary care would approach the curve in question. The implication of labelling the curve a “hidden hazard” which is “not readily apparent to users of the road”, is that the danger is of the type that cannot be anticipated. This in turn implies that, even if the motorist exercises ordinary care, he or she will not be able to react to the curve. As well, the trial judge referred explicitly to the conduct of a motorist exercising ordinary care: “it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86 (emphasis added)).

Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s’agit d’un danger qui n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide.

. . . à l’endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux. [Nous soulignons; en italique dans l’original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, par. 84-86)

À notre avis, cet extrait indique que la juge de première instance a effectivement pris en compte la façon dont l’automobiliste prenant des précautions normales s’approcherait du virage en question. Qualifier le virage de [TRADUCTION] « danger caché », danger qui « n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin », implique que le danger en est un qu’il est impossible de prévoir. Il s’ensuit que, même si l’automobiliste prend des précautions normales, il ne pourra pas réagir à la présence du virage. Par ailleurs, la juge de première instance a explicitement fait état de la conduite de l’automobiliste prenant des précautions normales : [TRADUCTION] « [I] est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86 (nous soulignons)).

With respect to the speed of a motorist approaching the curve, there is also an indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist. First, she stated that she accepted the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner with respect to the finding that the curve constituted a hazard to the public. The evidence given by these experts suggests that between 60 and 80 km/h is a reasonable speed to drive parts of this road, and at that speed, the curve presents a hazard. Their evidence also indicates their general opinion that the curve was a hazardous one. Mr. Anderson refers to the curve being difficult to negotiate at “normal speeds”. Also, Mr. Anderson states that “if you’re not aware that this curve is there, the sharp course of the curve, and you enter too far into it before you realize that the curve is there, then you have to do a tighter radius than 118 metres in order to get back on track to be able to negotiate the second curve”. He also states that “you could be lulled into thinking you’ve got an 80 kilometres an hour road until you are too far into the tight curve to be able to respond”.

The Court of Appeal found that, given the nature and condition of Snake Hill Road, the contention that this rural road would be taken at 80 km/h by the ordinary motorist was untenable. However, it is clear from the trial judge’s reasons that she did not take 80 km/h as the speed at which the ordinary motorist would approach the curve. Instead she found, based on expert evidence, that “this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet” (para. 85 (emphasis in original)). From this finding, coupled with the finding that the curve was hidden and unexpected, the logical conclusion is that the trial judge found that a motorist exercising ordinary care could easily be deceived into approaching the curve at speeds in excess of the safe speed for the curve, and subsequently be taken by surprise. Therefore, the trial judge found that the curve was hazardous to the ordinary

Relativement à la vitesse à laquelle les automobilistes s’approchent du virage, il existe également un indice confirmant que la juge de première instance a pris en compte la conduite de l’automobiliste moyen. Premièrement, elle a dit qu’elle acceptait les témoignages de MM. Anderson et de Werner en ce qui concerne la conclusion que la courbe constituait un danger pour le public. Leurs témoignages suggèrent qu’une vitesse de 60 à 80 km/h est une vitesse raisonnable à certains endroits de ce chemin et que, à cette vitesse, la courbe constitue un danger. Leurs témoignages indiquent également qu’ils estiment de façon générale que la courbe est dangereuse. De dire M. Anderson, le virage est difficile à prendre à des [TRADUCTION] « vitesses normales ». Il ajoute que, [TRADUCTION] « si on ne connaît pas la présence de ce virage à cet endroit, le caractère prononcé du virage, et qu’on ne s’aperçoit pas qu’il y a un virage avant de s’être déjà engagé trop loin dans celui-ci, il faut tourner dans un rayon inférieur à 118 mètres pour corriger sa trajectoire afin d’être en mesure de prendre le deuxième virage ». Il affirme également qu’ [TRADUCTION] « on peut être amené à croire qu’on se trouve sur une route où il est possible de rouler à 80 km/h, jusqu’à ce qu’on soit engagé trop loin dans le virage serré pour être capable de réagir ».

La Cour d’appel a jugé que, vu la nature et l’état du chemin Snake Hill, la prétention selon laquelle l’automobiliste moyen roulerait sur cette route rurale à 80 km/h était insoutenable. Toutefois, il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle ne considérait pas que l’automobiliste moyen s’approcherait du virage à 80 km/h. Elle a plutôt conclu, à partir des témoignages des experts, que [TRADUCTION] « ce virage ne peut être pris *en sécurité* à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide » (par. 85 (en italique dans l’original)). De cette constatation, conjuguée à celle que le virage était caché et imprévu, il est logique de conclure que la juge de première instance a estimé que l’automobiliste prenant des précautions normales pouvait aisément être amené à s’approcher du virage à des vitesses supérieures à la vitesse sécuritaire pour le prendre, et se retrouver ensuite pris au dépourvu. La juge de première

motorist and it follows that she applied the correct standard of care.

45

In our respectful view, our colleague errs in agreeing with the Court of Appeal's finding that the trial judge should have addressed the conduct of the ordinary motorist more fully (para. 124). At para. 119, he writes:

A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: "How would a reasonable driver have driven on this road?" Whether or not a hazard is "hidden" or a curve is "inherently" dangerous does not dispose of the question.

And later, he states, "In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road" (para. 125). With respect, requiring the trial judge to have made this specific inquiry in her reasons is inconsistent with *Van de Perre, supra*, which makes it clear that an omission or a failure to discuss a factor in depth is not, in and of itself, a basis for interfering with the findings of the trial judge and reweighing the evidence. As we note above, it is clear that although the trial judge may not have conducted an extensive review of this element of the *Partridge* test, she did indeed consider this factor by stating the correct test, then applying this test to the facts.

46

We note that in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses. However, her reliance on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner is insufficient proof that she "forgot, ignored, or misconceived" the evidence. The full record was before the trial judge and we can presume that she reviewed all of it, absent further proof that the trial judge forgot, ignored or misapprehended the evidence, leading to an error in law. It is open to a trial judge to prefer the evidence of some witnesses over others:

instance a donc conclu que le virage était dangereux pour l'automobiliste moyen et il s'ensuit qu'elle a appliqué la norme de diligence appropriée.

En toute déférence, notre collègue commet une erreur en souscrivant à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge de première instance aurait dû examiner de manière plus approfondie la conduite de l'automobiliste moyen (par. 124). Il écrit ceci, au par. 119 :

Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu'il existe ou non un danger « caché » ou qu'une courbe est quelque chose d'« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question.

Plus loin, il dit : « À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin » (par. 125). En toute déférence, considérer que la juge de première instance aurait dû faire cette analyse particulière dans ses motifs est incompatible avec l'arrêt *Van de Perre*, précité, lequel établit clairement que l'omission ou le défaut d'analyser un facteur en profondeur ne constitue pas, en soi, une raison justifiant de modifier les conclusions du juge de première instance et de réexaminer la preuve. Comme nous l'avons dit précédemment, il est clair que, quoique la juge de première instance n'ait peut-être pas fait une analyse approfondie de ce volet du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, elle a effectivement tenu compte de ce facteur en formulant le critère approprié puis en l'appliquant aux faits de l'espèce.

Nous tenons à souligner que, en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins. Toutefois, cela ne suffit pas pour établir qu'elle a « oublié, négligé d'examiner ou mal interprété » la preuve. La juge de première instance disposait de l'ensemble du dossier et on peut présumer qu'elle l'a étudié d'un bout à l'autre, en l'absence d'autre indication qu'elle a oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve, commettant ainsi une erreur de droit. Le juge de première

Toneguzzo-Norvell, supra, at p. 123. Mere reliance by the trial judge on the evidence of some witnesses over others cannot on its own form the basis of a “reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (*Van de Perre, supra*, at para. 15). This is in keeping with the narrow scope of review by an appellate court applicable in this case.

A further indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist on Snake Hill Road is her finding that both Mr. Nikolaisen and the municipality breached their duty of care to Mr. Housen, and that the defendant Nikolaisen was 50 percent contributorily negligent. Since a finding of negligence implies a failure to meet the ordinary standard of care, and since Mr. Nikolaisen’s negligence related to his driving on the curve, to find that Mr. Nikolaisen’s conduct on the curve failed to meet the standard of the ordinary driver implies a consideration of that ordinary driver on the curve. The fact that the trial judge distinguished the conduct of Mr. Nikolaisen in driving negligently on the road from the conduct of the municipality in negligently failing to erect a warning sign is evidence that the trial judge kept the municipality’s legal standard clearly in mind in its application to the facts, and that she applied this standard to the ordinary driver, not the negligent driver.

To summarize, in the course of her reasons, the trial judge first stated the requisite standard of care from *Partridge, supra*, relating to the conduct of the ordinary driver. She then applied that standard to the facts referring again to the conduct of the ordinary driver. Finally, in light of her finding that the municipality breached this standard, she apportioned negligence between the driver and the municipality in a way which again entailed a consideration of the

instance peut retenir la déposition de certains témoins de préférence à d’autres : *Toneguzzo-Norvell, précité*, p. 123. Le fait pour le juge de première instance de s’appuyer sur certains témoignages plutôt que sur d’autres ne peut à lui seul fournir l’assise d’une « conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Van de Perre, précité*, par. 15). Cette conclusion est compatible avec la portée restreinte de l’examen qu’il convient de faire en appel dans la présente affaire.

Une autre indication que la juge de première instance s’est interrogée sur la façon dont conduit l’automobiliste moyen sur le chemin Snake Hill est sa conclusion que M. Nikolaisen et la municipalité ont tous deux manqué à leur obligation de diligence envers M. Housen, et que le défendeur Nikolaisen était responsable de négligence concourante dans une proportion de 50 p. 100. Comme une conclusion de négligence implique un manquement à la norme de diligence habituelle, et comme la négligence de M. Nikolaisen était liée à sa manière de conduire dans le virage, la conclusion que sa conduite à cet endroit ne respectait pas le critère du conducteur moyen suppose qu’on s’est demandé comment ce conducteur s’approcherait du virage. La distinction qu’a établie la juge de première instance entre la négligence dont a fait preuve M. Nikolaisen lorsqu’il roulait sur le chemin et celle dont la municipalité a fait montre en omettant d’installer un panneau d’avertissement prouve qu’elle n’a pas perdu de vue la norme juridique régissant la municipalité et l’application de cette norme aux faits, et que la juge a appliqué cette norme au conducteur moyen, et non au conducteur négligent.

En résumé, dans ses motifs la juge de première instance a d’abord énoncé la norme de diligence requise par l’arrêt *Partridge, précité*, relativement à la conduite de l’automobiliste moyen. Elle a ensuite appliqué cette norme aux faits, se reportant encore une fois à la conduite de l’automobiliste moyen. Enfin, vu sa conclusion que la municipalité avait manqué à cette norme de diligence, elle a réparti la responsabilité entre le conducteur

47

48

ordinary driver. As such, we are overwhelmingly drawn to the conclusion that the conduct of the ordinary driver was both considered and applied by the trial judge.

49 Thus, we conclude that the trial judge did not commit an error of law with respect to the municipality's standard of care. On this matter, we disagree with the basis for the re-assessment of the evidence undertaken by our colleague (paras. 122-42) and regard this re-assessment to be an unjustified intrusion into the finding of the trial judge that the municipality breached its standard of care. This finding is a question of mixed law and fact which should not be overturned absent a palpable and overriding error. As discussed below, it is our view that no such error exists, as the trial judge conducted a reasonable assessment based on her view of the evidence.

C. *The Trial Judge Did Not Commit A Palpable or Overriding Error*

50 Despite this high standard of review, the Court of Appeal found that a palpable and overriding error was made by the trial judge ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, at para. 84). With respect, this finding was based on the erroneous presumption that the trial judge accepted 80 km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, a presumption which our colleague also adopts in his reasons (para. 133).

51 As discussed above, the trial judge's finding was that an ordinary motorist could approach the curve in excess of 60 km/h in dry conditions, and 50 km/h in wet conditions, and that at such speeds the curve was hazardous. The trial judge's finding was not based on a particular speed at which the curve would be approached by the ordinary motorist. Instead, she found that, because the curve was hidden and sharper than would be anticipated, a motorist exercising ordinary care could approach it at greater than

et la municipalité d'une manière qui, une fois de plus, atteste la prise en compte du critère du conducteur moyen. En conséquence, nous en venons irrésistiblement à la conclusion que la juge de première instance a pris en compte et appliqué ce critère.

Par conséquent, nous estimons que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la norme de diligence à laquelle était tenue la municipalité. Sur ce point, nous ne souscrivons pas aux raisons sur lesquelles se fondent notre collègue pour réexaminer la preuve (aux par. 122 à 142) et nous considérons ce réexamen comme une intervention injustifiée relativement à la conclusion de la juge de première instance portant que la municipalité a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Cette conclusion porte sur une question mixte de droit et de fait et elle ne peut pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons plus loin, nous sommes d'avis qu'aucune erreur de cette nature n'a été commise, car la juge de première instance a fait une analyse raisonnable, fondée sur son appréciation de la preuve.

C. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste ou dominante*

Malgré cette norme de contrôle sévère, la Cour d'appel a jugé que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, par. 84). En toute déférence, cette conclusion repose sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l'automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, présomption qu'adopte également notre collègue dans ses motifs (par. 133).

Comme nous l'avons vu plus tôt, la conclusion de la juge de première instance était que l'automobiliste moyen pourrait s'approcher du virage à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche, et 50 km/h sur chaussée humide, mais qu'à ces vitesses le virage était dangereux. Cette conclusion n'était pas fondée sur une vitesse précise à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait du virage. La juge de première instance a plutôt estimé que, parce que le virage est caché et plus serré que ce à quoi on

the speed at which it would be safe to negotiate the curve.

As we explain in greater detail below, in our opinion, not only is this assessment far from reaching the level of a palpable and overriding error, in our view, it is a sensible and logical way to deal with large quantities of conflicting evidence. It would be unrealistic to focus on some exact speed at which the curve would likely be approached by the ordinary motorist. The findings of the trial judge in this regard were the result of a reasonable and practical assessment of the evidence as a whole.

In finding a palpable and overriding error, Cameron J.A. relied on the fact that the trial judge adopted the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner which was premised on a *de facto* speed limit of 80 km/h taken from *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1. However, whether or not the experts based their testimony on this limit, the trial judge did not adopt that limit as the speed of the ordinary motorist approaching the curve. Again, the trial judge found that the curve could not be taken safely at greater than 60 km/h dry and 50 km/h wet, and there is evidence in the record to support this finding. For example, Mr. Anderson states:

If you don't anticipate the curve and you get too far into it before you start to do your correction then you can get into trouble even at, probably at 60. Fifty you'd have to be a long ways into it, but certainly at 60 you could.

It is notable too that both Mr. Anderson and Mr. Werner would have recommended installing a sign, warning motorists of the curve, with a posted limit of 50 km/h.

Although clearly the curve could not be negotiated safely at 80 km/h, it could also not be

s'attend normalement, il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'en approche à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour prendre le virage.

Comme nous allons le préciser plus loin, nous sommes d'avis que non seulement cette appréciation est-elle loin de constituer une erreur manifeste et dominante, mais elle est une réponse judicieuse et logique eu égard à l'abondance d'éléments de preuve contradictoires. Il serait irréaliste de fixer une quelconque vitesse à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait vraisemblablement du virage. Les conclusions de la juge de première instance à cet égard découlent d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve.

En concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante, le juge Cameron de la Cour d'appel s'est appuyé sur le fait que la juge de première instance avait retenu les témoignages d'expert de MM. Anderson et Werner, lesquels étaient fondés sur la vitesse limite *de facto* de 80 km/h prévue par la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1. Toutefois, que le témoignage des experts ait été ou non fondé sur cette limite, la juge de première instance n'a pas retenu cette vitesse comme étant celle à laquelle l'automobiliste moyen s'approche du virage. Rappelons que la juge de première instance a estimé qu'il n'était pas possible d'aborder le virage en sécurité à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche et 50 km/h sur chaussée humide, et il existe au dossier des éléments étayant cette conclusion. Par exemple, M. Anderson a dit ceci :

[TRADUCTION] Si vous ne prévoyez pas l'arrivée du virage et que vous vous engagez trop loin dans celui-ci avant d'amorcer votre manœuvre correctrice, vous risquez d'avoir des ennuis même à, probablement à 60. À cinquante il faudrait que vous soyez engagé assez loin, mais à 60 vous pourriez certainement en avoir.

Il convient également de signaler que MM. Anderson et Werner auraient tous deux recommandé l'installation d'un panneau avertissant les automobilistes de l'imminence du virage et fixé la vitesse maximale permise à 50 km/h.

Le virage ne pouvait manifestement pas être pris en sécurité à 80 km/h, mais il ne pouvait l'être non

52

53

54

negotiated safely at much slower speeds. It should also be noted that the trial judge did not adopt the expert testimony of Mr. Anderson and Mr. Werner in its entirety. She stated: “There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner” (para. 85 (emphasis added)). It cannot be assumed from this that she accepted a *de facto* speed limit of 80 km/h especially when one bears in mind (1) the trial judge’s statement of the safe speeds of 50 and 60 km/h, and (2) the fact that both these experts found the road to be unsafe at much lower speeds than 80 km/h.

55 Given that the trial judge did not base her standard of care analysis on a *de facto* speed limit of 80 km/h, it then follows that the Court of Appeal’s finding of a palpable and overriding error cannot stand.

56 Furthermore, the narrowly defined scope of appellate review dictates that a trial judge should not be found to have misapprehended or ignored evidence, or come to the wrong conclusions merely because the appellate court diverges in the inferences it draws from the evidence and chooses to emphasize some portions of the evidence over others. As we are of the view that the trial judge committed no error of law in finding that the municipality breached its standard of care, we are also respectfully of the view that our colleague’s re-assessment of the evidence on this issue (paras. 129-42) is an unjustified interference with the findings of the trial judge, based on a difference of opinion concerning the inferences to be drawn from the evidence and the proper weight to be placed on different portions of the evidence. For instance, in the opinion of our colleague, based on some portions of the expert evidence, a reasonable driver exercising ordinary care would approach a rural road at 50 km/h or less, because a reasonable driver would have difficulty seeing the sharp radius of the curve and oncoming traffic (para. 129). However, the trial judge, basing her assessment on other portions of the expert evidence, found that the nature of the road was such that a motorist could be

plus à des vitesses beaucoup plus réduites. Il convient également de souligner que la juge de première instance n’a pas retenu intégralement les témoignages d’expert de MM. Anderson et Werner. Elle a dit : [TRADUCTION] « Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner » (par. 85 (nous soulignons)). Ces propos ne permettent pas de présumer qu’elle acceptait une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, particulièrement si l’on se rappelle (1) qu’elle a dit qu’on pouvait rouler en sécurité à des vitesses de 50 et de 60 km/h, et (2) que ces deux experts ont considéré que le chemin n’était pas sûr même à des vitesses bien inférieures à 80 km/h.

Puisque la juge de première instance n’a pas fondé son analyse de la norme de diligence sur une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, il s’ensuit que la conclusion de la Cour d’appel relativement à l’existence d’une erreur manifeste et dominante ne saurait être confirmée.

En outre, vu la portée restreinte de la révision en appel, on ne saurait conclure qu’un juge de première instance a négligé d’examiner la preuve, l’a mal interprétée ou est arrivé à des conclusions erronées, simplement parce que le tribunal d’appel tire des inférences divergentes de la preuve et décide d’accorder plus d’importance à certains éléments qu’à d’autres. Étant d’avis que la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en concluant que la municipalité avait violé la norme de diligence à laquelle elle était tenue, nous estimons aussi, en toute déférence, que le réexamen de la preuve auquel procède notre collègue sur cette question (aux par. 129 à 142) constitue une intervention injustifiée relativement aux conclusions de la juge de première instance, fondée sur une divergence d’opinions quant aux inférences devant être tirées de la preuve et au poids qu’il convient d’accorder à divers éléments. Par exemple, notre collègue est d’avis, sur la foi de certaines parties des témoignages d’expert, qu’un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur une route rurale à une vitesse maximale de 50 km/h, parce qu’il aurait de la difficulté à voir que le virage est serré et s’il vient des véhicules en sens inverse (par. 129). Or, se

deceived into believing that the road did not contain a sharp curve and thus would approach the road normally, unaware of the hidden danger.

We are faced in this case with conflicting expert evidence on the issue of the correct speed at which an ordinary motorist would approach the curve on Snake Hill Road. The differing inferences from the evidence drawn by the trial judge and the Court of Appeal amount to a divergence on what weight should be placed on various pieces of conflicting evidence. As noted by our colleague, Mr. Sparks was of the opinion that “[if] you can’t see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal . . . that due care and caution would be required”. Similar evidence of this nature was given by Mr. Nikolaisen, and indeed even by Mr. Anderson and Mr. Werner. This is contrasted with evidence such as that given by Mr. Anderson and Mr. Werner that a reasonable driver would be “lulled” into thinking that there is an 80 km/h road ahead of him or her.

As noted by McLachlin J. in *Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at p. 122 and mentioned above, “the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact”. In that case, a unanimous Court found that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge’s factual findings, on the basis that it was open to the trial judge to place less weight on certain evidence and accept other, conflicting evidence which the trial judge found to be more convincing (*Toneguzzo-Norvell*, at pp. 122-23). Similarly, in this case, the trial judge’s factual findings concerning the proper speed to be used on approaching the curve should not be interfered with. It was open to her to choose to place more weight on certain portions of the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, where the evidence was conflicting. Her assessment of the proper speed was a reasonable inference based on the evidence and does not reach

fondant sur d’autres parties des témoignages d’expert, la juge de première instance a estimé que la nature du chemin était telle qu’un automobiliste pourrait être amené à croire que le chemin ne comporte pas de virage serré et, de ce fait, à y rouler normalement, sans soupçonner l’existence du danger caché.

En l’espèce, nous sommes en présence de témoignages d’expert contradictoires sur la question de la vitesse à laquelle l’automobiliste moyen s’approcherait du virage du chemin Snake Hill. Les inférences différentes que la juge de première instance et la Cour d’appel tirent de la preuve équivalent à une divergence d’opinion quant au poids à accorder à divers éléments de preuve contradictoires. Le témoin Sparks a émis l’opinion suivante, que cite également notre collègue : [TRADUCTION] « [Si] vous ne pouvez voir, de l’autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs [. . .] que l’attention et la prudence s’imposent ». M. Nikolaisen, et même MM. Anderson et Werner ont d’ailleurs témoigné au même effet. Cela contraste avec l’affirmation de MM. Anderson et Werner selon laquelle un conducteur raisonnable serait [TRADUCTION] « amené » à croire qu’il se trouve sur un chemin où l’on peut rouler à 80 km/h.

Comme l’a souligné madame la juge McLachlin, à la p. 122 de l’arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité, « selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits [. . .] d’attribuer un poids aux différents éléments de preuve ». Dans cette affaire, notre Cour a conclu à l’unanimité que la Cour d’appel avait commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance, au motif qu’il était loisible à celui-ci d’accorder un poids moins grand à certains éléments de preuve et à accepter d’autres éléments contradictoires, qu’il considérait plus convaincants. (*Toneguzzo-Norvell*, p. 122-123). De même, en l’espèce, il n’y a pas lieu de modifier les conclusions de fait de la juge de première instance au sujet de la vitesse à laquelle il faudrait approcher du virage. Il lui était loisible d’accorder plus de poids à certaines parties des témoignages de MM. Anderson et Werner, dans les cas où la preuve était contradictoire. Son

57

58

the level of a palpable and overriding error. As such, the trial judge's findings with respect to the standard of care should not be overturned.

IV. Knowledge of the Municipality

59

We agree with our colleague that s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, requires the plaintiff to show that the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road before the municipality can be found to have breached its duty of care under s. 192. We also agree that the evidence of the prior accidents, in and of itself, is insufficient to impute such knowledge to the municipality. However, we find that the trial judge did not err in her finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair.

60

As discussed, the question of whether the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road is a question of mixed fact and law. The issue is legal in the sense that the municipality is held to a legal standard of knowledge of the nature of the road, and factual in the sense of whether it had the requisite knowledge on the facts of this case. As we state above, absent an isolated error in law or principle, such a finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. In this case, our colleague concludes that the trial judge erred in law by failing to approach the question of knowledge from the perspective of a prudent municipal councillor, and holds that a prudent municipal councillor could not be expected to become aware of the risk posed to the ordinary driver by the hazard in question. He also finds that the trial judge erred in law by failing to recognize that the burden of proving knowledge rested with the plaintiff. With respect, we disagree with these conclusions.

appréciation de la vitesse appropriée constituait une inférence raisonnable, fondée sur la preuve, et elle ne constitue pas une erreur manifeste et dominante. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'écarter ses conclusions concernant la norme de diligence.

IV. Connaissance de la municipalité

À l'instar de notre collègue, nous estimons que le par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, oblige le demandeur à démontrer que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill pour qu'il soit possible de conclure qu'elle a manqué à l'obligation de diligence qui lui incombe en vertu de l'art. 192. Nous sommes nous aussi d'avis que la preuve des accidents antérieurs n'est pas, en soi, suffisante pour prêter cette connaissance à la municipalité. Cependant, nous arrivons à la conclusion que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin.

Comme nous l'avons vu, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill est une question mixte de droit et de fait. Il s'agit, d'une part, d'une question de droit en ce que la municipalité est tenue à une norme juridique qui lui impose de connaître la nature du chemin, et, d'autre part, d'une question de fait en ce qu'il faut déterminer si, eu égard aux faits de l'espèce, elle avait la connaissance requise. Comme nous l'avons dit précédemment, en l'absence d'erreur de droit ou de principe isolable, une telle conclusion est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». En l'espèce, notre collègue conclut que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne considérant pas la question de la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent, et il estime qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'un conseiller municipal prudent s'aperçoive du risque que le danger en question faisait courir au conducteur moyen. Il est également d'avis que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas que la charge de prouver la connaissance incombait au demandeur. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à ces conclusions.

The hazard in question is an unsigned and unexpected sharp curve. In our view, when a hazard is, like this one, a permanent feature of the road which has been found to present a risk to the ordinary driver, it is open to the trial judge to draw an inference, on this basis alone, that a prudent municipal councillor ought to be aware of the hazard. In support of his conclusion on the issue of knowledge, our colleague states that the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care, and ties his finding on the question of knowledge to his finding that the curve did not present a hazard to the ordinary motorist (para. 149). We agree that the question of knowledge is closely linked to the standard of care, and since we find that the trial judge was correct in holding that the curve presented a hazard to the ordinary motorist, from there it was open to the trial judge to find that the municipality ought to have been aware of this hazard. We further note that as a question of mixed fact and law this finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. On this point, however, we restrict ourselves to situations such as the one at bar where the hazard in question is a permanent feature of the road, as opposed to a temporary hazard which reasonably may not come to the attention of the municipality in time to prevent an accident from occurring.

In addition, our colleague relies on the evidence of the lay witnesses, Craig and Toby Thiel, who lived on Snake Hill Road, and who testified that they had not experienced any difficulties with it (para. 149). With respect, we find three problems with this reliance. First, since the curve was found to be a hazard based on its hidden and unexpected nature, relying on the evidence of those who drive the road on a daily basis does not, in our view, assist in determining whether the curve presented a hazard to the ordinary motorist, or whether the municipality ought to have been aware of the hazard. In addition, in finding that the municipality ought to have known of the disrepair, the trial judge clearly chose not to rely on the above evidence. As we state above,

Le danger en question est une courbe serrée et soudaine, qui n'est annoncée par aucune signalisation. À notre avis, lorsqu'un danger constitue, comme celui-ci qui nous intéresse, une caractéristique permanente qui, a-t-on jugé, présente un risque pour le conducteur moyen, le juge de première instance peut, pour ce seul motif, inférer qu'un conseiller municipal prudent aurait dû connaître l'existence d'un danger. Pour étayer sa conclusion sur la question de la connaissance, notre collègue affirme que la connaissance de la municipalité est intimement liée à celle de la norme de diligence, et il lie sa conclusion sur la connaissance à sa conclusion selon laquelle la courbe ne constituait pas un danger pour l'automobiliste moyen (par. 149). Nous reconnaissons que la question de la connaissance est étroitement liée à celle de la norme de diligence, et, comme nous estimons que la juge de première instance a eu raison de conclure que la courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, elle pouvait dès lors juger que la municipalité aurait dû connaître ce danger. Soulignons également que cette conclusion visant une question mixte de fait et de droit est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». Sur ce point, toutefois, nous limitons la portée de notre opinion aux situations analogues à celle qui nous occupe, où le danger constitue une caractéristique permanente du chemin, par opposition à un danger temporaire dont une municipalité pourrait raisonnablement ne pas être informée en temps utile pour empêcher un accident de survenir.

Par ailleurs, notre collègue se fonde sur les dépositions de témoins ordinaires, Craig et Toby Thiel, qui habitaient sur le chemin Snake Hill et qui ont témoigné n'avoir jamais éprouvé de difficulté à conduire à cet endroit (par. 149). En toute déférence, nous estimons que le fait de se fonder sur ces témoignages pose trois problèmes. D'abord, vu la conclusion que la courbe constituait un danger à cause de sa nature cachée et imprévue, ce n'est pas en se basant sur le témoignage de ceux qui empruntent quotidiennement le chemin qu'il est possible, à notre avis, de déterminer si cette courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, ou si la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger. De plus, en concluant que la municipalité

it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge's weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court.

aurait dû connaître le mauvais état du chemin, la juge de première instance a clairement choisi de ne pas se fonder sur les témoignages susmentionnés. Comme nous l'avons dit précédemment, le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d'autres, et, en toute déférence, il n'appartient pas au tribunal d'appel de procéder à nouveau à l'appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge du procès.

63

As well, since the question of knowledge is to be approached from the perspective of a prudent municipal councillor, we find the evidence of lay witnesses to be of little assistance. In *Ryan, supra*, at para. 28, Major J. stated that the applicable standard of care is that which "would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances" (emphasis added). Municipal councillors are elected for the purpose of managing the affairs of the municipality. This requires some degree of study and of information gathering, above that of the average citizen of the municipality. Indeed, it may in fact require consultation with experts to properly meet the obligation to be informed. Although municipal councillors are not experts, to equate the "prudent municipal councillor" with the opinion of lay witnesses who live on the road is incorrect in our opinion.

Qui plus est, étant donné que la question de la connaissance doit être considérée du point de vue du conseiller municipal prudent, nous estimons que le témoignage des témoins ordinaires est peu utile. Dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 28, le juge Major a dit que la norme de diligence qui s'applique est celle de la personne agissant aussi diligemment que « le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation » (nous soulignons). Les conseillers municipaux sont élus pour gérer les affaires de la municipalité. Pour s'acquitter de cette tâche, il leur faut, dans un cas donné, examiner la situation et recueillir de l'information, faire davantage que ce que fait le simple citoyen de la municipalité. De fait, ils peuvent avoir à consulter des experts pour respecter leur obligation d'être informés. Bien que les conseillers municipaux ne soient pas des experts, il est à notre avis erroné d'assimiler le point de vue du « conseiller municipal prudent » à l'opinion de témoins ordinaires qui habitent sur le chemin.

64

It is in this context that we view the following comments of the trial judge, at para. 90:

C'est à la lumière de ce contexte que nous interprétons les commentaires suivants de la juge de première instance (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

[TRADUCTION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n'est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

From this statement, we take the trial judge to have meant that, given the occurrence of prior accidents on this low-traffic road, the existence of permanent residents, and the type of drivers on the road, the municipality did not take the reasonable steps it should have taken in order to ensure that Snake Hill Road did not contain a hazard such as the one in question. Based on these factors, the trial judge drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question. This factual inference, grounded as it was on the trial judge's assessment of the evidence, was in our view, far from reaching the requisite standard of palpable and overriding error, proper.

Although we agree with our colleague that the circumstances of the prior accidents in this case do not provide a direct basis for the municipality to have had knowledge of the particular hazard in question, in the view of the trial judge, they should have caused the municipality to investigate Snake Hill Road, which in turn would have resulted in actual knowledge. In this case, far from causing the municipality to investigate, the evidence of Mr. Danger, who had been the municipal administrator for 20 years, was that, until the time of the trial, he was not even aware of the three accidents which had occurred between 1978 and 1987 on Snake Hill Road. As such, we do not find that the trial judge based her conclusion on any perspective other than that of a prudent municipal councillor, and therefore that she did not commit an error of law in this respect. Moreover, we do not find that she imputed knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road. The existence of the prior accidents was simply a factor which caused the trial judge to find that the municipality should have been put on notice with respect to the condition of Snake Hill Road (para. 90).

We emphasize that, in our view, the trial judge did not shift the burden of proof to the municipality

Selon notre interprétation, la juge de première instance a voulu dire que, compte tenu des accidents antérieurs sur ce chemin à faible débit de circulation, de la présence de résidents permanents et du type de conducteurs qui empruntent le chemin, la municipalité n'a pas pris les mesures raisonnables qu'elle aurait dû prendre pour faire en sorte que le chemin Snake Hill ne comporte pas de danger comme celui en cause. À partir de ces éléments, la juge de première instance a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l'existence du danger. Cette inférence factuelle, qui repose sur l'appréciation de la preuve faite par la juge de première instance, était selon nous fondée et loin de constituer l'erreur manifeste et dominante requise par la norme pertinente.

À l'instar de notre collègue, nous estimons que les circonstances des accidents survenus antérieurement, en l'espèce, ne constituent pas une preuve directe que la municipalité aurait dû avoir connaissance du danger particulier en cause, mais, selon la juge de première instance, ces circonstances auraient dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin Snake Hill, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement du danger. Dans la présente affaire, les accidents antérieurs sont loin d'avoir incité la municipalité à faire enquête. D'ailleurs, M. Danger, administrateur de la municipalité pendant 20 ans, a témoigné que, jusqu'au procès, il n'était même pas au fait des trois accidents survenus entre 1978 et 1987 sur le chemin Snake Hill. En conséquence, nous n'estimons pas que la juge de première instance a fondé sa conclusion sur quelque autre point de vue autre que celui du conseiller municipal prudent, et elle n'a donc pas commis d'erreur de droit à cet égard. De plus, nous sommes d'avis qu'elle n'a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents antérieurs. L'existence de ces accidents ne constituait rien de plus qu'un des éléments qui l'ont amenée à conclure que la municipalité aurait dû être au fait de l'état du chemin Snake Hill (par. 90).

Nous tenons à souligner que la juge de première instance n'a pas, à notre avis, transféré le fardeau de

on this issue. Once the trial judge found that there was a permanent feature of Snake Hill Road which presented a hazard to the ordinary motorist, it was open to her to draw an inference that the municipality ought to have been aware of the danger. Once such an inference is drawn, then, unless the municipality can rebut the inference by showing that it took reasonable steps to prevent such a hazard from continuing, the inference will be left undisturbed. In our view, this is what the trial judge did in the above passage when she states: "I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing" (para. 90 (emphasis added)). The fact that she drew such an inference is clear from the fact that this statement appears directly after her finding that the municipality ought to have known of the hazard based on the listed factors. Thus, it is our view that the trial judge did not improperly shift the burden of proof onto the municipality in this case.

la preuve à la municipalité sur cette question. Dès lors qu'elle a conclu qu'il existait sur le chemin Snake Hill une caractéristique permanente présentant un danger pour l'automobiliste moyen, il lui était loisible d'inférer que la municipalité aurait dû être au fait du danger. Dès l'instant où une telle inférence est tirée, elle demeure inchangée à moins que la municipalité ne puisse la réfuter en démontrant qu'elle a pris des mesures raisonnables pour faire cesser le danger. Selon nous, c'est ce que la juge de première instance a fait dans l'extrait précité lorsqu'elle dit : [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill » (par. 90 (nous soulignons)). L'existence de cette inférence ressort clairement du fait que le passage précité suit immédiatement la conclusion de la juge de première instance selon laquelle, pour les raisons qu'elle énumère, la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger. Par conséquent, nous sommes d'avis que la juge de première instance n'a pas fait erreur et transféré le fardeau de la preuve à la municipalité en l'espèce.

67

As well, although the circumstances of the prior accidents in this case do not provide strong evidence that the municipality ought to have known of the hazard, proof of prior accidents is not a necessary condition to a finding of breach of the duty of care under s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. If this were so, the first victim of an accident on a negligently maintained road would not be able to recover, whereas subsequent victims in identical circumstances would. Although under s. 192(3) the municipality cannot be held responsible for disrepair of which it could not have known, it is not sufficient for the municipality to wait for an accident to occur before remedying the disrepair, and, in the absence of proof by the plaintiff of prior accidents, claim that it could not have known of the hazard. If this were the case, not only would the first victim of an accident suffer a disproportionate evidentiary burden, but municipalities would also be encouraged not to collect information pertaining to accidents on its roads, as this would make it more difficult for the plaintiff in a motor vehicle accident to prove that the

De même, bien que les accidents survenus antérieurement en l'espèce ne constituent pas une preuve solide que la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger, la preuve d'accidents antérieurs n'est pas une condition nécessaire pour qu'un tribunal puisse conclure à la violation de l'obligation de diligence prévue par l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Si c'était le cas, la première victime d'un accident sur une route négligemment entretenue ne pourrait obtenir réparation, alors que les victimes subséquentes d'accidents survenant dans des circonstances identiques le pourraient. Bien que, au regard du par. 192(3), la municipalité ne puisse être tenue responsable du mauvais état d'une route dont elle n'aurait pu avoir connaissance, elle ne saurait se contenter d'attendre qu'un accident se produise avant de remédier au mauvais état de la route et, si un demandeur n'apporte pas la preuve de l'existence d'accidents antérieurs, soutenir qu'elle n'aurait pu connaître l'existence du danger. Dans cette hypothèse, non seulement imposerait-on à la première victime d'un accident un fardeau de preuve disproportionné, mais on encouragerait aussi

municipality knew or ought to have known of the disrepair.

Although in this case the trial judge emphasized the prior accidents that the plaintiff did manage to prove, in our view, it is not necessary to rely on these accidents in order to satisfy s. 192(3). For the plaintiff to provide substantial and concrete proof of the municipality's knowledge of the state of disrepair of its roads, is to set an impossibly high burden on the plaintiff. Such information was within the particular sphere of knowledge of the municipality, and in our view, it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

To summarize our position on this issue, we do not find that the trial judge erred in law either by failing to approach the question from the perspective of a prudent municipal councillor, or by improperly shifting the burden of proof onto the defendant. As such, it would require a palpable and overriding error in order to overturn her finding that the municipality knew or ought to have known of the hazard, and, in our view, no such error was made.

V. Causation

We agree with our colleague's statement at para. 159 that the trial judge's conclusions on the cause of the accident was a finding of fact: *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), at p. 407, quoted with approval in *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (Ont. H.C.), at p. 566. Thus, this finding should not be interfered with absent palpable and overriding error.

les municipalités à ne pas recueillir d'informations concernant les accidents survenant sur leurs routes, puisqu'il serait en conséquence plus difficile à la victime d'un accident d'automobile qui tente des poursuites de prouver que la municipalité visée connaissait le mauvais état de la route ou aurait dû le connaître.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait souligné les accidents antérieurs dont le demandeur a effectivement prouvé l'existence, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3). Exiger du demandeur qu'il fournisse une preuve substantielle et tangible de la connaissance par la municipalité du mauvais état de ses routes revient à lui imposer un fardeau inacceptablement lourd. Il s'agit d'information relevant du domaine de connaissance de la municipalité et, selon nous, il était raisonnable que la juge de première instance infère de sa conclusion relative au mauvais état d'entretien persistant du chemin que la municipalité possédait la connaissance requise.

Pour résumer notre position sur cette question, nous ne pouvons conclure que la juge de première instance a commis une erreur de droit soit parce qu'elle aurait omis d'examiner la question du point de vue du conseiller municipal prudent, soit parce qu'elle aurait à tort transféré le fardeau de la preuve à la défenderesse. Par conséquent, il faudrait une erreur manifeste et dominante pour écarter sa conclusion que la municipalité connaissait le danger ou aurait dû le connaître et, selon nous, aucune erreur de cette nature n'a été commise.

V. Lien de causalité

Nous faisons nôtres les propos énoncés par notre collègue, au par. 159, selon lesquels la conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait : *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), p. 407; cité et approuvé dans *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (H.C. Ont.), p. 566. En conséquence, cette conclusion ne doit pas être modifiée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

68

69

70

71

The trial judge based her findings on causation on three points (at para. 101):

(1) the accident occurred at a dangerous part of the road where a sign warning motorists of the hidden hazard should have been erected;

(2) even if there had been a sign, Mr. Nikolaisen's degree of impairment did increase his risk of not reacting, or reacting inappropriately, to a sign;

(3) even so, Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that one would have expected him to have missed or ignored a warning sign. Moments before, on departing the Thiel residence, he had successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

The trial judge concluded that, on a balance of probabilities, Mr. Nikolaisen would have reacted and possibly avoided an accident, if he had been given advance warning of the curve. However she also found that the accident was partially caused by the conduct of Mr. Nikolaisen, and apportioned fault accordingly, with 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the Rural Municipality (para. 102).

72

As noted above, this Court has previously held that "an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion" (*Van de Perre, supra*, at para.15). In the present case, it is not clear from the trial judge's reasons which portions of the evidence of Mr. Laughlin, Craig and Toby Thiel and Paul Housen she relied upon, or to what extent. However, as we have already stated, the full evidentiary record was before the trial judge and, absent further proof that the omission in her reasons was due to her misapprehension or neglect, of the evidence, we can presume that she reviewed the evidence in its entirety and based her factual findings

La juge de première instance a fondé ses conclusions au sujet du lien de causalité sur trois éléments (au par. 101) :

(1) l'accident est survenu à un endroit dangereux du chemin, où un panneau de signalisation aurait dû être installé pour avertir les automobilistes du danger caché;

(2) même s'il y avait eu un panneau de signalisation, le degré d'ébriété de M. Nikolaisen avait accru chez lui le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou de façon inappropriée à une signalisation;

(3) malgré cela, M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il était à prévoir qu'il ne voit pas un panneau de signalisation ou n'en tienne pas compte. Quelques instants plus tôt, à son départ de la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge de première instance a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, M. Nikolaisen aurait réagi et peut-être évité l'accident si on lui avait signalé à l'avance la présence de la courbe. Toutefois, elle a également conclu que l'accident avait été causé en partie par la conduite de M. Nikolaisen, et elle a réparti la responsabilité en conséquence, soit dans une proportion de 50 p. 100 à M. Nikolaisen et de 35 p. 100 à la municipalité rurale (par. 102).

Comme nous l'avons indiqué précédemment, notre Cour a jugé, dans une autre affaire, qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Van de Perre*, précité, par. 15). En l'espèce, les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement sur quelles parties des témoignages de M. Laughlin, de Craig et Toby Thiel et de Paul Housen elle s'est appuyée, ni dans quelle mesure elle l'a fait. Cependant, comme nous l'avons dit plus tôt, la juge de première instance disposait de l'ensemble de la preuve et, en l'absence d'autre élément

on this review. This presumption, absent sufficient evidence of misapprehension or neglect, is consistent with the high level of error required by the test of “palpable and overriding” error. We reiterate that it is open to the trial judge to prefer the testimony of certain witnesses over others and to place more weight on some parts of the evidence than others, particularly where there is conflicting evidence: *Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at pp. 122-23. The mere fact that the trial judge did not discuss a certain point or certain evidence in depth is not sufficient grounds for appellate interference: *Van de Perre*, *supra*, at para. 15.

For these reasons, we do not feel it appropriate to review the evidence of Mr. Laughlin and the lay witnesses *de novo*. As we concluded earlier, the trial judge’s finding of fact that a hidden hazard existed at the curve should not be interfered with. The finding of a hidden hazard that requires a sign formed part of the basis of her findings concerning causation. As her conclusions on the existence of a hidden hazard had a basis in the evidence, her conclusions on causation grounded in part on the hidden hazard finding also had a basis in the evidence.

As for the silence of the trial judge on the evidence of Mr. Laughlin, we observe only that the evidence of Mr. Laughlin appears to be general in nature and thus of limited utility. Mr. Laughlin admitted that he could only provide general comments on the effects of alcohol on motorists, but could not provide specific expertise on the actual effect of alcohol on an individual driver. This is significant, as the level of tolerance of an individual driver plays a key role in determining the actual effect of alcohol on the

indiquant que cette omission dans ses motifs résulte du fait qu’elle aurait mal interprété des éléments de la preuve ou négligé d’en examiner certains, nous pouvons présumer qu’elle a examiné l’ensemble de la preuve et que ses conclusions de fait reposaient sur cet examen. En l’absence de preuve établissant de façon suffisante qu’il y a eu mauvaise interprétation d’éléments de preuve ou négligence d’examiner certains de ceux-ci, cette présomption permet de conclure à l’absence d’erreur importante du type de celle requise pour satisfaire au critère de l’erreur « manifeste et dominante ». Nous tenons à rappeler que le juge de première instance peut préférer le témoignage de certains témoins et accorder plus de poids à certaines parties de la preuve qu’à d’autres, particulièrement en présence de preuves contradictoires : *Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 122-123. Le simple fait que la juge de première instance n’a pas analysé en profondeur un point donné ou un élément de preuve particulier ne constitue pas un motif suffisant pour justifier l’intervention des tribunaux d’appel : *Van de Perre*, précité, par. 15.

Pour ces motifs, nous n’estimons pas opportun d’examiner à nouveau les dépositions de M. Laughlin et des témoins ordinaires. Comme nous l’avons affirmé précédemment, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de fait de la juge de première instance selon laquelle la courbe présentait un danger caché. Ses conclusions touchant le lien de causalité reposent en partie sur cette conclusion relative à l’existence d’un danger caché nécessitant l’installation d’un panneau d’avertissement. Tout comme ses conclusions relatives à l’existence d’un danger caché, celles touchant le lien de causalité — fondées en partie sur le danger caché — avaient elles aussi des assises dans la preuve.

Pour ce qui est du silence de la juge de première instance concernant le témoignage de M. Laughlin, signalons simplement que ce témoignage paraît être de nature générale et, partant, d’une utilité limitée. M. Laughlin a reconnu qu’il ne pouvait faire que des observations générales quant aux effets de l’alcool sur les automobilistes, et non apporter une expertise particulière sur l’effet concret de l’alcool sur un conducteur donné. Il s’agit d’un point important, puisque le seuil de tolérance d’un conducteur donné

73

74

motorist; an experienced drinker, although dangerous, will probably perform better on the road than an inexperienced drinker. It is noteworthy that the trial judge believed the evidence of Mr. Anderson that Mr. Nikolaisen's vehicle was travelling at the relatively slow speed of between 53 to 65 km/h at the time of impact with the embankment. It was also permissible for the trial judge to rely on the evidence of lay witnesses that Mr. Nikolaisen had successfully negotiated an apparently sharp curve moments before the accident, rather than relying on the evidence of Mr. Laughlin, which was of a hypothetical and unspecific nature. Indeed, the hypothetical nature of Mr. Laughlin's evidence reflects the entire inquiry into whether Mr. Nikolaisen would have seen a sign and reacted, or the precise speed that would be taken by a reasonable driver upon approaching the curve. The abstract nature of such inquiries supports deference to the factual findings of the trial judge, and is consistent with the stringent standard imposed by the phrase "palpable and overriding error".

75 Therefore we conclude that the trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus do not reach the level of a palpable and overriding error, and therefore should not have been interfered with by the Court of Appeal.

VI. Common Law Duty of Care

76 As we conclude that the municipality is liable under *The Rural Municipality Act, 1989*, we find it unnecessary to consider the existence of a common law duty in this case.

VII. Disposition

77 As we stated at the outset, there are important reasons and principles for appellate courts not to interfere improperly with trial decisions. Applying

joue un rôle essentiel dans la détermination de l'effet concret de l'alcool sur cet automobiliste; bien que dangereuse, la personne qui a l'habitude de boire se débrouillera probablement mieux sur la route qu'une personne qui n'en a pas l'habitude. Il convient de souligner que la juge de première instance a cru le témoignage de M. Anderson selon lequel le véhicule de M. Nikolaisen roulait à une vitesse relativement faible, soit entre 53 et 65 km/h, au moment de l'impact avec le remblai. Il lui était également permis de retenir les dépositions des témoins ordinaires selon lesquelles M. Nikolaisen avait réussi à prendre un virage apparemment serré quelques instants avant l'accident, plutôt que le témoignage de M. Laughlin, lequel était de nature hypothétique et générale. De fait, la nature hypothétique du témoignage de M. Laughlin est représentative de toute l'analyse de la question de savoir si M. Nikolaisen aurait aperçu un panneau de signalisation et aurait réagi en conséquence, ou à quelle vitesse précise un conducteur raisonnable s'approcherait du virage. Le caractère théorique de ces analyses justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance et permet d'affirmer qu'on n'a pas satisfait à la norme rigoureuse imposée par l'expression « erreur manifeste et dominante ».

Par conséquent, nous estimons que les constatations factuelles de la juge de première instance concernant la causalité étaient raisonnables, qu'elles ne constituent donc pas une erreur manifeste et dominante et, partant, que la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier.

VI. Obligation de diligence prévue par la common law

Puisque nous concluons à la responsabilité de la municipalité en vertu de la *Rural Municipality Act, 1989*, nous n'estimons pas nécessaire de nous demander s'il existe en l'espèce une obligation de diligence prévue par la common law.

VII. Dispositif

Comme nous l'avons dit au départ, d'importantes raisons et d'importants principes commandent aux tribunaux d'appel de ne pas modifier indûment

these reasons and principles to this case, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge, with costs throughout.

The reasons of Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal arises out of a single-vehicle accident which occurred on July 18, 1992, on Snake Hill Road, a rural road located in the Municipality of Shellbrook, Saskatchewan. The appellant, Paul Housen, a passenger in the vehicle, was rendered a quadriplegic by the accident. At trial, the judge found that the driver of the vehicle, Douglas Nikolaisen, was negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive rate of speed and in operating his vehicle while impaired. The trial judge also found the respondent, the Municipality of Shellbrook, to be at fault for breaching its duty to keep the road in a reasonable state of repair as required by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the respondent municipality was negligent. At issue in this appeal is whether the Court of Appeal had sufficient grounds to intervene in the decision of the lower court. The respondent has also asked this Court to overturn the trial judge's finding that the respondent knew or ought to have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road and that the accident was caused in part by the negligence of the respondent. An incidental question is whether a common law duty of care exists alongside the statutory duty imposed on the respondent by s. 192.

les décisions des tribunaux de première instance. Appliquant ces raisons et principes à la présente espèce, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmen le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de rétablir la décision de la juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi découle d'un accident impliquant un seul véhicule survenu le 18 juillet 1992 sur le chemin Snake Hill, route rurale située dans la municipalité de Shellbrook, en Saskatchewan. L'appelant, Paul Housen, qui était passager dans le véhicule, est devenu quadriplégique à la suite de cet accident. Au procès, la juge a conclu que le conducteur du véhicule, Douglas Nikolaisen, avait fait preuve de négligence en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant que ses facultés étaient affaiblies. La juge de première instance a également estimé que l'intimée, la municipalité de Shellbrook, avait commis une faute en manquant à l'obligation de tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien comme le lui impose l'art. 192 de la loi intitulée la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. La Cour d'appel a infirmé la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité intimée. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si la Cour d'appel avait des motifs suffisants pour modifier la décision du tribunal de première instance. L'intimée demande également à notre Cour d'infirmen les conclusions de la juge de première instance portant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, et que l'accident a été causé en partie par sa négligence. Il faut également répondre à la question incidente de savoir si une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale imposée à l'intimée par l'art. 192.

79

I conclude that the Court of Appeal was correct to overturn the trial judge's finding that the respondent was negligent. Though I would not interfere with the trial judge's factual findings on this issue, I find that she erred in law by failing to apply the correct standard of care. I would also overturn the trial judge's conclusions with regard to knowledge and causation. In coming to the conclusion that the respondent knew or should have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road, the trial judge erred in law by failing to consider the knowledge requirement from the perspective of a prudent municipal councillor and by failing to be attentive to the fact that the onus of proof was on the appellant. In addition, the trial judge drew an unreasonable inference by imputing knowledge to the respondent on the basis of accidents that occurred on other segments of the road while motorists were travelling in the opposite direction. The trial judge also erred with respect to causation. She misapprehended the evidence before her, drew erroneous conclusions from that evidence and ignored relevant evidence. Finally, I would not interfere with the decision of the courts below to reject the appellant's argument that a common law duty existed. It is unnecessary to impose a common law duty of care where a statutory duty exists. Moreover, the application of common law negligence principles would not affect the outcome in these proceedings.

II. Factual Background

80

The sequence of events which culminated in this tragic accident began to unfold some 19 hours before its occurrence on the afternoon of July 18, 1992. On July 17, Mr. Nikolaisen attended a barbeque at the residence of Craig and Toby Thiel, located on Snake Hill Road. He arrived in the late afternoon and had his first drink of the day at approximately 6:00 p.m. He consumed four or five drinks before leaving the Thiel residence at approximately

J'estime que la Cour d'appel a eu raison d'infirmer la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité intimée a été négligente. Je ne modifierais pas les conclusions de fait de la juge de première instance sur cette question, mais je suis d'avis qu'elle a commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme de diligence appropriée. J'infirmerais également ses conclusions en ce qui concerne la question de la connaissance et le lien de causalité. En concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, la juge de première instance a commis une erreur de droit en n'appréciant pas l'exigence relative à la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne tenant pas compte du fait que le fardeau de la preuve incombait à l'appelant. De plus, la juge de première instance a tiré une inférence déraisonnable en prêtant à l'intimée la connaissance requise, en raison d'accidents survenus sur d'autres tronçons du chemin alors que des automobilistes circulaient en sens inverse. La juge de première instance a également commis une erreur relativement au lien de causalité. Elle a mal interprété la preuve qui lui était soumise, elle en a tiré des conclusions erronées et elle n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents. Enfin, je ne modifierais pas la décision des juridictions inférieures ayant rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il existait une obligation de diligence de common law. Il est inutile d'imposer une obligation de common law lorsqu'il existe une obligation légale. Qui plus est, l'application des principes de la common law en matière de négligence n'aurait aucune incidence sur l'issue de la présente instance.

II. Les faits

La suite d'événements ayant abouti au tragique accident a commencé quelque 19 heures avant l'accident lui-même, dans l'après-midi du 18 juillet 1992. Le 17 juillet, M. Nikolaisen a participé à un barbecue à la résidence de Craig et Toby Thiel, sur le chemin Snake Hill. Arrivé en fin d'après-midi, il a pris son premier verre de la journée vers 18 h. Il en a pris quatre ou cinq avant de quitter la résidence des Thiel vers 22 h ou 22 h 30. Après avoir passé

10:00 or 10:30 p.m. After returning home for a few hours, Mr. Nikolaisen proceeded to the Sturgeon Lake Jamboree, where he met up with the appellant. At the jamboree, Mr. Nikolaisen consumed eight or nine double rye drinks and several beers. The appellant was also drinking during this event. The appellant and Mr. Nikolaisen partied on the grounds of the jamboree for several hours. At approximately 4:30 a.m., the appellant left the jamboree with Mr. Nikolaisen. After travelling around the back roads for a period of time, they returned to the Thiel residence. It was approximately 8:00 a.m. The appellant and Mr. Nikolaisen had several more drinks over the course of the morning. Mr. Nikolaisen stopped drinking two or three hours before leaving the Thiel residence with the appellant at approximately 2:00 p.m.

A light rain was falling when the appellant and Mr. Nikolaisen left the Thiel residence, travelling eastbound with Mr. Nikolaisen behind the wheel of a Ford pickup truck. The truck swerved or “fish-tailed” as it turned the corner from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. As Mr. Nikolaisen continued on his way over the course of a gentle bend some 300 metres in length, gaining speed to an estimated 65 km/h, the truck again fish-tailed several times. The truck went into a skid as Mr. Nikolaisen approached and entered a sharper right turn. Mr. Nikolaisen steered into the skid but was unable to negotiate the curve. The left rear wheel of the truck contacted an embankment on the left side of the road. The vehicle travelled on the road for approximately 30 metres when the left front wheel contacted and climbed an 18-inch embankment on the left side of the road. This second contact with the embankment caused the truck to enter a 360-degree roll with the passenger side of the roof contacting the ground first.

When the vehicle came to rest, the appellant was unable to feel any sensation. Mr. Nikolaisen climbed out the back window of the vehicle and ran to the Thiel residence for assistance. Police later accompanied Mr. Nikolaisen to the Shellbrook Hospital where a blood sample was taken. Expert testimony estimated Mr. Nikolaisen’s blood alcohol level to be

quelques heures chez lui, M. Nikolaisen s’est rendu au jamboree de Sturgeon Lake, où il a rencontré l’appelant. Sur les lieux du jamboree, M. Nikolaisen a consommé huit ou neuf ryes doubles et plusieurs bières. L’appelant buvait lui aussi. L’appelant et M. Nikolaisen ont fait la fête sur les lieux du jamboree pendant plusieurs heures. Vers 4 h 30, l’appelant a quitté le jamboree en compagnie de M. Nikolaisen. Après avoir roulé sur des routes de campagne pendant un certain temps, ils sont retournés à la résidence des Thiel. Il était environ 8 h. L’appelant et M. Nikolaisen ont pris plusieurs autres verres au cours de la matinée. M. Nikolaisen a cessé de boire deux ou trois heures avant de quitter la résidence des Thiel en compagnie de l’appelant vers 14 h.

Une faible pluie tombait lorsque l’appelant et M. Nikolaisen ont quitté la résidence des Thiel et pris la route, en direction est, à bord d’une camionnette Ford conduite par M. Nikolaisen. L’arrière de la camionnette a zigzagué lorsque le véhicule a tourné à l’intersection de l’entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Alors que M. Nikolaisen prenait un léger virage d’une longueur de quelque 300 mètres, tout en accélérant à 65 km/h environ, l’arrière de sa camionnette a zigzagué à nouveau à plusieurs reprises. La camionnette s’est mise à déraiper lorsque M. Nikolaisen a amorcé un virage plus serré vers la droite. Il a donné un coup de volant, mais n’a pas réussi à prendre le virage. La roue arrière gauche de la camionnette a heurté un remblai situé du côté gauche du chemin. Le véhicule a continué sa course sur une distance d’environ 30 mètres, puis sa roue avant gauche est montée sur un remblai de 18 pouces du côté gauche du chemin, après l’avoir heurté. Sous la force du second impact, la camionnette a fait un tonneau complet, le toit du côté du passager touchant le sol en premier.

Lorsque le véhicule s’est immobilisé, l’appelant n’éprouvait plus aucune sensation. M. Nikolaisen s’est hissé hors du véhicule par la fenêtre arrière et a couru chez les Thiel pour demander de l’aide. Plus tard, la police a accompagné M. Nikolaisen à l’hôpital de Shellbrook, où un échantillon de sang a été prélevé. Le témoignage d’expert a révélé

between 180 and 210 milligrams in 100 millilitres of blood at the time of the accident, well over the legal limits prescribed in *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 milligrammes par 100 milligrammes, taux largement supérieur à la limite permise par la loi intitulée la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986 ch. H-3.1, et par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

83

Mr. Nikolaisen had travelled on Snake Hill Road three times in the 24 hours preceding the accident, but had not driven it on any earlier occasions. The road was about a mile and three quarters in length and was flanked by highways to the north and to the east. Starting at the north end, it ran south for a short distance, dipped between open fields, then curved to the southeast and descended in a southerly loop down and around Snake Hill, past trees, bush and pasture, to the bottom of the valley. There it curved sharply to the southeast as it passed the Thiels' driveway. Once it passed the driveway, it curved gently to the south east for about 300 metres, then curved more distinctly to the south. It was on this stretch that the accident occurred. From that point on, the road crossed a creek, took another curve, then ascended a steep hill to the east, straightened out, and continued east for just over half a mile, past tree-lined fields and another farm site, to an approach to the highway.

M. Nikolaisen avait emprunté le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 24 heures ayant précédé l'accident, mais il n'y avait jamais circulé auparavant. Ce chemin, flanqué de routes au nord et à l'est, fait environ un mille et trois quarts de longueur. À partir de son extrémité nord, il franchit une courte distance en direction sud, traverse des champs, puis tourne vers le sud-est pour ensuite descendre en lacet vers le sud autour du mont Snake Hill, passant devant des arbres, buissons et pâturages, jusqu'au fond de la vallée. De là, il tourne brusquement vers le sud-est devant l'entrée de la résidence des Thiel. Tout de suite après, il tourne doucement vers le sud-est sur une distance d'environ 300 mètres, puis décrit une courbe plus prononcée vers le sud. C'est à cet endroit que l'accident s'est produit. De là, le chemin traverse un ruisseau, tourne encore, puis monte une pente raide vers l'est, se redresse et continue vers l'est sur une distance d'un peu plus d'un demi mille et passe devant des champs bordés d'arbres et une autre ferme, jusqu'à une voie d'accès à la route.

84

Snake Hill Road was established in 1923 and was maintained by the respondent municipality for the primary purpose of providing local farmers access to their fields and pastures. It also served as an access road for the two permanent residences and one veterinary clinic located on it. The road at its northernmost end, coming off the highway, is characterized as a "Type C" local access road under the provincial government's scheme of road classification. This means that it is graded, gravelled and elevated above the surrounding land. The portion of the road east of the Thiel residence, on which the accident occurred, is characterized as "Type B" bladed trail, essentially a prairie trail that has been bladed to remove the ruts and to allow it to be driven on. Bladed trails follow the path of least resistance through the surrounding land and are not elevated or gravelled. The

Construit en 1923, le chemin Snake Hill est entretenu par la municipalité intimée dans le but premier de permettre aux fermiers de la région d'accéder à leurs champs et pâturages. Il sert également de voie d'accès à deux résidences permanentes et à une clinique vétérinaire. Le tronçon nord du chemin, dont l'extrémité part de la route, est considéré comme un chemin d'accès local de « type C » selon le système provincial de classification des routes. Cela signifie qu'il est nivelé, gravelé et possède une chaussée surélevée. Le tronçon du chemin situé à l'est de la résidence des Thiel et sur lequel l'accident s'est produit est considéré comme un chemin nivelé de « type B », c'est-à-dire essentiellement un chemin dont les ornières ont été remplies pour le rendre carrossable. Les chemins nivelés suivent le tracé qui présente le moins d'obstacle à travers le terrain environnant et ne sont ni surélevés ni gravelés. La

province of Saskatchewan has some 45,000 kilometres of bladed trails.

According to the provincial scheme of road classification, both bladed trails and local access roads are “non-designated”, meaning that they are not subject to the Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards. On such roads, the council of the rural municipality makes a decision to post signs if it becomes aware of a hazard or if there are several accidents at one specific spot. Three accidents had occurred on Snake Hill Road between 1978 and 1987. All three accidents occurred to the east of the site of the Nikolaisen rollover, with drivers travelling westbound. A fourth accident occurred on Snake Hill Road in 1990 but there was no evidence as to where it occurred. There was no evidence that topography was a factor in any of these accidents. The respondent municipality had not posted signs on any portion of Snake Hill Road.

III. Relevant Statutory Provisions

The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1

192(1) Every Council shall keep in a reasonable state of repair all municipal roads, dams and reservoirs and the approaches to them that have been constructed or provided by the municipality or by any person with the permission of the council or that have been constructed or provided by the province, having regard to the character of the municipal road, dam or reservoir and the locality in which it is situated or through which it passes.

(2) Where the council fails to carry out its duty imposed by subsections (1) and (1.1), the municipality is, subject to *The Contributory Negligence Act*, civilly liable for all damages sustained by any person by reason of the failure.

province de Saskatchewan compte quelque 45 000 kilomètres de chemins nivelés.

Selon le système de classification des routes, tant les chemins nivelés que les chemins d'accès local sont [TRADUCTION] « non désignés », c'est-à-dire qu'ils ne sont pas visés par le document intitulé *Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards* (« Politique et normes de signalisation routière en milieu rural en Saskatchewan »). Le conseil de la municipalité rurale installe des panneaux de signalisation sur ces chemins s'il constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Trois accidents sont survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1987. Tous ces accidents se sont produits à l'est de l'endroit où la camionnette de Nikolaisen a fait un tonneau et les véhicules concernés circulaient en direction ouest. Un quatrième accident s'est produit sur le chemin Snake Hill en 1990, mais aucune preuve indiquant l'endroit exact de l'accident n'a été présentée. Rien ne permettait de conclure que la topographie des lieux était à l'origine de l'un ou l'autre de ces accidents. La municipalité intimée n'avait installé aucun panneau signalisateur le long du chemin Snake Hill.

III. Les dispositions législatives pertinentes

The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1

[TRADUCTION]

192(1) Le conseil tient dans un état raisonnable d'entretien tous les chemins municipaux, barrages et réservoirs, ainsi que les accès à ces ouvrages qui ont été construits ou sont fournis par la municipalité ou par toute autre personne avec la permission du conseil ou qui ont été construits ou sont fournis par le gouvernement de la province, eu égard à la nature de l'ouvrage en question et à la localité où il est situé ou qu'il traverse.

(2) Lorsque le conseil omet de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes (1) et (1.1), la municipalité est, sous réserve de la *Contributory Negligence Act* [*Loi sur le partage de la responsabilité*], civilement responsable des dommages subis par toute personne à la suite de ce manquement.

(3) Default under subsections (1) and (1.1) shall not be imputed to a municipality in any action without proof by the plaintiff that the municipality knew or should have known of the disrepair of the municipal road or other thing mentioned in subsections (1) and (1.1).

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1

33(1) Subject to the other provisions of this Act, no person shall drive a vehicle on a highway:

- (a) at a speed greater than 80 kilometres per hour; or
- (b) at a speed greater than the maximum speed indicated by any signs that are erected on the highway

(2) No person shall drive a vehicle on a highway at a speed greater than is reasonable and safe in the circumstances.

44(1) No person shall drive a vehicle on a highway without due care and attention.

IV. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [1998] 5 W.W.R. 523

87

Wright J. found the respondent negligent in failing to erect a sign to warn motorists of the sharp right curve on Snake Hill Road, which she characterized as a "hidden hazard". She also found Mr. Nikolaisen negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive speed and in operating his vehicle while impaired. The appellant was held to be contributorily negligent in accepting a ride with Mr. Nikolaisen. Fifteen percent of the fault was apportioned to the appellant, and the remainder was apportioned jointly and severally 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the respondent.

88

Wright J. found that s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* imposed a statutory duty of care on the respondent toward persons travelling on Snake Hill Road. She then considered whether the respondent met the standard of care as delineated in

(3) En cas d'action reprochant un manquement visé aux paragraphes (1) et (1.1) la responsabilité de la municipalité concernée n'est engagée que si le demandeur établit que cette dernière connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin municipal ou autre ouvrage mentionné aux paragraphes (1) et (1.1).

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1

[TRADUCTION]

33(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est interdit de conduire sur une voie publique à une vitesse supérieure, selon le cas :

- a) à 80 kilomètres à l'heure;
- b) à la vitesse maximale indiquée par la signalisation routière le long de la voie publique en question . . .

(2) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique à une vitesse supérieure à celle qui est raisonnable et sécuritaire dans les circonstances.

44(1) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique sans faire preuve de la prudence et de l'attention nécessaires.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [1998] 5 W.W.R. 523

La juge Wright a conclu que l'intimée avait fait preuve de négligence en omettant d'installer un panneau signalant aux automobilistes l'existence du virage à droite serré sur le chemin Snake Hill, virage qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « danger caché ». Elle a également estimé que M. Nikolaisen avait été négligent en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant qu'il avait les facultés affaiblies. L'appelant a été tenu responsable de négligence concourante parce qu'il avait accepté de monter à bord du véhicule de M. Nikolaisen. La responsabilité a été partagée ainsi : 15 p. 100 à l'appelant, le reste étant réparti solidairement entre M. Nikolaisen (50 p. 100) et l'intimée (35 p. 100).

La juge Wright a d'abord conclu que l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* imposait à l'intimée une obligation légale de diligence envers les personnes circulant sur le chemin Snake Hill. Elle s'est ensuite demandée si l'intimée s'était

s. 192 and the jurisprudence interpreting that section. She referred specifically to *Partridge v. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), in which it was stated at p. 558 that “the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety”. She also cited *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (Sask. C.A.), at p. 630: “[R]egard must be had to the locality . . . the situation of the road therein, whether required to be used by many or by few; . . . to the number of roads to be kept in repair; to the means at the disposal of the council for that purpose, and the requirements of the public who use the road.” Relying on *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (Sask. Q.B.), Wright J. observed that although the Act does not mention an obligation to erect warning signs, the general duty of repair nevertheless includes the duty to warn motorists of a hidden hazard.

Having laid out the relevant case law, Wright J. went on to discuss the character of the road. Relying primarily on the evidence of two experts at trial, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found that the sharp right turning curve was a hazard that was not readily apparent to the users of the road. From their testimony she concluded (at para. 85):

It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen rollover is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater

conformée à la norme de diligence énoncée à l’art. 192 et dans la jurisprudence portant sur l’interprétation de cet article. Elle a fait état, en particulier, de l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555, dans lequel la Cour d’appel de la Saskatchewan a déclaré, à la p. 558, que [TRADUCTION] « le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité ». Elle a également cité le passage suivant de l’affaire *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (C.A. Sask.), p. 630 : [TRADUCTION] « [I]l faut tenir compte de la localité où est situé le chemin, [. . .] de son emplacement dans celle-ci, se demander s’il sera beaucoup ou peu fréquenté; [. . .] du nombre de chemins à entretenir; des ressources budgétaires dont dispose le conseil à cette fin et des besoins du public qui emprunte ce chemin ». Se fondant sur l’affaire *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (B.R. Sask.), la juge Wright a fait observer que, bien que la Loi ne mentionne pas explicitement l’obligation d’installer des panneaux d’avertissement, l’obligation générale d’entretien comporte néanmoins celle de signaler aux automobilistes l’existence d’un danger caché.

Après avoir fait état de la jurisprudence pertinente, la juge Wright a poursuivi en examinant la nature du chemin. S’appuyant principalement sur les témoignages donnés par deux experts au procès, MM. Anderson et Werner, elle a conclu que le virage à droite serré constituait un danger que les usagers du chemin ne pouvaient voir aisément. De leurs témoignages, elle a tiré la conclusion suivante (au par. 85) :

[TRADUCTION] Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce

than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet. [Emphasis in original.]

Wright J. then noted that, while it would not be reasonable to expect the respondent to construct the road to a higher standard or to clear all of the bush away, it was reasonable to expect the respondent to erect and maintain a warning or regulatory sign “so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86).

90 Wright J. then considered s. 192(3) of the Act, which provides that there is no breach of the statutory standard of care unless the municipality knew or should have known of the danger. Wright J. observed that between 1978 and 1990, there were four accidents on Snake Hill Road, three of which occurred “in the same vicinity” as the Nikolaisen rollover, and two of which were reported to the authorities. On the basis of this information, she held that “[i]f the R.M. [Rural Municipality] did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known” (para. 90). Wright J. also found significant the relatively low volume of traffic on the road, the fact that there were permanent residences on the road, and the fact that the road was frequented by young and perhaps less experienced drivers.

91 In respect to causation, Wright J. found that it was probable that a warning sign would have enabled Mr. Nikolaisen to take corrective action to maintain control of his vehicle despite the fact of his impairment. She concluded (at para. 101):

Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded

virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide. [En italique dans l’original.]

La juge Wright a ensuite précisé que, bien qu’on ne puisse raisonnablement exiger de l’intimée qu’elle construise le chemin selon une norme plus élevée ou qu’elle enlève toutes les broussailles, il était raisonnable de s’attendre à ce qu’elle installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation [TRADUCTION] « afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86).

La juge Wright a ensuite analysé le par. 192(3) de la Loi, qui prévoit qu’il n’y a manquement à l’obligation de diligence que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître l’existence du danger. Elle a rappelé que quatre accidents étaient survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1990. Trois de ceux-ci se sont produits [TRADUCTION] « aux environs » de l’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, et deux ont été signalés aux autorités. Sur la base de cette information, elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]i la M.R. [municipalité rurale] ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître » (par. 90). La juge Wright a également accordé de l’importance au débit relativement faible de la circulation sur le chemin, au fait que des résidences permanentes étaient situées en bordure de celui-ci et au fait que le chemin était fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés.

En ce qui concerne le lien de causalité, la juge Wright a estimé qu’un panneau de signalisation aurait probablement permis à M. Nikolaisen de prendre des mesures correctives et de conserver la maîtrise de son véhicule, même si ses facultés étaient affaiblies. Elle a aussi tiré la conclusion suivante, au par. 101 :

[TRADUCTION] Le degré d’ébriété de M. Nikolaisen n’a fait qu’accroître le risque qu’il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu’il

a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

Wright J. also addressed the appellant's argument that the municipality was in breach of a common law duty of care which was not qualified or limited by any of the restrictions set out under s. 192. She held that *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and the line of authority both preceding and following that decision did not apply to the case before her given the existence of the statutory duty of care. She also found that any qualifying words in s. 192 of the Act pertained to the standard of care and did not impose limitations on the statutory duty of care.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

On appeal, Cameron J.A., writing for a unanimous court, dealt primarily with the trial judge's finding that the respondent's failure to place a warning sign or regulatory sign at the site of the accident constituted a breach of its statutory duty of road repair. He did not find it necessary to rule on the issue of causation given his conclusion that the trial judge erred in finding the respondent negligent.

Cameron J.A. characterized the trial judge's conclusion that the respondent had breached the statutory duty of care as a matter of mixed fact and law. He noted that an appellate court is not to interfere with a trial judge's findings of fact unless the judge made a "palpable and overriding error" which affected his or her assessment of the facts. With respect to errors of law, however, Cameron J.A. remarked that the ability of an appellate court to overturn the finding of the trial judge is "largely unbounded". Regarding errors of mixed fact and law, Cameron J.A. noted that these are typically subject to the same standard of review as findings

aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge Wright s'est également penchée sur l'argument de l'appelant voulant que la municipalité ait manqué à une obligation de diligence de common law qui ne serait pas atténuée ou restreinte par l'une ou l'autre des dispositions de l'art. 192. Elle a estimé que l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, ainsi que la jurisprudence antérieure et postérieure à cette décision ne s'appliquaient pas à l'affaire dont elle était saisie, vu l'existence de l'obligation légale de diligence. Elle a également jugé que les termes restrictifs de l'art. 192 de la Loi visaient la norme de diligence et n'avaient pas pour effet de limiter la portée de l'obligation légale de diligence.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

En appel, exprimant la décision unanime de la cour, le juge Cameron s'est attaché principalement à la conclusion de la juge de première instance portant que, en omettant d'installer un panneau d'avertissement ou de signalisation à l'endroit de l'accident, l'intimée avait manqué à son obligation légale d'entretien des routes. Il n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question du lien de causalité, vu sa conclusion que la juge de première instance avait commis une erreur en déclarant l'intimée responsable de négligence.

Le juge Cameron a qualifié la conclusion de la juge de première instance que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence de conclusion portant sur une question mixte de fait et de droit. Il a souligné qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance à moins que ce dernier n'ait commis une « erreur manifeste et dominante » ayant faussé son appréciation des faits. Pour ce qui est des erreurs de droit, toutefois, le juge Cameron a fait remarquer que le pouvoir d'une cour d'appel d'infirmer la conclusion du juge de première instance est [TRADUCTION] « presque illimité ». En ce qui concerne les erreurs

92

93

94

of fact. One exception to this, according to Cameron J.A., occurs where the trial judge identifies the correct legal test, yet fails to apply one branch of that test to the facts at hand. As support for this proposition, Cameron J.A. cited (at para. 41) Iacobucci J. in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 39:

[I]f a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

mixtes de fait et de droit, le juge Cameron a précisé qu'elles sont normalement assujetties à la même norme de contrôle que les conclusions de fait. Selon le juge Cameron, cette règle générale souffre une exception, qui s'applique dans les cas où, bien que le juge du procès ait retenu le bon critère juridique applicable, il omet d'en appliquer un élément aux faits de l'affaire dont il est saisi. Au soutien de cette affirmation, le juge Cameron a cité, au par. 41, les propos suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 39 :

[Si] un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

95

Turning to the applicable law in this case, Cameron J.A. acknowledged that the standard of care set out in the Act and the jurisprudence interpreting it requires municipalities to post warning signs to warn of hazards that prudent drivers, using ordinary care, would be unlikely to appreciate. Based on the jurisprudence, Cameron J.A. set out (at para. 50) an analytical framework to be used in order to assess if a municipality has breached its duty in this regard. This framework requires the judge:

1. To determine the character and state of the road at the time of the accident. This, of course, is a matter of fact that entails an assessment of the material features of the road where the accident occurred, as well as those factors going to the maintenance standard, namely the location, class of road, patterns of use, and so on.
2. To assess the issue of whether persons requiring to use the road, exercising ordinary car[e], could ordinarily travel upon it safely. This is essentially a reasonable person test, one concerned with how a

Relativement au droit applicable en l'espèce, le juge Cameron a reconnu que la norme de diligence énoncée dans la Loi et dans la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette loi exige des municipalités qu'elles installent des panneaux de mise en garde pour signaler les dangers que les conducteurs prudents et prenant des précautions normales ne pourraient vraisemblablement pas mesurer. Se fondant sur la jurisprudence, le juge Cameron a établi, au par. 50, un cadre analytique permettant de déterminer si une municipalité a manqué à son obligation à cet égard. Suivant ce cadre, le juge doit examiner les aspects suivants :

[TRADUCTION]

1. Le juge doit déterminer la nature et l'état du chemin au moment de l'accident. Il s'agit, bien sûr, d'une question de fait, qui nécessite une appréciation des caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit, ainsi que de tous les facteurs se rapportant à la norme d'entretien, à savoir l'emplacement du chemin, le type de chemin dont il s'agit, les utilisations habituelles de celui-ci, et ainsi de suite.
2. Il soit se demander si les personnes qui devaient emprunter le chemin pouvaient généralement, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit essentiellement du critère de la

reasonable driver on that particular road would have conducted himself or herself. It is necessary in taking this step to take account of the various elements noted in the authorities referred to earlier, namely the locality of the road, the character and class of the road, the standard to which the municipality could reasonably have been expected to maintain the road, and so forth. These criteria fall to be balanced in the context of the question: how would a reasonable driver have driven upon this particular road? Since this entails the application of a legal standard to a given set of facts, it constitutes a question of mixed fact and law.

3. To determine either tha[t] the road was in a reasonable state of repair or that it was not, depending upon the assessment made while using the second step. If it is determined that the road was not in a reasonable state of repair, then it becomes necessary to go on to determine whether the municipality knew or should have known of the state of disrepair before imputing liability.

According to Cameron J.A., the trial judge did not err in law by failing to set out the proper legal test. She did, however, make an error in law of the type identified by Iacobucci J. in *Southam, supra*. In his view, when applying the law to the facts of the case, the trial judge failed to assess the manner in which a reasonable driver, exercising ordinary care, would ordinarily have driven on the road, and the risk, if any, that the unmarked curve might have posed for the ordinary driver. As noted by Cameron J.A., the trial judge “twice alluded to the matter, but failed to come to grips with it” (para. 57).

Cameron J.A. also found that the trial judge had made a “palpable and overriding” error of fact in determining that the respondent had breached the standard of care. According to Cameron J.A., the trial judge’s factual error stemmed from her reliance on the expert testimony of Mr. Werner and Mr. Anderson. Cameron J.A. found that the evidence of both experts was based on the fundamental premise

personne raisonnable, qui sert à déterminer comment se serait comporté un conducteur raisonnable sur ce chemin en particulier. À cette étape, il faut tenir compte des nombreux facteurs énoncés dans la jurisprudence mentionnée précédemment, c’est-à-dire l’emplacement du chemin, la nature et le type du chemin, la norme d’entretien à laquelle on pouvait raisonnablement s’attendre d’une municipalité, et ainsi de suite. Ces facteurs doivent être soupesés dans le contexte de la question suivante : Comment un conducteur raisonnable aurait-il conduit son véhicule sur ce chemin en particulier? Puisque cette question suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble donné de faits, elle constitue une question mixte de fait et de droit.

3. Il doit déterminer si le chemin était dans un état raisonnable d’entretien, compte tenu des conclusions tirées à la deuxième étape. S’il est établi que le chemin ne se trouvait pas dans un état raisonnable d’entretien, il faut alors déterminer si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état d’entretien avant de conclure à la responsabilité de celle-ci.

Selon le juge Cameron, la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en ce qui concerne le critère juridique applicable. Elle a cependant commis une erreur de droit du genre de celle exposée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité. À son avis, lorsqu’elle a appliqué le droit aux faits de l’espèce, la juge de première instance a omis, d’une part, de se demander comment un conducteur raisonnable, faisant montre de prudence normale, aurait conduit son véhicule sur ce chemin, et, d’autre part, d’évaluer le risque, s’il en est, que le virage non annoncé aurait pu constituer pour le conducteur moyen. Comme l’a souligné le juge Cameron de la Cour d’appel, la juge de première instance [TRADUCTION] « a évoqué la question à deux reprises, mais elle ne l’a pas abordée » (par. 57).

Le juge Cameron a également estimé que la juge de première instance avait commis une erreur de fait « manifeste et dominante » en concluant que l’intimée n’avait pas exercé le degré de diligence requis. Selon le juge Cameron, cette erreur de fait découlait de l’importance accordée par la juge Wright aux témoignages d’experts de M.M. Werner et Anderson. À son avis, les témoignages de ces deux experts

that the ordinary driver could be expected to travel the road at a speed of 80 km/h. In his view, this premise was misconceived and unsupported by the evidence.

reposaient sur la prémisse fondamentale qu'on pouvait s'attendre à ce que le conducteur moyen circule sur le chemin à une vitesse de 80 km/h. Selon lui, cette prémisse était erronée et n'était pas étayée par la preuve.

98 Cameron J.A. concluded that although the trial judge was free to accept the evidence of some witnesses over others, she was not free to accept expert testimony that was based on an erroneous factual premise. According to Cameron J.A., had the trial judge found that a prudent driver, exercising ordinary care for his or her safety, would not ordinarily have driven this section of Snake Hill Road at a speed greater than 60 km/h, then she would have had to conclude that no hidden hazard existed since the curve could be negotiated safely at this speed.

Le juge Cameron a conclu que, bien qu'il fût loisible à la juge de première instance d'accorder davantage foi à certains témoignages qu'à d'autres, il ne lui était pas loisible de retenir un témoignage d'expert fondé sur une prémisse factuelle erronée. Selon lui, si la juge de première instance avait estimé qu'un conducteur prudent prenant des précautions normales pour assurer sa sécurité n'aurait généralement pas roulé sur cette portion du chemin Snake Hill à plus de 60 km/h, alors elle aurait dû conclure à l'absence de danger caché puisque le virage pouvait être pris en sécurité à cette vitesse.

99 Cameron J.A. agreed with the trial judge that a common law duty of care was not applicable in this case. His remarks in this respect are found at para. 44 of his reasons:

Le juge Cameron a souscrit à l'opinion de la juge de première instance que l'obligation de diligence de common law ne s'appliquait pas en l'espèce. Il a fait les commentaires suivants à ce sujet, au par. 44 de ses motifs :

Concerning the duty of care, it might be noted that unlike statutory provisions empowering municipalities to maintain roads, but imposing no duty upon them to do so, the duty in this instance owes its existence to a statute, rather than the neighbourhood principle of the common law: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228 (S.C.C.). The duty is readily seen to extend to all who travel upon the roads.

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'obligation de diligence, il convient de préciser que, contrairement aux dispositions législatives qui habilent les municipalités à entretenir les chemins, sans toutefois leur imposer l'obligation de le faire, en l'espèce l'obligation doit son existence à une loi, plutôt qu'au principe de common law fondé sur la proximité : *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. On saisit immédiatement que l'obligation de diligence existe en faveur de tous ceux qui circulent sur les routes.

V. Issues

V. Les questions en litige

- 100
- A. Did the Court of Appeal properly interfere with the trial judge's finding that the respondent was in breach of its statutory duty of care?
 - B. Did the trial judge err in finding the respondent knew or should have known of the alleged danger?
 - C. Did the trial judge err in finding that the accident was caused in part by the respondent's negligence?

- A. La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la conclusion de la juge de première instance portant que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence?
- B. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué?
- C. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'accident a été en partie causé par la négligence de l'intimée?

D. Does a common law duty of care coexist alongside the statutory duty of care?

VI. Analysis

A. *Did the Court of Appeal Properly Interfere with the Decision at Trial?*

(1) The Standard of Review

Although the distinctions are not always clear, the issues that confront a trial court fall generally into three categories: questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Put briefly, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests (*Southam, supra*, at para. 35).

Of the three categories above, the highest degree of deference is accorded to the trial judge's findings of fact. The Court will not overturn a factual finding unless it is palpably and overridingly, or clearly wrong (*Southam, supra*, at para. 60; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121). This deference is principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand, and is therefore better able to choose between competing versions of events (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 32). It is however important to recognize that the making of a factual finding often involves more than merely determining the who, what, where and when of the case. The trial judge is very often called upon to draw inferences from the facts that are put before the court. For example, in this case, the trial judge inferred from the fact of accidents having occurred on Snake Hill Road

D. Est-ce qu'une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale de diligence?

VI. L'analyse

A. *La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la décision de la juge de première instance?*

(1) La norme de contrôle

Bien qu'elles ne soient pas toujours faciles à distinguer, les questions auxquelles doit répondre un tribunal de première instance se classent généralement en trois catégories : les questions de droit, les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties et les questions mixtes de fait et de droit consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique (*Southam, précité*, par. 35).

De ces trois catégories, ce sont les conclusions de fait du juge de première instance qui commandent le degré le plus élevé de retenue. La Cour ne modifie les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante ou si la conclusion est manifestement erronée (*Southam, précité*, par. 60; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, p. 121). Cette retenue repose principalement sur le fait que, puisqu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, le juge de première instance est en conséquence plus à même de choisir entre deux versions divergentes d'un même événement (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32). Cependant, il est important de reconnaître que tirer une conclusion de fait implique souvent davantage que le simple fait de déterminer qui a fait quoi, ainsi que où et quand il l'a fait. Le juge de première instance est très souvent appelé à faire des inférences à partir des faits qui lui sont

101

102

that the respondent knew or should have known of the hidden danger.

présentés. En l'espèce, par exemple, la juge de première instance a inféré du fait que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître l'existence du danger caché.

103

This Court has determined that a trial judge's inferences of fact should be accorded a similar degree of deference as findings of fact (*Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353). In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. I respectfully disagree with the majority's view that inferences can be rejected only where the inference-drawing process itself is deficient: see *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 45:

Notre Cour a jugé qu'il fallait appliquer aux inférences de fait du juge de première instance le même degré de retenue qu'à ses conclusions de fait (*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353). La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. En toute déférence, je ne partage pas l'opinion de la majorité selon laquelle des inférences ne peuvent être rejetées que dans les cas où le processus qui les a produites est lui-même déficient : voir *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 45 :

When a court is reviewing a tribunal's findings of fact or the inferences made on the basis of the evidence, it can only intervene "where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact": *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669 per McLachlin J.

Lorsqu'une cour de justice contrôle les conclusions de fait d'un tribunal administratif ou les inférences qu'il a tirées de la preuve, elle ne peut intervenir que « lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal » : *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin.

An inference can be clearly wrong where the factual basis upon which it relies is deficient or where the legal standard to which the facts are applied is misconstrued. My colleagues recognize themselves that a judge is often called upon to make inferences of mixed law and fact (para. 26). While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact.

Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Mes collègues eux-mêmes reconnaissent qu'un juge est souvent appelé à tirer des inférences mixtes de fait et droit (par. 26). Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait.

My colleagues take issue with the above statement that an appellate court will verify whether the making of an inference can reasonably be supported by the trial judge's findings of fact, a standard which they believe to be less strict than the "palpable and overriding" standard. I do not agree that a less strict standard is implied. In my view there is no difference between concluding that it was "unreasonable" or "palpably wrong" for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts. The distinction is merely semantic.

By contrast, an appellate court reviews a trial judge's findings on questions of law not merely to determine if they are reasonable, but rather to determine if they are correct; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 833; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 90. The role of correcting errors of law is a primary function of the appellate court; therefore, that court can and should review the legal determinations of the lower courts for correctness.

In the law of negligence, the question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care is necessarily a question of mixed fact and law. Once the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts. As stated by Kerans, *supra*, at p. 103, "[t]he evaluation of facts as meeting or not meeting a legal test is a process that involves law-making. Moreover, it is probably correct to say that every new attempt to apply a legal rule to a set of

Mes collègues ne sont pas d'accord avec l'énoncé susmentionné — savoir celui portant que la cour d'appel se demande si une inférence peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance — estimant qu'il s'agit d'une norme de contrôle moins exigeante que celle de l'erreur « manifeste et dominante ». Pour ma part, je ne crois pas que cet énoncé implique l'application d'une norme moins exigeante. À mon avis, il n'y a aucune différence entre le fait de conclure qu'il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » pour un juge de tirer une inférence des faits qu'il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits. La distinction est purement sémantique.

En revanche, une cour d'appel ne contrôle pas les conclusions tirées par le juge de première instance à l'égard des questions de droit simplement pour déterminer si elles sont raisonnables, mais plutôt pour déterminer si elles sont correctes : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 833; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 90. Un des rôles principaux d'une cour d'appel consiste à corriger les erreurs de droit et, par conséquent, cette cour peut et doit vérifier si les conclusions juridiques de la juridiction inférieure sont correctes.

Dans le contexte du droit relatif à la négligence, la question de savoir si la conduite du défendeur est conforme à la norme de diligence appropriée est forcément une question mixte de fait et de droit. Une fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée. Dans bien des cas, l'examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel. Comme l'a dit Kerans, *op. cit.*, p. 103, [TRADUCTION] « [l']examen de la

104

105

106

facts involves some measure of interpretation of that rule, and thus more law-making” (emphasis in original).

question de savoir si les faits satisfont ou non à un critère juridique donné est un processus qui implique une fonction créatrice de droit. Qui plus est, il est probablement exact d'affirmer que *chaque* nouvelle tentative d'appliquer une règle de droit à un ensemble de faits emporte une certaine interprétation de cette règle et, partant, l'élaboration de règles de droit additionnelles » (en italique dans l'original).

107

In a negligence case, the trial judge is called on to decide whether the conduct of the defendant was reasonable under all the circumstances. While this determination involves questions of fact, it also requires the trial judge to assess what is reasonable. As stated above, in many cases, this will involve a policy-making or “law-setting” role which an appellate court is better situated to undertake (Kerans, *supra*, at pp. 5-10). For example, in this case, the degree of knowledge that the trial judge should have imputed to the reasonably prudent municipal councillor raised the policy consideration of the type of accident-reporting system that a small rural municipality with limited resources should be expected to maintain. This law-setting role was recognized by the United States Supreme Court in *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), at note 17, within the context of an action for defamation:

Dans une affaire de négligence, le juge de première instance est appelé à décider si la conduite du défendeur était raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Bien que la prise de cette décision demande l'examen de questions de fait, elle exige également du juge de première instance qu'il établisse ce qui est raisonnable. Comme il a été mentionné plus tôt, dans bien des cas cette décision implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la « création de règles de droit », rôle qu'une cour d'appel est mieux placée pour remplir (Kerans, *op. cit.*, p. 5 à 10). En l'espèce, par exemple, le degré de connaissance que la juge de première instance aurait dû prêter au conseiller municipal raisonnablement prudent soulevait une considération participant d'une politique d'intérêt général, savoir le genre de système d'information sur les accidents qu'une petite municipalité rurale aux ressources budgétaires limitées est censée tenir. Ce rôle créateur de droit a été reconnu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), à la note 17, dans le contexte d'une action en diffamation :

A finding of fact in some cases is inseparable from the principles through which it was deduced. At some point, the reasoning by which a fact is “found” crosses the line between application of those ordinary principles of logic and common experience which are ordinarily entrusted to the finder of fact into the realm of a legal rule upon which the reviewing court must exercise its own independent judgment. Where the line is drawn varies according to the nature of the substantive law at issue. Regarding certain largely factual questions in some areas of the law, the stakes — in terms of impact on future cases and future conduct — are too great to entrust them finally to the judgment of the trier of fact.

[TRADUCTION] Une conclusion de fait est, dans certains cas, indissociable des principes qui ont été appliqués pour y arriver. À un point donné, le raisonnement menant à la « constatation d'un fait » cesse d'être l'application des principes ordinaires de logique et d'expérience générale, qui est généralement l'apanage du juge de première instance, pour devenir l'application d'une règle de droit, tâche où le tribunal de révision doit exercer son propre jugement. Cette ligne de démarcation se déplace selon la nature de la règle de droit substantiel en litige. Dans quelques branches du droit, certaines questions largement factuelles soulèvent des enjeux — incidence sur d'éventuelles affaires et le comportement futur — qui sont trop importants pour être confiés en premier et dernier ressort au juge de première instance.

My colleagues assert that the question of whether or not the standard of care was met by the defendant in a negligence case is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law (para. 36). I disagree. In many cases, it will not be possible to “extricate” a purely legal question from the standard of care analysis applicable to negligence, which is a question of mixed fact and law. In addition, while some questions of mixed fact and law may not have “any great precedential value” (*Southam, supra*, at para. 37), such questions often necessitate a normative analysis that should be reviewable by an appellate court.

Consider again the issue of whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. If the trial judge applies a different legal standard, such as the reasonable person standard, it is an error of law. Yet even if the trial judge correctly identifies the applicable legal standard, he or she may still err in the process of assessing the facts through the lens of that legal standard. For example, there may exist evidence that an accident had previously occurred on the portion of the road on which the relevant accident occurred. In the course of considering whether or not that fact satisfies the legal test for knowledge the trial judge must make a number of normative assumptions. The trial judge must consider whether the fact that one accident had previously occurred in the same location would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the ordinary, reasonable and prudent councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system. In my view, the question of whether the fact of a previous accident having occurred fulfills the applicable knowledge

Mes collègues affirment que la question de savoir si, dans une affaire de négligence, le défendeur a respecté ou non la norme de diligence appropriée est assujettie au critère de l’erreur manifeste et dominante, sauf si le juge de première instance a clairement commis une erreur de principe isolable relativement à la détermination de la norme à appliquer ou à son application, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit (par. 36). Je ne suis pas d’accord. Dans bon nombre de cas, il ne sera pas possible d’« isoler » une question de droit pur de l’analyse de la norme de diligence applicable en matière de négligence, qui est une question mixte de fait et de droit. En outre, bien que certaines questions mixtes de fait et de droit puissent ne pas avoir « une grande valeur comme précédents » (*Southam, précité*, par. 37), ces questions impliquent souvent une analyse normative que devrait pouvoir contrôler une cour d’appel.

Revenons maintenant à la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s’il y a lieu de prêter cette connaissance à la municipalité eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Si le juge de première instance applique une autre norme juridique, par exemple celle de la personne raisonnable, il commet une erreur de droit. Cependant, même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique à appliquer, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu’il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique. Par exemple, il peut exister une preuve indiquant qu’un accident s’était déjà produit sur le tronçon de chemin en cause. Le juge de première instance qui se demande si ce fait satisfait ou non au critère juridique applicable à la question de la connaissance doit poser un certain nombre d’hypothèses normatives. Il doit se demander si le fait qu’un accident se soit déjà produit au même endroit alerterait le conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent de l’existence d’un danger. Il doit également se demander si ce conseiller aurait appris l’existence de l’accident antérieur par un système d’information sur les accidents. Selon moi, la question de savoir si le fait qu’un accident se soit produit antérieurement

requirement is a question of mixed fact and law and it is artificial to characterize it as anything else. As is apparent from the example given, the question may also raise normative issues which should be reviewable by an appellate court on the correctness standard.

satisfait à l'exigence de connaissance applicable est une question mixte de fait et de droit, et il serait artificiel de la qualifier autrement. Comme l'indique clairement l'exemple qui précède, cette question peut également soulever des questions normatives que devrait pouvoir contrôler une cour d'appel selon la norme de la décision correcte.

110

I agree with my colleagues that it is not possible to state as a general proposition that all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness: citing *Southam, supra*, at para. 37 (para. 28). I disagree, however, that the dicta in *Southam* establishes that a trial judge's conclusions on questions of mixed fact and law in a negligence action should be accorded deference in every case. This Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, a medical negligence case, distinguished *Southam* on the issue of the standard applicable to questions of mixed fact and law where the tribunal has no particular expertise. Gonthier J., writing for a unanimous Court, stated at paras. 48-49:

Je partage l'opinion de mes collègues selon laquelle on ne peut poser comme principe général que toutes les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte : citant *Southam*, précité, par. 37 (par. 28). Cependant, je ne crois pas que l'opinion formulée dans *Southam* signifie que, dans une affaire de négligence, les conclusions du juge de première instance sur des questions mixtes de fait et de droit commandent systématiquement une attitude empreinte de retenue. Dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, affaire de négligence médicale, notre Cour a différencié cette affaire de l'arrêt *Southam* sur la question de la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit dans les cas où le tribunal ne possède d'expertise particulière. Exposant la décision unanime de la Cour, le juge Gonthier a dit ceci, aux par. 48 et 49 :

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. Such is the standard for medical negligence. There is no issue of expertise of a specialized tribunal in a particular field which may go to the determination of facts and be pertinent to defining an appropriate standard and thereby call for some measure of deference by a court of general appeal (*Southam, supra*, at para. 45; and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 647).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. C'est la norme applicable à la négligence médicale. Il n'est pas question de l'expertise d'un tribunal spécialisé dans un domaine particulier, pouvant toucher la détermination des faits et avoir une incidence sur la définition de la norme appropriée et exiger de ce fait une certaine déférence de la part d'une cour générale d'appel (*Southam*, par. 45; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, p. 647).

111

I also disagree with my colleagues that *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, is authority for the proposition that when the question

Je ne peux non plus me ranger à l'avis de mes collègues selon lequel l'arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, permet d'affirmer

of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, that finding should be deferred to by appellate courts. In that case the trial judge found that the conduct of the defendant ski instructor met the standard of care expected of him. Moreover, the trial judge found that the accident would have occurred regardless of what the ski instructor had done (*Taylor v. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Seaton J.A. of the British Columbia Court of Appeal disagreed with the trial judge that the ski instructor had met the applicable standard of care (*Taylor (Guardian ad litem of) v. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Seaton J.A. recognized nevertheless that the “final question” was whether “the instructor’s failure to remain was a cause of the accident” (p. 307). On the issue of causation, a question of fact, Seaton J.A. clearly substituted his opinion for that of the trial judge’s without regard to the appropriate standard of review. His concluding remarks on the issue of causation at p. 308 highlight his lack of deference to the trial judge’s conclusion on causation:

On balance, I think that the evidence supports the plaintiffs’ claim against the instructor, that his conduct in leaving the plaintiff below the crest was one of the causes of the accident.

This Court, which restored the finding of the trial judge, did not clearly state whether it did so on the basis that the appellate court was wrong to interfere with the trial judge’s finding of negligence or whether it did so because the appellate court wrongly interfered with the trial judge’s conclusions on causation. The reasons suggest the latter. The only portion of the trial judgment that this Court referred to was the finding on causation. Dickson J. (as he then was) remarks in *Jaegli Enterprises, supra*, at p. 4:

At the end of a nine-day trial Mr. Justice Meredith, the presiding judge, delivered a judgment in which he

que, lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est la conclusion de négligence tirée par le juge de première instance, les cours d’appel doivent faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que le défendeur, un instructeur de ski, avait respecté la norme de diligence à laquelle il était tenu. Il avait aussi conclu que l’accident serait survenu, indépendamment de la conduite de l’instructeur de ski (*Taylor c. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Le juge Seaton de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que l’instructeur de ski avait respecté la norme de diligence applicable (*Taylor (Guardian ad litem of) c. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Il a néanmoins reconnu que [TRADUCTION] « l’ultime question » consistait à se demander si « l’omission de l’instructeur de rester près de la demanderesse avait été une cause de l’accident » (p. 307). Sur la question du lien de causalité, qui est une question de fait, le juge Seaton a clairement substitué son opinion à celle du juge de première instance sans tenir compte de la norme de contrôle appropriée. Ses remarques finales sur la question de la causalité, à la p. 308, font ressortir son absence de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance sur ce point :

[TRADUCTION] Tout bien considéré, j’estime que la preuve étaye la prétention des demandeurs voulant que la conduite de l’instructeur, qui l’a laissée seule sous la crête de la butte, a été l’une des causes de l’accident.

En rétablissant la décision du juge de première instance, notre Cour n’a pas précisé si elle le faisait parce que la cour d’appel avait eu tort de modifier la conclusion de ce dernier sur la négligence ou parce qu’elle avait erronément modifié ses conclusions sur la causalité. Les motifs donnent à penser que la dernière proposition est la bonne. La seule partie du jugement de première instance mentionnée par notre Cour se rapporte à la conclusion sur le lien de causalité. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait les remarques suivantes dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, à la p. 4 :

À la fin d’un procès de neuf jours, le juge Meredith, qui a présidé le procès, a rendu un jugement dans lequel il a

very carefully considered all of the evidence and concluded that the accident had been caused solely by Larry LaCasse and that the plaintiffs should recover damages, in an amount to be assessed, against LaCasse. The claims against Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited and the other defendants were dismissed with costs.

examiné soigneusement toute la preuve et a conclu que l'accident était imputable uniquement à Larry LaCasse et que les demandeurs pouvaient recouvrer de LaCasse des dommages-intérêts pour un montant à déterminer. Les réclamations contre Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited et les autres défendeurs ont été rejetées avec dépens.

113

The Court went on to cite a number of cases, some of which did not involve negligence (see *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78), for the general proposition that “it [is] wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where [there is not palpable and overriding error, and] the only point at issue [was] the interpretation of the evidence as a whole” (p. 84). Given that the Court focussed on the issue of causation, a question of fact alone, I do not think that *Jaegli Enterprises* establishes that a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In my view, the Court in *Jaegli Enterprises* merely affirmed the longstanding principle that an appellate court should not interfere with a trial judge’s finding of fact absent a palpable and overriding error.

La Cour a ensuite cité quelques décisions, dont certaines ne traitent pas de négligence (voir *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78), au soutien de la proposition générale qu’« une cour d’appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l’interprétation de l’ensemble de la preuve » (p. 84). Étant donné que la Cour s’est attachée à la question du lien de causalité, question de fait seulement, je ne crois pas que l’arrêt *Jaegli Enterprises* établisse que les cours d’appel doivent faire montre de retenue lorsque le juge de première instance conclut à la négligence. À mon avis, dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, la Cour n’a fait que confirmer le principe bien établi portant qu’une cour d’appel ne doit pas modifier une conclusion de fait du juge de première instance en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

(2) Error of Law in the Reasons of the Court of Queen’s Bench

(2) L’erreur de droit dans les motifs de la Cour du Banc de la Reine

114

The standard of care set out in s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted within the jurisprudence, required the trial judge to examine whether the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Having identified the correct legal test, the trial judge nonetheless failed to ask herself whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident occurred. To neglect entirely one branch of a legal test when applying the facts to the test is to misconstrue the law (*Southam, supra*, at para. 39). The Saskatchewan Court of Appeal was therefore right to characterize this failure as an error of law and to consider the factual findings made by the trial judge in light of the appropriate legal test.

Suivant la norme de diligence énoncée à l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu’elle a été interprétée dans la jurisprudence, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin Snake Hill sur lequel s’est produit l’accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Après avoir déterminé quel était le critère juridique applicable, la juge de première instance a toutefois omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler en sécurité sur le tronçon en question. Le fait d’omettre entièrement une étape d’un critère juridique, dans l’application de celui-ci aux faits de l’espèce, équivaut à mal interpréter le droit (*Southam, précité*, par. 39). Par conséquent, la Cour d’appel de la Saskatchewan a donc eu raison de qualifier cette omission d’erreur de droit et de contrôler les conclusions de fait tirées par la juge de première instance à la lumière du critère juridique approprié.

The long line of jurisprudence interpreting s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* and its predecessor provisions clearly establishes that the duty of the municipality is to keep the road “in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety” (*Partridge, supra*, at p. 558; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (Sask. C.A.), at p. 766; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (Q.B.), at pp. 71-72). Legislation in several other provinces establishes a similar duty of care and courts in these provinces have interpreted it in a similar fashion (*R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, at p. 537; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 892; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (S.C.C.), at p. 718). This Court, in *Jennings, supra*, interpreting a similar provision under the Ontario *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171, remarked at p. 537 that: “[i]t has been repeatedly held in Ontario that where a duty to keep a highway in repair is imposed by statute the body upon which it is imposed must keep the highway in such a condition that travellers using it with ordinary care may do so with safety”.

There is good reason for limiting the municipality’s duty to repair to a standard which permits drivers exercising ordinary care to proceed with safety. As stated by this Court in *Fafard, supra*, at p. 718: “[a] municipal corporation is not an insurer of travellers using its streets; its duty is to use reasonable care to keep its streets in a reasonably safe condition for ordinary travel by persons exercising ordinary care for their own safety”. Correspondingly, appellate courts have long held that it is an error for the trial judge to find a municipality in breach of its duty merely because a danger exists, regardless of whether or not that danger poses a risk to the ordinary user of the road. The type of error to be guarded against was described by Wetmore C.J. in *Williams v.*

La jurisprudence de longue date portant sur l’interprétation de l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* et des dispositions qu’il a remplacées établit clairement que les municipalités ont l’obligation de tenir les chemins [TRADUCTION] « dans un état raisonnable d’entretien de façon que ceux qui doivent l[es] emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité » (*Partridge*, précité, p. 558; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (C.A. Sask.), p. 766; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (B.R.), p. 71 et 72). Plusieurs autres provinces ont adopté des lois établissant une obligation de diligence semblable, et les tribunaux de ces provinces ont interprété cette obligation de la même façon (*R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, p. 537; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, p. 892; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (C.S.C.), p. 718). Interprétant une disposition similaire de la *Highway Improvement Act* de l’Ontario, R.S.O. 1960, ch. 171, notre Cour a indiqué, dans l’arrêt *Jennings*, précité, p. 537, qu’[TRADUCTION] « [i]l a été décidé à maintes reprises en Ontario que, lorsque l’obligation de maintenir une route en bon état d’entretien est légalement imposée à un organisme, celui-ci doit maintenir la route dans un état permettant à ceux qui l’empruntent en prenant des précautions normales d’y circuler en sécurité ».

Il existe de bonnes raisons de limiter l’obligation d’entretien des routes incombant aux municipalités au respect d’une norme suffisante pour permettre aux conducteurs qui prennent des précautions normales d’y circuler en sécurité. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Fafard*, précité, p. 718 : [TRADUCTION] « [l]es municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues; leur obligation consiste à faire preuve de diligence raisonnable et de maintenir leurs rues dans un état raisonnablement sécuritaire pour la circulation normale des personnes qui prennent des précautions normales en vue d’assurer leur propre sécurité ». En conséquence, les cours d’appel estiment depuis longtemps que le juge de première instance commet une erreur s’il conclut qu’une municipalité

Town of North Battleford (1911), 4 Sask. L.R. 75 (*en banc*), at p. 81:

The question in an action of this sort, whether or not the road is kept in such repair that those requiring to use it may, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety, is, it seems to me, largely one of fact . . . I would hesitate about setting aside a finding of fact of the trial Judge if he had found the facts necessary for the determination of the case, but he did not so find. He found that the crossing was a “dangerous spot without a light, and that if the utmost care were used no accident might occur, but it was not in such proper or safe state as to render such accident unlikely to occur.” He did not consider the question from the standpoint of whether or not those requiring to use the road might, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety. The mere fact of the crossing being dangerous is not sufficient . . . [Emphasis added.]

manque à son obligation du seul fait qu’un danger existe, indépendamment de la question de savoir si ce danger présente ou non un risque pour l’usager ordinaire du chemin. Le genre d’erreur qu’il faut éviter a été décrit ainsi par le juge en chef Wetmore dans l’affaire *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask. L.R. 75 (*in banco*), p. 81 :

[TRADUCTION] Il me semble que la question qui se pose dans ce genre d’action — soit celle de savoir si le chemin est tenu dans un état d’entretien tel que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité — est essentiellement une question de fait [. . .] j’hésiterais à écarter une conclusion de fait du juge de première instance s’il avait relevé l’existence des faits nécessaires pour trancher l’affaire, mais il ne l’a pas fait. Il a conclu que l’intersection était « un endroit dangereux non éclairé, et qu’aucun accident ne s’y produirait si on faisait preuve d’une prudence extrême, mais que cet endroit n’était pas tenu dans un état d’entretien propre à rendre improbable un tel accident ». Il n’a pas examiné la question en se demandant si ceux qui doivent emprunter ce chemin peuvent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Le seul fait que l’intersection soit dangereuse n’est pas suffisant . . . [Je souligne.]

117

From the jurisprudence cited above, it is clear that the mere existence of a hazard or danger does not in and of itself give rise to a duty on the part of the municipality to erect a sign. Even if a trial judge concludes on the facts that the conditions of the road do, in fact, present a hazard, he or she must still go on to assess whether that hazard would present a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The ordinary driver is often faced with inherently dangerous driving conditions. Motorists drive in icy or wet conditions. They drive at night on country roads that are not well lit. They are faced with obstacles such as snow ridges and potholes. These obstacles are often not in plain view, but are obscured or “hidden”. Common sense dictates that motorists will, however, exercise a degree of caution when faced with dangerous driving conditions. A municipality is expected to provide extra cautionary measures only where the conditions of the road and the surrounding circumstances do not signal to the driver the possibility that a hazard is present. For example, the ordinary driver expects a dirt road to become slippery when wet. By contrast, paved

Il ressort clairement de la jurisprudence susmentionnée que la simple existence d’un risque ou danger ne fait pas en soi naître pour la municipalité l’obligation d’installer un panneau de signalisation. Même si, à partir des faits, le juge de première instance arrive à la conclusion que l’état du chemin crée effectivement un risque, il doit poursuivre son analyse et se demander si ce risque présente un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le conducteur moyen rencontre souvent des conditions de conduite intrinsèquement dangereuses. Les automobilistes conduisent leur véhicule sur des chaussées glacées ou humides. Ils roulent la nuit sur des chemins de campagne mal éclairés. Ils rencontrent des obstacles comme des bancs de neige et des nids-de-poule. Souvent ces obstacles ne sont pas visibles, car ils sont dissimulés ou « cachés ». Le bon sens suggère que les automobilistes font toutefois preuve d’une certaine prudence en présence de conditions de conduite dangereuses. On n’attend de la municipalité qu’elle prenne des mesures d’avertissement supplémentaires que lorsque l’état du chemin et l’ensemble des

bridge decks on highways are often slick, though they appear completely dry. Consequently, signs will be posted to alert drivers to this unapparent possibility.

The appellant in this case argued, at para. 27 of his factum, that the trial judge did, in fact, assess whether a reasonable driver using ordinary care would find the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to pose a risk. He points in particular to the trial judge's comments at paras. 85-86 that:

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. . . .

. . . where the existence of . . . bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Emphasis added.]

The appellant's argument suggests that the trial judge discharged her duty to apply the facts to the law merely by restating the facts of the case in the language of the legal test. This was not, however, sufficient. Although it is clear from the citation above that the trial judge made a factual finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing in this portion of her reasons to suggest that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The finding that a hazard, or even that a hidden hazard, exists does not automatically give rise to the conclusion that the reasonable driver exercising ordinary care could not

autres circonstances ne signalent pas au conducteur la possibilité qu'un danger existe. Par exemple, le conducteur moyen s'attend à ce qu'un chemin de terre devienne glissant lorsqu'il est mouillé. À l'opposé, les tabliers de pont asphaltés qui se trouvent sur les routes sont souvent glissants, bien qu'ils paraissent complètement secs. Par conséquent, des panneaux sont installés pour alerter les conducteurs de cette possibilité non apparente.

En l'espèce, l'appelant a plaidé, au par. 27 de son mémoire, que la juge de première instance s'était, en fait, demandé si un conducteur raisonnable prenant des précautions normales considérerait que le tronçon du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident constitue un risque. Il souligne en particulier les commentaires suivants de la juge de première instance, aux par. 85 et 86 :

[TRADUCTION] Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s'agit d'un danger qui n'est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s'agit d'un danger caché . . .

. . . à l'endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s'attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d'avertissement ou de signalisation afin qu'un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d'arriver à l'endroit dangereux. [Je souligne.]

L'appelant semble prétendre que la juge de première instance s'est acquittée de son devoir d'appliquer le droit aux faits simplement en intégrant les faits de l'espèce à la formulation du critère juridique. Ce n'était toutefois pas suffisant. Bien qu'il ressorte clairement des passages précités que la juge de première instance a, à partir des faits, conclu que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien dans cette partie de ses motifs qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le fait de conclure à l'existence d'un danger, même caché, n'implique pas forcément que le conducteur

118

119

travel through it safely. A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: "How would a reasonable driver have driven on this road?" Whether or not a hazard is "hidden" or a curve is "inherently" dangerous does not dispose of the question. My colleagues state that it was open to the trial judge to draw an inference of knowledge of the hazard simply because the sharp curve was a permanent feature of the road (para. 61). Here again, there is nothing in the reasons of the trial judge to suggest that she drew such an inference or to explain how such an inference accorded with the legal requirements concerning the duty of care.

raisonnable prenant des précautions normales ne peut pas y circuler en sécurité. Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu'il existe ou non un danger « caché » ou qu'une courbe est quelque chose d'« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question. Mes collègues affirment que la juge de première instance pouvait inférer la connaissance du danger du seul fait que la courbe serrée constituait une caractéristique permanente du chemin (par. 61). Ici encore, rien dans les motifs de la juge de première instance n'indique qu'elle a tiré une telle inférence ou n'explique en quoi une telle inférence satisfaisait aux conditions juridiques relatives à l'obligation de diligence.

120

Nor did the trial judge consider the question in any other part of her reasons. Her failure to do so becomes all the more apparent when her analysis (or lack thereof) is compared to that in cases in which the courts applied the appropriate method. The Court of Appeal referred to two such cases by way of example. In *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (Q.B.), the plaintiff argued that the defendant municipality should have posted signs warning of a ridge in the middle of the road that resulted from the grading of the road by the municipality. The trial judge concluded that if the driver had exercised ordinary care, he could have travelled along the roadway with safety. Instead, he drove too fast and failed to keep an adequate lookout considering the maintenance that was being performed on the road. In *Diebel Estate, supra*, the issue was whether the municipality had a duty under s. 192 to post a sign warning motorists that a rural road ended abruptly in a T-intersection. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on that road was asked and answered by the trial judge in the following passage at p. 74:

La juge de première instance n'a pas non plus examiné cette question ailleurs dans ses motifs. Son omission à cet égard devient encore plus évidente lorsqu'on compare son analyse (ou son absence d'analyse) à celle des affaires où les tribunaux ont appliqué la bonne démarche. La Cour d'appel a donné comme exemple deux de ces affaires. Dans *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (B.R.), le demandeur prétendait que la municipalité défenderesse aurait dû installer des panneaux signalant la présence, au milieu du chemin, d'un sillon résultant de travaux municipaux de nivellement. Le juge de première instance a estimé que, si le conducteur avait pris des précautions normales, il aurait pu rouler en sécurité sur la chaussée. Au lieu de cela, il a roulé trop vite et manqué de vigilance compte tenu des travaux d'entretien qui étaient effectués sur le chemin. Dans *Diebel Estate, précité*, il s'agissait de déterminer si la municipalité avait, en vertu de l'art. 192, l'obligation d'installer un panneau avertissant les automobilistes qu'une route rurale se terminait de façon abrupte à un croisement en T. Le juge de première instance s'est demandé comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur ce chemin, et il a répondu ainsi à cette question, à la p. 74 :

His [the expert's] conclusions as to stopping are, however, mathematically arrived at and never having been on

[TRADUCTION] Ses conclusions [celles de l'expert] pour ce qui concerne l'arrêt des automobiles découlent

the road, from what was described in the course of the trial, I would think the intersection could be a danger at night to a complete stranger to the area, depending on one's reaction time and the possibility of being confused by what one saw rather than recognizing the T intersection to be just that. On the other hand I would think a complete stranger in the area would be absolutely reckless to drive down a dirt road of the nature of this particular road at night at 80 kilometres per hour. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The conclusion that Wright J. erred in failing to apply a required aspect of the legal test does not automatically lead to a rejection of her factual findings. This Court's jurisdiction to review questions of law entitles it, where an error of law has been found, to take the factual findings of the trial judge as they are, and to assess these findings anew in the context of the appropriate legal test.

In my view, neither Wright J.'s factual findings nor any other evidence in the record that she might have considered had she asked the appropriate question, support the conclusion that the respondent was in breach of its duty. The portion of Snake Hill Road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the conditions of Snake Hill Road in general and the conditions with which motorists were confronted at the exact location of the accident signalled to the reasonable motorist that caution was needed. Motorists who appropriately acknowledged the presence of the several factors which called for caution would have been able to navigate safely the so-called "hidden hazard" without the benefit of a road sign.

The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on Snake Hill Road necessitates a consideration of the nature and locality of the road. A reasonable motorist will not approach a narrow gravel road in the country in the same way that he or she will approach a paved highway. It is reasonable to expect a motorist to drive more slowly and to pay greater attention to the potential presence of hazards when driving on a

toutefois d'opérations mathématiques et bien que je n'aie jamais emprunté le chemin en question, d'après les descriptions faites au procès, je suis d'avis que le croisement pourrait constituer un danger la nuit pour quelqu'un qui ne connaît absolument pas l'endroit, eu égard à la vitesse de réaction de chacun et à la possibilité que quelqu'un confonde le croisement en T avec quelque chose d'autre. Par ailleurs, j'estime que quelqu'un ne connaissant aucunement l'endroit agirait de façon tout à fait téméraire en roulant à 80 kilomètres à l'heure la nuit sur un chemin de terre comme celui qui nous intéresse. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Le fait de conclure que la juge Wright a commis une erreur de droit en omettant d'appliquer un élément essentiel du critère juridique n'invalide pas forcément ses conclusions de fait. En effet, la compétence de notre Cour en matière d'examen des questions de droit l'autorise, lorsqu'une telle erreur est décelée, à reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et à les réévaluer au regard du critère juridique approprié.

Selon moi, ni les faits retenus par la juge Wright ni aucun autre élément de preuve au dossier qu'elle aurait pu prendre en considération si elle s'était posé la bonne question n'appuient sa conclusion que l'intimée a manqué à son obligation. La portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident ne présentait pas de risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales, car l'état de ce chemin en général et les conditions auxquelles les automobilistes doivent faire face à l'endroit précis de l'accident avertissent l'automobiliste raisonnable que la prudence s'impose. Les automobilistes sachant reconnaître les divers facteurs qui appellent à la prudence auraient pu franchir le soi-disant [TRADUCTION] « danger caché » sans l'aide d'un panneau de signalisation.

Pour savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait conduit son véhicule sur le chemin Snake Hill, il faut tenir compte de la nature du chemin et de la configuration des lieux. Un automobiliste raisonnable ne roulera pas sur une étroite route de campagne gravelée de la même façon que sur une route asphaltée. Il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un automobiliste conduise moins vite et soit plus attentif à la présence

121

122

123

road that is of a lower standard, particularly when he or she is unfamiliar with it.

124 While the trial judge in this case made some comments regarding the nature of the road, I agree with the Court of Appeal's findings that "[s]he might have addressed the matter more fully, taking into account more broadly the terrain through which the road passed, the class and designation of the road in the scheme of classification, and so on . . ." (para. 55). Instead, the extent of her analysis of the road was limited to the following comments, found at para. 84 of her reasons:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

125 In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road. The trial judge's analysis focussed almost entirely on the use of the road, without considering the sort of conditions it presented to drivers. It is perhaps not surprising that the trial judge did not engage in this fuller analysis, given that she did not turn her mind to the question of how a reasonable driver would have approached the road. Had she considered this question, she likely would have engaged in the type of assessment that was made by the Court of Appeal at para. 13 of its judgment:

The road, about 20 feet in width, was classed as "a bladed trail," sometimes referred to as "a land access road," a classification just above that of "prairie trail". As such, it was not built up, nor gravelled, except lightly at one end of it, but simply bladed across the terrain following the path of least resistance. Nor was it in any way signed.

de dangers potentiels sur un chemin de catégorie inférieure, particulièrement s'il n'est pas familier avec celui-ci.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait fait certains commentaires sur la nature du chemin, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « [e]lle aurait pu examiner la question de manière plus approfondie, en tenant davantage compte du type de terrain que le chemin traversait, de la nature et de la désignation du chemin selon le système de classification des routes et ainsi de suite . . . » (par. 55). Au lieu de cela, son analyse s'est limitée aux commentaires suivants, au par. 84 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin. Dans son analyse, la juge de première instance s'est attachée presque exclusivement à l'utilisation qui est faite du chemin, sans prendre en compte le genre de conditions qu'il présente aux conducteurs. Il n'est peut-être pas surprenant qu'elle ne se soit pas livrée à cette analyse approfondie, puisqu'elle ne s'est pas demandé comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur ce chemin. Si elle s'était posé cette question, elle aurait vraisemblablement procédé à une évaluation analogue à celle qu'a faite la Cour d'appel au par. 13 de son jugement :

[TRADUCTION] Le chemin, d'une largeur de 20 pieds environ, a été qualifié de « chemin nivelé », qu'on appelle aussi parfois « chemin d'accès », soit tout juste une catégorie au-dessus d'un « chemin de prairie ». Comme tel, il n'a été ni renforcé ni revêtu de gravier, sauf légèrement à l'une de ses extrémités, il s'agit tout simplement d'un chemin nivelé à même le terrain, suivant le tracé présentant le moins d'obstacles. On n'y a installé aucune signalisation.

Given the fact that Snake Hill Road is a low standard road, in a category only one or two levels above a prairie trail, one can assume that a reasonable driver exercising ordinary care would approach the road with a certain degree of caution.

Having considered the character of the road in general, and having concluded that by its very nature it warranted a certain degree of caution, it is nonetheless necessary to consider the material features of the road at the point at which the accident occurred. Even on roads which are of a lower standard, a reasonable driver exercising due caution may be caught unaware by a particularly dangerous segment of the road. That was, in fact, the central argument that the appellant put forward in this case. According to the appellant's "dual nature" theory, at para. 8 of his factum, the fact that the curvy portion of Snake Hill Road where the accident occurred was flanked by straight segments of road created a risk that a motorist would be lulled into thinking that the curves could be taken at speeds greater than that at which they could actually be taken.

While it is not clear from her reasons that the trial judge accepted the appellant's "dual nature" theory, it appears that her conclusion that the municipality did not meet the standard of care required by it was based largely on her observation of the material features of the road at the location of the Nikolaisen rollover. Relying on the evidence of two experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found the portion of the road on which the accident occurred to be a "hazard to the public". In her view, the limited sight distance created by the presence of uncleared bush precluded a motorist from being forewarned of the impending sharp right turn immediately followed by a left turn. Based on expert testimony, she concluded that the curve could not be negotiated at speeds greater than 60 km/h under favourable conditions, or 50 km/h under wet conditions.

Again, I would not reject the trial judge's factual finding that the curve presented motorists with an

Comme le chemin Snake Hill est une route de catégorie inférieure, à peine un ou deux niveaux au-dessus d'un chemin de prairie, on peut présumer qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales y roulerait avec une certaine prudence.

Après avoir examiné la nature générale du chemin et avoir conclu que, du fait de cette nature même, une certaine prudence s'imposait, il faut néanmoins prendre en considération les caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit. Même sur des chemins de catégorie inférieure, un conducteur raisonnable prenant des précautions normales pourrait être pris par surprise sur un tronçon particulièrement dangereux. Il s'agit là, en fait, de l'argument central présenté par l'appellant en l'espèce. Selon sa thèse, dite de la « nature hybride » du chemin, au par. 8 de son mémoire, le fait que la courbe où est survenu l'accident se trouve entre des tronçons en ligne droite risquait d'amener les automobilistes à croire que les virages pouvaient être pris à des vitesses supérieures à celles auxquelles ils pouvaient l'être en réalité.

Bien que les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle a retenu la thèse de la « nature hybride » du chemin, il semble que sa conclusion selon laquelle la municipalité a manqué à son obligation d'entretien ait reposé largement sur son examen des caractéristiques physiques du chemin, à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. S'appuyant sur les témoignages de deux experts, MM. Anderson et Werner, elle a estimé que la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un [TRADUCTION] « danger pour le public ». Selon elle, le fait que la distance de visibilité ait été réduite par la présence de broussailles empêchait les automobilistes de voir l'imminence d'un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d'un virage à gauche. Sur la base des témoignages d'experts, elle a conclu que le virage ne pouvait être pris à une vitesse supérieure à 60 km/h dans des conditions favorables, ou 50 km/h sur chaussée humide.

Je ne rejetterais pas, je le répète, la conclusion de fait selon laquelle la courbe présentait un risque

126

127

128

inherent hazard. The evidence does not, however, support a finding that a reasonable driver exercising ordinary care would have been unable to negotiate the curve with safety. As I explained earlier, the municipality's duty to repair is implicated only when an objectively hazardous condition exists, and where it is determined that a reasonable driver arriving at the hazard would be unable to provide for his or her own security due to the features of the hazard.

129

I agree with the trial judge that part of the danger posed by the presence of bushes on the side of the road was that a driver would not be able to predict the radius of the sharp right-turning curve obscured by them. In my view, however, the actual danger inherent in this portion of the road was that the bushes, together with the sharp radius of the curve, prevented an eastbound motorist from being able to see if a vehicle was approaching from the opposite direction. Given this latter situation, it is highly unlikely that any reasonable driver exercising ordinary care would approach the curve at speeds in excess of 50 km/h, a speed which was found by the trial judge to be a safe speed at which to negotiate the curve. Since a reasonable driver would not approach this curve at speeds in excess of which it could safely be taken, I conclude that the curve did not pose a risk to the reasonable driver.

130

One need only refer to the series of photographs of the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to appreciate the extent to which visual clues existed which would alert a driver to approach the curve with caution (Respondent's Record, vol. II, at pp. 373-76). The photographs, which indicate what the driver would have seen on entering the curve, show the presence of bush extending well into the road. From the photographs, it is clear that a motorist approaching the curve would not fail to appreciate the risk presented by the curve, which is simply that it is impossible to see around it and to gauge what may be coming in the opposite direction. In addition, the danger posed

intrinsèque pour les automobilistes. Toutefois, il n'y a rien dans la preuve qui permette de conclure qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait été incapable de prendre le virage en sécurité. Comme je l'ai expliqué plus tôt, l'obligation d'entretien des municipalités n'est en cause que lorsqu'il existe une situation objectivement dangereuse et qu'il est établi qu'un conducteur raisonnable s'approchant du danger serait incapable d'assurer sa sécurité en raison des caractéristiques de ce danger.

Je partage l'opinion de la juge de première instance selon laquelle une partie du danger créé par les broussailles se trouvant en bordure de la route tenait au fait qu'un conducteur ne pourrait deviner le rayon de courbure prononcé du virage à droite serré qu'elles dissimulaient. À mon sens, toutefois, le véritable danger intrinsèque de ce tronçon du chemin résidait dans le fait que les broussailles, ainsi que le court rayon de courbure du virage, empêchent les automobilistes circulant en direction est de voir si un véhicule s'approche en sens inverse. Par conséquent, il est très peu probable qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales approcherait de ce virage à une vitesse supérieure à 50 km/h, vitesse à laquelle la juge de première instance a conclu qu'il était possible de le prendre en sécurité. Étant donné qu'un conducteur raisonnable n'approcherait pas de ce virage à une vitesse supérieure à celle lui permettant de le prendre en sécurité, je conclus que le virage ne constituait pas un risque pour le conducteur raisonnable.

Il suffit d'examiner les photos du tronçon du chemin Snake Hill où l'accident est survenu pour constater à quel point il existait des indices visuels propres à inciter les conducteurs à s'approcher du virage avec prudence (dossier de l'intimée, vol. II, p. 373-376). Les photos, qui montrent ce que voit le conducteur sur le point d'amorcer le virage, laissent voir la présence de broussailles s'avancant considérablement au-dessus du chemin. Il ressort clairement de ces photographies qu'un automobiliste approchant du virage ne manquerait pas pressentir le risque que présente celui-ci, savoir qu'il est tout simplement impossible de voir de l'autre côté de la courbe ce qui peut arriver en sens inverse. De plus,

by the inability to see what is approaching in the opposite direction is somewhat heightened by the fact that this road is used by farm operators. At trial, the risk was described in the following terms by Mr. Sparks, an engineer giving expert testimony:

. . . if you can't, if you can't see far enough down the road to, you know, if there's somebody that's coming around the corner with a tractor and a cultivator and you can't see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal, in my view, that due care and caution would be required.

The expert testimony relied on by the trial judge does not support a finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred would pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care. When asked at trial whether motorists, exercising reasonable care, would enter the curve at a slow speed because they could not see what was coming around the corner, Mr. Werner agreed that he, himself, drove the corner "at a slower speed" and that it would be prudent for a driver to slow down given the limited sight distance. Similarly, Mr. Anderson admitted to having taken the curve at 40-45 km/h the first time he drove it because he "didn't want to get into trouble with it". When asked if the reason he approached the curve at that speed was because he could not see around it, he replied in the affirmative: "[t]hat's why I approached it the way I did."

Perhaps most tellingly, Mr. Nikolaisen himself testified that he could not see if a vehicle was coming in the opposite direction as he approached the curve. The following exchange which occurred during counsel's cross-examination of Mr. Nikolaisen at trial is instructive:

Q. . . . You told my learned friend, Mr. Logue, that your view of the road was quite limited, that is correct? The view ahead on the road is quite limited, is that right?

le danger que constitue l'incapacité de voir ce qui arrive en sens inverse est d'une certaine manière exacerbé par le fait que le chemin est utilisé par des exploitants agricoles. Au procès, ce risque a été décrit ainsi par M. Sparks, ingénieur, qui témoignait à titre d'expert :

[TRADUCTION] . . . si vous ne pouvez pas voir, si vous ne pouvez pas voir assez loin sur le chemin pour, vous savez, savoir si quelqu'un arrive en sens inverse avec un tracteur tirant une herse et que vous ne pouvez voir, de l'autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs, selon moi, que l'attention et la prudence s'imposent.

Le témoignage d'expert retenu par la juge de première instance n'étaye pas sa conclusion que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident présente un risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Lorsqu'on lui a demandé si un automobiliste, prenant des précautions normales amorcerait le virage à vitesse réduite étant donné qu'il ne peut voir ce qui l'attend au détour du chemin, M. Werner a reconnu que lui-même prend le virage [TRADUCTION] « à vitesse réduite » et qu'il serait prudent que les conducteurs ralentissent en raison de la distance de visibilité limitée. De même, M. Anderson a admis avoir pris le virage à 40-45 km/h la première fois qu'il est passé par là, car il [TRADUCTION] « ne voulait pas se placer dans une situation difficile ». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait pris le virage à cette vitesse parce qu'il ne pouvait pas voir ce qui l'attendait, il a répondu par l'affirmative : [TRADUCTION] « [c']est la raison pour laquelle je l'ai approché comme je l'ai fait. »

Fait encore plus révélateur peut-être, M. Nikolaisen lui-même a témoigné qu'il ne pouvait pas savoir si un véhicule venait en sens inverse lorsqu'il s'approchait du virage. L'échange suivant, durant le contre-interrogatoire de M. Nikolaisen au procès par l'avocat de la partie adverse, est éclairant :

[TRADUCTION]

Q. . . . Vous avez dit à mon savant collègue, M. Logue, que votre visibilité était plutôt réduite, est-ce exact? La visibilité sur le chemin est plutôt réduite, n'est-ce pas?

- A. As in regards to travelling through the curves, yes, that's right, yeah.
- Q. Yes. And you did not know what was coming as you approached the curve, that is correct?
- A. That's correct, yes.
- Q. There might be a vehicle around that curve coming towards you or someone riding a horse on the road, that is correct?
- A. Or a tractor or a cultivator or something, that's right.
- Q. Or a tractor or a cultivator. You know as a person raised in rural Saskatchewan that all of those things are possibilities, that is right?
- A. That's right, yeah, that is correct.
- R. Lorsqu'on se trouve dans les courbes, oui, c'est exact.
- Q. Oui. Et vous ne saviez pas ce qui s'en venait lorsque vous approchiez du virage, est-ce exact?
- R. C'est exact, oui.
- Q. Il aurait pu y avoir un véhicule venant dans votre direction de l'autre côté de la courbe ou quelqu'un se promenant à cheval sur le chemin, est-ce exact?
- R. Ou un tracteur, un cultivateur ou autre chose, c'est vrai.
- Q. Ou un tracteur ou un cultivateur. Vous savez, puisque vous avez grandi en milieu rural en Saskatchewan, que toutes ces situations sont autant de possibilités, n'est-ce pas?
- R. C'est vrai, oui.

133

Nor do I accept the appellant's submission that the "dual nature" of the road had the effect of lulling drivers into taking the curve at an inappropriate speed. This theory rests on the assumption that the motorists would drive the straight portions of the road at speeds of up to 80 km/h, leaving them unprepared to negotiate suddenly appearing curves. Yet, while the default speed limit on the road was 80 km/h, there was no evidence to suggest that a reasonable driver would have driven any portion of the road at that speed. While Mr. Werner testified that a driver "would be permitted" to drive at a maximum of 80 km/h, since this was the default (not the posted) speed limit, he later acknowledged that bladed trails in the province are not designed to meet 80 km/h design criteria. I agree with the Court of Appeal that the evidence is that "Snake Hill Road was self-evidently a dirt road or bladed trail" and that it "was obviously not designed to accommodate travel at a general speed of 80 kilometres per hour". As I earlier remarked, the locality of the road and its character and class must be considered when determining whether the reasonable driver would be able to navigate it safely.

Je ne retiens pas non plus l'argument de l'appelant portant que la « nature hybride » du chemin avait pour effet d'amener les conducteurs à prendre le virage à une vitesse inappropriée. Cette théorie repose sur l'hypothèse que les automobilistes roulent sur les portions en ligne droite du chemin à une vitesse pouvant atteindre 80 km/h, et qu'ils se trouvent en conséquence pris de court lorsqu'ils doivent prendre un virage soudain. Pourtant, bien que la vitesse permise sur le chemin soit 80 km/h, rien dans la preuve n'indiquait qu'un conducteur raisonnable aurait roulé à cette vitesse à quelque endroit du chemin. Après avoir témoigné que les conducteurs [TRADUCTION] « étaient autorisés » à rouler à une vitesse maximale de 80 km/h, cette vitesse étant la vitesse permise par défaut (et non la vitesse affichée), M. Werner a reconnu que les chemins nivelés de la province ne sont pas conçus pour permettre la circulation à une vitesse de 80 km/h. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la preuve établit que [TRADUCTION] « le chemin Snake Hill était manifestement un chemin de terre ou un chemin nivelé » et qu'il « n'était clairement pas conçu pour permettre une vitesse générale de 80 kilomètres à l'heure ». Comme je l'ai souligné précédemment, la configuration du chemin, de même que sa nature et sa catégorie doivent être prises en considération pour décider si le conducteur raisonnable aurait pu y rouler en sécurité.

Furthermore, the evidence at trial did not suggest that drivers were somehow fooled by the so-called “dual nature” of the road. The following exchange between counsel for the respondent and Mr. Werner at trial is illustrative of how motorists would view the road:

- Q. Now, Mr. Werner, would you not agree that the change in the character of this road as you proceeded from east to west was quite obvious?
- A. It was straight, and then you came to a hill, and you really didn't know what might lie beyond the hill.
- Q. That's right. But I mean, the fact that the road went from being straight and level to suddenly there was a hill and you couldn't see -- you could see from the point of the top of the hill that the road didn't continue in a straight line, couldn't you?
- A. Yes, you could, from the top of the hill, it's a very abrupt hill, yes.
- Q. And as you proceeded down though the hill it became quite obvious, did it not, that the character of the road changed?
- A. Yes, it changed, yes.
- Q. Now you were faced with something other than a straight road?
- A. M'hm. Yes.
- Q. Now you were on -- and at some point along there the surface of the road changed, did it not?
- A. Yes.
- Q. And, of course, the road was no longer, I use the term built-up to refer to a road that has grade and it has some drainage. As you proceeded from west to east, you realized, you could see, it was obvious that this was not longer a built-up road?
- A. It was a road essentially that was cut out of the topography and had no ditches, and there was an abutment or shoulder right to the driving surface. It was different than the first part.
- Q. Yes. And all those differences were obvious, were they not?

En outre, rien dans la preuve présentée au procès n'indiquait que les conducteurs avaient été trompés de quelque façon par la soi-disant « nature hybride » du chemin. L'échange suivant, entre l'avocat de l'intimée et M. Werner, illustre bien la façon dont les automobilistes perçoivent le chemin :

[TRADUCTION]

- Q. Maintenant M. Werner, ne seriez-vous pas d'accord pour dire que le changement dans la nature de ce chemin lorsque vous rouliez d'est en ouest était très évident?
- R. On roulait en ligne droite, puis on descendait une colline, et on ne savait vraiment pas ce qui pouvait se trouver de l'autre côté de la colline.
- Q. C'est vrai. Mais je veux dire, le fait que le chemin suivait d'abord un tracé horizontal et en ligne droite pour soudainement devenir une colline et que vous ne pouviez pas voir -- vous pouviez voir du haut de la colline que le chemin ne continuait pas en ligne droite, n'est-ce pas?
- R. Oui, vous pouviez, du haut de la colline, c'est une colline très abrupte, oui.
- Q. Et au fur et à mesure que vous descendiez la colline il devenait assez évident, n'est-ce pas, que la nature du chemin changeait?
- R. Oui, ça changeait, oui.
- Q. Vous vous trouviez alors devant autre chose qu'un chemin en ligne droite?
- R. M'hm. Oui.
- Q. Vous étiez maintenant sur -- et à un moment donné la surface du chemin changeait, n'est-ce pas?
- R. Oui.
- Q. Et, évidemment, le chemin n'était plus, j'utilise le terme aménagé pour désigner un chemin possédant une certaine élévation et qui est dans une certaine mesure drainé. Au fur et à mesure que vous rouliez d'ouest en est, vous constatiez, vous pouviez voir, il était évident, qu'il ne s'agissait plus d'un chemin aménagé?
- R. Il s'agit essentiellement d'un chemin tracé suivant la topographie des lieux et sans fossés, et il y avait un accotement à droite du conducteur. C'était différent de la portion précédente.
- Q. Oui. Et toutes ces différences étaient évidentes, n'est-ce pas?

A. Well, I -- they were clear, satisfactorily clear to me, yes. [Emphasis added.]

R. Bien, je -- elles étaient évidentes, suffisamment évidentes pour moi, oui. [Je souligne.]

135

Although they may be compelling factors in other cases, in this case the “dual nature” of the road, the radius of the curve, the surface of the road, and the lack of superelevation do not support the conclusion of the trial judge. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would approach this road demands common sense. There was no necessity to post a sign in this case for the simple reason that any reasonable driver would have reacted to the presence of natural cues to slow down. The law does not require a municipality to post signs warning motorists of hazards that pose no real risk to a prudent driver. To impose a duty on the municipality to erect a sign in a case such as this is to alter the character of the duty owed by a municipality to drivers. Municipalities are not required to post warnings directed at drunk drivers and thereby deal with their inability to react to the cues that alert the ordinary driver to the presence of a hazard.

Bien qu'ils puissent constituer des facteurs concluants dans d'autres affaires, la « nature hybride » du chemin, le rayon de courbure du virage, le revêtement du chemin et l'absence d'élévation n'étaient pas en l'espèce la conclusion de la juge de première instance. Pour répondre à la question de savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur ce chemin, il faut faire appel au bon sens. Il n'était pas nécessaire d'installer un panneau de signalisation en l'espèce, et ce pour la simple raison que n'importe quel conducteur raisonnable aurait réagi aux indices naturels l'invitant à ralentir. Le droit n'oblige pas les municipalités à installer des panneaux signalant aux automobilistes des dangers qui ne font pas courir de risque véritable aux conducteurs prudents. Imposer à la municipalité l'obligation d'installer un panneau dans un cas comme celui qui nous occupe équivaut à modifier la nature de l'obligation qu'ont les municipalités envers les conducteurs. Les municipalités ne sont pas tenues d'aménager des panneaux d'avertissement à l'intention des conducteurs en état d'ébriété et, ainsi, de remédier à leur incapacité de réagir aux indices qui alertent le conducteur moyen de la présence d'un danger.

136

My colleagues assert that the trial judge properly considered all aspects of the applicable legal test, including whether the curve would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. They say that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. Secondly, they note that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Thirdly, the fact that the trial judge apportioned negligence to Nikolaisen indicates, in their view, that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter (para. 40).

Mes collègues affirment que la juge de première instance a dûment pris en considération tous les aspects du critère juridique applicable, y compris la question de savoir si la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions normales. Ils disent que la juge de première instance a effectivement examiné, explicitement et implicitement, la conduite de l'automobiliste moyen ou raisonnable qui s'approche du virage. Ils font ensuite remarquer qu'elle a fait état du témoignage des experts MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé la conduite de l'automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait qu'elle ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique, à leur avis, qu'elle a évalué sa conduite au regard à la norme du conducteur moyen, et qu'elle a donc pris en compte la façon dont ce dernier aurait conduit (par. 40).

I respectfully disagree that it is explicit in the trial judge's reasons that she considered whether the portion of the road on which the accident occurred posed a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. As I explained above, the fact that the trial judge restated the legal test in the form of a conclusion in no way suggests that she turned her mind to the issue of whether the ordinary driver would have found the curve to be hazardous.

Nor do I agree that a discussion of the conduct of an ordinary motorist in the situation was somehow "implicit" in the trial judge's reasons. In my view, it is highly problematic to presume that a trial judge made factual findings on a particular issue in the absence of any indication in the reasons as to what those findings were. While a trial judge is presumed to know the law, he or she cannot be presumed to have reached a factual conclusion without some indication in the reasons that he or she did in fact come to that conclusion. If the reviewing court is willing to presume that a trial judge made certain findings based on evidence in the record absent any indication in the reasons that the trial judge actually made those findings, then the reviewing court is precluded from finding that the trial judge misapprehended or neglected evidence.

In my view, my colleagues have throughout their reasons improperly presumed that the trial judge reached certain factual findings based on the evidence despite the fact that those findings were not expressed in her reasons. On the issue of whether the curve presented a risk to the ordinary driver, my colleagues note that "in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses" (para. 46). The problem with this statement is that although the trial judge relied on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to conclude that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred was a hazard, it is impossible from her reasons to discern what, if

En toute déférence, je ne crois pas qu'il ressorte explicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est demandé si la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Comme je l'ai expliqué précédemment, le fait que la juge de première instance ait reformulé le critère juridique sous forme de conclusion n'indique aucunement qu'elle s'est demandé si le conducteur moyen aurait considéré la courbe comme dangereuse.

Je n'estime pas non plus que l'examen de la façon de conduire de l'automobiliste moyen dans cette situation ressorte « implicitement » des motifs de la juge de première instance. À mon avis, il est très problématique de présumer qu'un juge de première instance a tiré des conclusions de fait à l'égard d'une question précise alors qu'il n'y a aucune indication dans ses motifs quant à la nature de ces conclusions. Bien que le juge de première instance soit censé connaître le droit, on ne peut présumer qu'il a tiré à une conclusion factuelle en l'absence d'indication dans ses motifs qu'il est effectivement arrivé à cette conclusion. Si le tribunal de révision est prêt à supposer que le juge de première instance a tiré certaines conclusions, sur la foi de la preuve figurant au dossier, bien que rien dans les motifs n'indique qu'il a vraiment tiré ces conclusions, alors le tribunal de révision ne saurait conclure que le juge de première instance a mal interprété des éléments de preuve ou a négligé d'en tenir compte.

À mon avis, tout au long de leurs motifs, mes collègues ont à tort présumé que la juge de première instance était arrivée à certaines conclusions de fait fondées sur la preuve, malgré le fait que ces conclusions ne soient pas formulées dans ses motifs. Quant à la question de savoir si le virage présentait un risque pour le conducteur moyen, mes collègues ont fait remarquer qu'« en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins » (par. 46). Le problème que pose cet énoncé est que, même si la juge de première instance s'est appuyée sur les témoignages de MM. Anderson et Werner

137

138

139

any, evidence she relied on to reach the conclusion that the curve presented a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. In the absence of any indication that she considered this issue, I am not willing to presume that she did.

pour conclure que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident constituait un danger, il est impossible, à partir de ses motifs, de dire si elle s'est appuyée sur un témoignage — et, dans l'affirmative, sur lequel de ceux-ci — pour conclure que la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions raisonnables. En l'absence de toute indication que la juge de première instance s'est penchée sur cette question, je ne suis pas disposé à présumer qu'elle l'a fait.

140

My colleagues similarly presume findings of fact when discussing the knowledge of the municipality. On this issue, they reiterate that “it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge’s weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court” (para. 62). At para. 64 of their reasons, my colleagues review the findings of the trial judge on the issue of knowledge and conclude that the trial judge “drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question”. I think that it is improper to conclude that the trial judge made a finding that the municipality’s system of road inspection was inadequate in the absence of any indication in her reasons that she reached this conclusion. My colleagues further suggest that the trial judge did not impute knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road (para. 65). They even state that it was not necessary for the trial judge to rely on the accidents in order to satisfy s. 192(3) (para. 67). This, in my view, is a reinterpretation of the trial judge’s findings that stands in direct contradiction to the reasons that were provided by her. The trial judge discusses other factors pertaining to knowledge only to heighten the significance that she attributes to the fact that accidents had previously occurred on other portions of the road (at para. 90):

De même, mes collègues supposent l’existence de conclusions factuelles dans leur examen de la question de la connaissance incombant à la municipalité. Sur ce point, ils réitèrent que « le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d’autres, et, en toute déférence, il n’appartient pas au tribunal d’appel de procéder à nouveau à l’appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge de procès » (par. 62). Au paragraphe 64 de leurs motifs, mes collègues examinent les conclusions de la juge de première instance sur la question de la connaissance et concluent qu’elle « a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin à Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l’existence du danger ». Je ne crois pas qu’elle puisse à juste titre conclure que la juge de première instance est arrivée à la conclusion que le système d’inspection routière de la municipalité était inadéquat, alors que rien dans ses motifs n’indique qu’elle a tiré cette conclusion. Mes collègues estiment en outre que la juge de première instance n’a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents survenus antérieurement sur le chemin Snake Hill (par. 65). Ils disent même qu’il n’était pas nécessaire de s’appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3) (par. 67). À mon avis, ils donnent à ces conclusions une nouvelle interprétation, qui contredit directement les motifs qu’elle a exposés. La juge de première instance examine d’autres facteurs qui touchent à la connaissance requise, uniquement pour souligner l’importance qu’elle accorde au fait que des accidents sont survenus antérieurement ailleurs sur le chemin (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. [Emphasis added.]

My colleagues refer to the decision of *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60, in which I stated that “an omission [in the trial judge’s reasons] is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (para. 15). This case is however distinguishable from *Van de Perre*. In *Van de Perre*, the appellate court improperly substituted its own findings of fact for the trial judge’s clear factual conclusions on the basis that the trial judge had not considered all of the evidence. By contrast, in this case my colleagues assert that this Court should not interfere with the “findings of the trial judge” even where no findings were made and where such findings must be presumed from the evidence. The trial judge’s failure in this case to reach any conclusion on whether the ordinary driver would have found the portion of the road on which the accident occurred hazardous, in my view, gives rise to the reasoned belief that she ignored the evidence on the issue in a way that affected her conclusion.

Finally, I do not agree that the trial judge’s conclusion that Mr. Nikolaisen was negligent equates to an assessment of whether a motorist exercising ordinary care would have found the curve on which the accident occurred to be hazardous. It is clear from the trial judge’s reasons that she made a factual finding that the curve could be driven safely at 60 km/h in dry conditions and 50 km/h in wet conditions and that Mr. Nikolaisen approached the curve at an

[TRADUCTION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l’on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu’il s’agit d’une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que ce chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. [Je souligne.]

Mes collègues citent l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60, dans lequel j’ai dit, au par. 15, qu’« une omission [dans les motifs du juge de première instance] ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée ». Cependant, le présent pourvoi peut être distingué de l’affaire *Van de Perre*. Dans cette affaire, la Cour d’appel avait irrégulièrement substitué ses propres conclusions de fait aux conclusions factuelles évidentes du juge de première instance, au motif que celui-ci n’avait pas pris en compte tous les éléments de preuve. Par contraste, dans le présent pourvoi, mes collègues affirment que notre Cour ne doit pas modifier les « conclusions de la juge de première instance », même si aucune conclusion n’a été tirée et s’il faut supposer leur existence à partir de la preuve. En l’espèce, je suis d’avis que l’omission de la juge de première instance de tirer quelque conclusion que ce soit quant à la question de savoir si le conducteur moyen aurait considéré comme dangereux le tronçon du chemin où s’est produit l’accident fait naître la conviction rationnelle que, sur ce point, elle a négligé d’examiner la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée.

Enfin, je ne peux souscrire à l’opinion que la conclusion de la juge de première instance selon laquelle M. Nikolaisen a fait preuve de négligence vaut examen de la question de savoir si l’automobiliste moyen prenant des précautions normales aurait estimé que la courbe où s’est produit l’accident était dangereuse. Il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle a tiré les conclusions de fait suivantes : il était possible de prendre

141

142

excessive speed. As earlier stated, what she failed to consider was whether the ordinary driver exercising reasonable care would have approached the curve at a speed at which it could be safely negotiated, or, stated differently, whether the curve posed a real danger to the ordinary driver.

B. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Respondent Municipality Knew or Should Have Known of the Danger Posed by the Municipal Road?*

143 Pursuant to s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, fault is not to be imputed to the municipality in the absence of proof by the plaintiff that the municipality “knew or should have known of the disrepair”.

144 The trial judge made no finding that the respondent municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to the respondent on the basis that it should have known of the danger. This is apparent in her findings on knowledge at paras. 89-91 of her reasons:

Breach of the statutory duty of care imposed by section 192 of the *Rural Municipality Act, supra*, cannot be imputed to the R.M. unless it knew or ought to have known of the state of disrepair on Snake Hill Road. Between 1978 and 1990 there were four accidents on Snake Hill Road. Three of these accidents occurred in the same vicinity as the Nikolaisen rollover. The precise location of the fourth accident is unknown. While at least three of these accidents occurred when motorists were travelling in the opposite direction of the Nikolaisen vehicle, they occurred on that portion of Snake Hill Road which is the most dangerous — where the road begins to curve, rather than where it is generally straight and flat. At least two of these accidents were reported to authorities.

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance

le virage en sécurité à 60 km/h à l’heure sur chaussée sèche et à 50 km/h sur chaussée humide, et M. Nikolaisen s’est approché du virage à une vitesse excessive. Comme je l’ai indiqué plus tôt, elle a omis de se demander si le conducteur moyen qui prend des précautions normales se serait approché du virage à une vitesse qui lui aurait permis de le prendre en sécurité ou, autrement dit, si la courbe présentait un danger réel pour le conducteur moyen.

B. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que la municipalité intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger que présentait le chemin municipal?*

Conformément au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, aucune faute n’est imputée à la municipalité à moins que le demandeur n’établisse que celle-ci « connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ».

La juge de première instance n’a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu’elle aurait dû connaître l’existence du danger. C’est ce qui ressort de ses conclusions à cet égard, aux par. 89 à 91 de ses motifs :

[TRADUCTION] On ne peut reprocher à la municipalité rurale d’avoir manqué à l’obligation légale de diligence imposée par l’art. 192 de la loi intitulée la *Rural Municipality Act*, précitée, que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill. De 1978 à 1990, quatre accidents sont survenus sur ce chemin. Trois de ces accidents ont eu lieu dans le même secteur que celui où le véhicule de Nikolaisen a fait un tonneau. On ne connaît pas le lieu précis du quatrième accident. Bien que, dans au moins trois de ces accidents, les automobilistes aient circulé en sens inverse du véhicule de Nikolaisen, les accidents se sont produits dans la partie la plus dangereuse du chemin Snake Hill — là où commencent les courbes, et non dans la partie où le chemin est généralement droit et plat. Au moins deux de ces accidents ont été signalés aux autorités.

Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas

given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

I find that by failing to erect and maintain a warning and regulatory sign on this portion of Snake Hill Road the R.M. has not met the standard of care which is reasonable in the circumstances. Accordingly, it is in breach of its duty of care to motorists generally, and to Mr. Housen in particular. [Emphasis added.]

Whether the municipality should have known of the disrepair (here, the risk posed in the absence of a sign) involves both questions of law and questions of fact. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality with regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 28). The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case.

I find that the trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the respondent municipality should have known of the alleged state of disrepair. She erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from the perspective of a prudent municipal councillor. She also erred in law by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the alleged disrepair remained on the plaintiff throughout. The trial judge clearly erred in fact by drawing the unreasonable inference that the respondent municipality should have known that the portion of the road on which the accident occurred was dangerous from evidence that accidents had occurred on other parts of Snake Hill Road.

significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

J'estime que, en omettant d'installer et de maintenir un panneau d'avertissement ou de signalisation dans cette partie du chemin Snake Hill, la M.R. n'a pas satisfait à la norme de diligence qui est raisonnable dans les circonstances. Par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de son obligation de diligence à l'égard des automobilistes en général et à l'égard de M. Housen en particulier. [Je souligne.]

La question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état du chemin (en l'occurrence, le risque que présentait l'absence de signalisation) soulève à la fois des questions de droit et des questions de fait. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s'il y a lieu de présumer que la municipalité connaissait ce fait, au regard des obligations qui incombent au conseiller municipal ordinaire, raisonnable et prudent (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 28). Le juge de première instance répond ensuite à la question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi.

J'estime que la juge de première instance a commis et des erreurs de droit et des erreurs de fait manifestes et dominantes en statuant que la municipalité intimée aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin. Elle a commis une erreur de droit lorsqu'elle a examiné la question de la connaissance du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent. Elle a commis une autre erreur de droit en ne reconnaissant pas que le fardeau de prouver que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ne cessait jamais d'incomber au demandeur. La juge de première instance a clairement commis une erreur de fait en inférant déraisonnablement que la municipalité intimée aurait dû savoir que la partie du chemin où l'accident s'est produit était dangereuse, compte tenu de la preuve que des accidents avaient eu lieu ailleurs sur le chemin Snake Hill.

145

146

147

The trial judge's failure to determine whether knowledge should be imputed to the municipality from the perspective of what a prudent municipal councillor should have known is implicit in her reasons. The respondent could not be held, for the purposes of establishing knowledge under the statutory test, to the standard of an expert analysing the curve after the accident. Yet this is precisely what the trial judge did. She relied on the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to reach the conclusion that the curve presented a hidden hazard. She also implicitly accepted that the risk posed by the curve was not one that would be readily apparent to a lay person. This is evident in the portion of her judgment where she accepts as a valid excuse for not filing a timely claim against the respondent the appellant counsel's explanation that he did not believe the respondent to be at fault until expert opinions were obtained. The trial judge stated in this regard: "[i]t was only later when expert opinions were obtained that serious consideration was given to the prospect that the nature of Snake Hill Road might be a factor contributing to the accident" (para. 64). Her failure to consider the risk to the prudent driver is also apparent when one considers that she ignored the evidence concerning the way in which the two experts themselves had approached the dangerous curve (see para. 54 above).

148

Had the trial judge considered the question of whether the municipality should have known of the alleged disrepair from the perspective of the prudent municipal councillor, she would necessarily have reached a different conclusion. There was no evidence that the road conditions which existed posed a risk that the respondent should have been aware of. The respondent had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. It had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of superelevation on the curves, or the presence of

Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle n'a pas décidé s'il fallait prêter à la municipalité la connaissance requise en considérant cette question du point de vue du conseiller municipal prudent. Pour trancher la question de la connaissance requise suivant le critère prévu par la loi, l'intimée ne pouvait être tenue aux mêmes normes qu'un spécialiste analysant la courbe après l'accident. Pourtant, c'est exactement ce qu'a fait la juge de première instance. Elle s'est fondée sur les témoignages d'expert donnés par MM. Anderson et Werner pour conclure que la courbe présentait un danger caché. Elle a également reconnu implicitement que le risque visé par la courbe n'était pas un risque facilement décelable par un profane. Cela ressort clairement du passage de son jugement où elle considère comme une excuse valable pour justifier le dépôt tardif de l'action contre l'intimée l'explication de l'avocat de l'appelant selon laquelle il ne croyait pas que l'intimée était dans son tort jusqu'à ce qu'il prenne connaissance des opinions des experts. La juge de première instance a dit ceci à cet égard : [TRADUCTION] « [c]e n'est que plus tard, après avoir obtenu l'opinion des experts, que la possibilité que la nature du chemin Snake Hill puisse avoir été un facteur ayant contribué à l'accident a été sérieusement envisagée » (par. 64). Son omission de s'interroger sur le risque que courrait le conducteur prudent apparaît elle aussi clairement, lorsqu'on considère qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve concernant la façon dont les deux experts avaient eux-mêmes pris le virage dangereux (voir le par. 54 qui précède).

Si la juge de première instance avait répondu à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin en se plaçant du point de vue du conseiller municipal prudent, elle serait nécessairement arrivée à une conclusion différente. Il n'y avait aucune preuve établissant que le danger existant créait un risque que l'intimée aurait dû connaître. Cette dernière n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers. Elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des

trees and vegetation which grew up along the sides of the road.

In addition, the question of the respondent's knowledge is linked inextricably to the standard of care. A municipality can only be expected to have knowledge of those hazards which pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care, since these are the only hazards for which there is a duty to repair. The trial judge should not have expected the respondent in this case to have knowledge of the road conditions that existed at the site of the Nikolaisen rollover since that road condition simply did not pose a risk to the reasonable driver. In addition to the evidence that was discussed above in the context of the standard of care, this conclusion is supported by the testimony of the several lay witnesses that testified at trial. Craig Thiel, a resident on the road, testified that he was not aware that Snake Hill Road had a reputation of being a dangerous road, and that he himself had never experienced difficulty with the portion of the road on which the accident occurred. His wife, Toby, also testified that she had experienced no problems with the road.

The trial judge also clearly erred in fact by imputing knowledge to the municipality on the basis of the four accidents that had previously occurred on Snake Hill Road. While her factual findings regarding the accidents themselves have a sound basis in the evidence, these findings simply do not support her conclusion that a prudent municipal councillor ought to have known that a risk existed for the normal prudent driver. As such, the trial judge erred in drawing an unreasonable inference from the evidence that was before her. As stated above, the standard of review for inferences of fact is, above all, one of reasonableness. This is reflected in the following passage from *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at pp. 503-4:

... "it is a well-known principle that appellate tribunals should not disturb findings of fact made by a trial judge

courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du chemin.

En outre, la question de la connaissance de l'intimée est intimement liée à celle de la norme de diligence. Une municipalité est uniquement censée avoir connaissance des dangers qui présentent un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales, puisqu'il s'agit des seuls dangers à l'égard desquels existe une obligation d'entretien. En l'espèce, la juge de première instance n'aurait pas dû attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Outre les éléments de preuve examinés précédemment relativement à la norme de diligence, les témoignages de plusieurs témoins ordinaires qui ont déposé au procès étayaient cette conclusion. Craig Thiel, qui habite le long de ce chemin, a témoigné qu'il ne savait pas que le chemin Snake Hill avait la réputation d'être dangereux et qu'il n'avait lui-même jamais éprouvé de difficulté à conduire à l'endroit du chemin où est survenu l'accident. Sa conjointe, Toby, a également dit ne pas avoir connu de problème sur ce chemin.

La juge de première instance a clairement commis une autre erreur de fait en présument, sur la foi des quatre accidents survenus auparavant sur le chemin Snake Hill, que la municipalité connaissait l'existence du danger. Bien que ses conclusions de fait relativement aux accidents eux-mêmes soient solidement étayées par la preuve, elles n'appuient tout simplement pas sa conclusion qu'un conseiller municipal prudent aurait dû savoir qu'il existait un risque pour le conducteur prudent. En conséquence, la juge de première instance a fait erreur en tirant une inférence déraisonnable de la preuve qui lui était soumise. Comme il a été indiqué plus tôt, la norme de contrôle applicable aux inférences de fait est, d'abord et avant tout, celle de la décision raisonnable. Les propos suivants du juge Spence dans l'arrêt *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, p. 503-504, illustrent bien ce principe :

... « c'est un principe bien connu que les tribunaux d'appel ne doivent pas remettre en cause les conclusions

149

150

if there were credible evidence before him upon which he could reasonably base his conclusion". [Emphasis added.]

de fait du juge de première instance, s'il existait des témoignages dignes de foi sur lesquels le juge pouvait raisonnablement fonder ses conclusions ». [Je souligne.]

151 As I stated above, there was no evidence to suggest that the respondent had actual knowledge that accidents had previously occurred on Snake Hill Road. To the contrary, Mr. Danger, the administrator of the municipality, testified that the first he heard of the accidents was at the trial.

Comme je l'ai mentionné précédemment, il n'y avait aucune preuve indiquant que l'intimée savait concrètement que d'autres accidents étaient survenus auparavant sur le chemin Snake Hill. Au contraire, M. Danger, l'administrateur de la municipalité, a témoigné qu'il avait entendu parler de ces accidents pour la première fois au procès.

152 Implicit in the trial judge's reasons, then, was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident-reporting system. The appellant put forward that argument explicitly before this Court, placing significant emphasis on the fact that respondent "has no regularized approach to gathering this information, whether from councillors or otherwise". The argument suggests that, had the municipality established a formal system to find out whether accidents had occurred on a given road, it would have known that accidents had occurred on Snake Hill Road and would have taken the appropriate corrective action to ensure that the road was safe for travellers.

Par conséquent, il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance que la municipalité aurait censément dû connaître l'existence des accidents grâce à un système d'information en la matière. L'appelant a expressément plaidé cet argument devant notre Cour, insistant fortement sur le fait que l'intimée [TRADUCTION] « ne dispose pas d'un mécanisme structuré de collecte de cette information, que ce soit par l'entremise des conseillers ou d'autres personnes ». Suivant cet argument, on prétend que, si la municipalité avait établi un système officiel lui permettant de savoir si des accidents sont survenus sur une route donnée, elle aurait su que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill et elle aurait pris les mesures correctives appropriées pour faire en sorte que le chemin soit sécuritaire pour les usagers.

153 I find the above argument to be flawed in two important respects. First, the argument that the other accidents on Snake Hill Road were relevant in this case is based on the assumption that there was an obligation on the respondent municipality to have a "regularized" accident-reporting system, and that the informal system that was in place was somehow deficient. In my view, the appellant did not meet its onus to show that the system relied on by the municipality to discharge its obligations under s. 192 of the *The Rural Municipality Act, 1989* was deficient. The evidence shows that, prior to 1988, there was no formal system of accident reporting in place. There was, nonetheless, an informal system whereby the municipal councillors were responsible for finding out if there were road hazards. Information that hazards existed came to the attention of the councillors via complaints, and from their own familiarity

J'estime que l'argument susmentionné présente deux lacunes importantes. Premièrement, l'argument selon lequel les autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill étaient pertinents en l'espèce repose sur la présomption que la municipalité intimée avait l'obligation d'avoir un système « structuré » d'information sur les accidents, et que le système informel en place était d'une certaine manière déficient. À mon avis, l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que le système sur lequel la municipalité se fondait pour remplir ses obligations au titre de l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, était déficient. La preuve établit que, avant 1988, il n'existait pas de système officiel d'information sur les accidents. Il existait néanmoins, un système informel dans le cadre duquel les conseillers municipaux étaient chargés de s'enquérir de l'existence de dangers

with the roads within the township under their jurisdiction. The trial judge made a palpable error in finding that this informal system was deficient in the absence of any evidence of the practice of other municipalities at the time that the accidents occurred and what might have been a reasonable system, particularly given the fact that the rural municipality in question had only six councillors. There is no evidence that a rural municipality of this type requires the sort of sophisticated information-gathering process that may be required in a city, where accidents occur with greater frequency and where it is less likely that word of mouth will suffice to bring hazards to the attention of the councillors.

The respondent municipality now has a more formalized system of accident reporting. Since 1988, Saskatchewan Highways and Transportation annually provides the municipalities with a listing of all motor vehicle accidents which occur within the municipality and which are reported to the police. While I agree that this system may provide the municipality with a better chance of locating hazards in some circumstances, I do not accept that the adoption of this system is relevant on the facts of this case. Only one accident, which occurred in 1990, was reported to the respondent under this system. The appellant adduced no evidence to suggest that this accident occurred at the same location as the Nikolaisen rollover, or that this accident occurred as a result of the conditions of the road rather than the negligence of the driver.

Secondly, and perhaps more importantly, it was simply illogical for the trial judge to infer from the fact of the earlier accidents that the respondent should have known that the site of the Nikolaisen rollover posed a risk to prudent drivers. The three accidents, which took place in 1978, 1985, and 1987, occurred on different curves, while the vehicles involved were proceeding in the opposite

sur les routes. Les conseillers étaient informés de l'existence de dangers par suite des plaintes qu'ils recevaient et par leur propre expérience des routes situées dans les cantons qu'ils représentaient. La juge de première instance a commis une erreur manifeste en concluant que ce système informel était déficient, alors qu'aucune preuve n'indiquait quelles étaient les pratiques suivies par d'autres municipalités à cet égard au moment des accidents, ni n'expliquait en quoi aurait consisté un système raisonnable, compte tenu particulièrement du fait que la municipalité rurale concernée ne comptait que six conseillers. Il n'y a aucune preuve indiquant qu'une municipalité rurale de ce genre a besoin du genre de mécanisme élaboré de collecte de renseignements dont peut avoir besoin une grande ville, où les accidents sont plus fréquents et où il est peu probable que le bouche à oreille soit suffisant pour porter les dangers à l'attention des conseillers.

La municipalité intimée possède maintenant un système plus officiel d'information sur les accidents. Depuis 1988, en effet, le ministère de la Voirie et du Transport de la Saskatchewan communique annuellement à chaque municipalité la liste de tous les accidents d'automobile survenus sur son territoire et signalés aux policiers. Bien que ce système puisse, j'en conviens, permettre aux municipalités de mieux repérer les dangers dans certaines circonstances, je ne crois pas que son adoption soit pertinente eu égard aux faits de l'espèce. Un seul accident, survenu en 1990, a été signalé à l'intimée par le truchement de ce système. L'appelant n'a produit aucun élément de preuve indiquant que cet accident est survenu au même endroit que celui où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, ou qu'il était attribuable à l'état de la route plutôt qu'à la négligence du conducteur.

Deuxièmement, élément peut-être plus important encore, il était tout simplement illogique pour la juge de première instance d'inférer de l'existence des accidents antérieurs que l'intimée aurait dû savoir que l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau présentait un risque pour les conducteurs prudents. Les trois accidents — qui sont survenus en 1978, 1985 et 1987

direction. The accidents of 1978 and 1987 occurred on the first right-turning curve in the road with the drivers travelling westbound, at the bottom of the hill. The accident in 1985 took place on the next curve in the road with the driver also travelling westbound, again on a different curve from the one where the Nikolaisen rollover took place. If anything, these accidents signal that the municipality should have been concerned with the curves that were, when travelling westbound, to the east of the site of the Nikolaisen rollover. The evidence disclosed no accidents that had occurred at the precise location of the accident that is the subject of this case.

— se sont produits dans des courbes différentes, et les véhicules concernés circulaient en sens inverse. L'accident de 1978 et celui de 1987 ont eu lieu dans le premier virage à droite au pied de la colline, les automobilistes roulant alors en direction ouest. L'accident de 1985 s'est produit dans la deuxième courbe, toujours en direction ouest, encore une fois dans une courbe différente de celle où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. Si ces accidents indiquent quoi que ce soit, c'est plutôt que la municipalité aurait dû se préoccuper des courbes qui, pour les véhicules circulant en direction ouest, se trouvent à l'est de l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. La preuve n'a révélé aucun accident qui se serait produit à l'endroit précis où est survenu l'accident qui nous intéresse.

156

Furthermore, the mere occurrence of an accident does not in and of itself indicate a duty to post a sign. In many cases, accidents happen not because of the conditions of the road, but rather because of the negligence of the driver. Illustrative in this regard is Mr. Agrey's accident on Snake Hill Road in 1978. Mr. Agrey testified that, just prior to the accident, he had turned his attention away from the road to talk to one of the passengers in the vehicle. Another passenger shouted to him to "look out", but by the time he was alerted it was too late to properly navigate the turn. Mr. Agrey was charged and fined for his carelessness. As was discussed in the context of the standard of care, a municipality is not obligated to make safe the roads for all drivers, regardless of the care and attention that they are exercising when driving. It need only keep roads in such a state of repair as will allow a reasonable driver exercising ordinary care to drive with safety.

Qui plus est, le simple fait qu'un accident se produise n'emporte pas en soi l'obligation d'installer un panneau signalisateur. Dans bien des cas, les accidents surviennent non pas à cause de l'état de la route, mais plutôt à cause de la négligence du conducteur. Un bon exemple de cela est l'accident dont a été victime M. Agrey sur le chemin Snake Hill en 1978. Ce dernier a témoigné que, juste avant l'accident, il avait quitté des yeux la route pour parler à l'un des passagers du véhicule. Un autre passager lui a crié de faire attention, mais il était déjà trop tard pour bien exécuter le virage. Accusé de conduite imprudente, M. Agrey a été déclaré coupable et condamné à une amende. Comme on l'a vu plus tôt, dans le contexte de la norme de diligence, une municipalité n'a pas l'obligation de rendre les chemins sécuritaires pour tous les conducteurs, indépendamment de la prudence et de l'attention avec lesquelles ils conduisent. Elle est seulement tenue de maintenir les chemins dans un état propre à permettre au conducteur raisonnable qui prend des précautions normales d'y circuler en sécurité.

157

In addition to the substantial errors discussed above, I would also note that, in my view, the trial judge was inattentive to the onus of proof on this issue. When reviewing the evidence pertaining to other accidents on Snake Hill Road, the trial judge remarked, at para. 31: "Cst. Forbes does not recall

Outre les erreurs substantielles examinées précédemment, je tiens également à souligner que, selon moi, la juge de première instance ne s'est pas souciée du fardeau de preuve sur cette question. Lorsqu'elle a examiné la preuve relative aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill, la juge

any other accident on Snake Hill Road during her time at the Shellbrook RCMP Detachment, from 1987 until 1996. Cpl. Healey had heard of one other accident. Forbes and Healey are only two of nine members of the RCMP Detachment at Shellbrook” (emphasis added). By this comment, the trial judge seems to imply that there may have been more accidents on Snake Hill Road that had been reported and that the respondent should have known about this. With all due respect to the trial judge, if there had been accidents other than the ones that were raised at trial, it was up to the appellant to bring evidence of these accidents forward, either by calling the RCMP members to whom they had been reported, or by calling those who were involved in the accidents, or by any other available means. Furthermore, the significance that the trial judge attributed to the other accidents that occurred on Snake Hill Road was dependent on her assumption that the respondent should have had a formal accident-reporting system in place. The respondent did not bear the onus of demonstrating that it was not obliged to have such a system; there was, rather, a positive onus on the appellant to demonstrate that such a system was required and that the informal reporting system was inadequate.

C. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Accident was Caused in Part by the Failure of the Respondent Municipality to Erect a Sign Near the Curve?*

The trial judge’s findings on causation are found at para. 101 of her judgment, where she states:

I find that this accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen entering the curve on Snake Hill Road at a speed slightly in excess of that which would allow successful negotiation. The accident occurred at the most dangerous segment of Snake Hill Road where a warning or regulatory sign should have been erected and maintained to warn motorists of an impending and hidden hazard. Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only

de première instance a fait les remarques suivantes au par. 31 : [TRADUCTION] « La gendarme Forbes ne se souvient pas de quelque autre accident sur le chemin Snake Hill durant la période où elle était affectée au détachement de la GRC de Shellbrook, de 1987 à 1996. Le caporal Healey avait entendu parler d’un autre accident. Forbes et Healey ne sont que deux des neuf membres du détachement de la GRC à Shellbrook » (je souligne). Par cette remarque, la juge de première instance semble laisser entendre que d’autres accidents sur le chemin Snake Hill ont pu avoir été signalés et que l’intimée aurait dû le savoir. En toute déférence pour la juge de première instance, s’il y avait eu d’autres accidents que ceux qui ont été mentionnés au procès, il appartenait à l’appellant d’en faire la preuve, soit en faisant témoigner les membres de la GRC à qui les accidents avaient été signalés ou encore les personnes en cause dans ces accidents, soit en utilisant tout autre moyen à sa disposition. En outre, l’importance que la juge de première instance a accordée aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill dépendait du postulat que l’intimée aurait dû posséder un système officiel d’information sur les accidents. L’intimée n’était pas tenue de prouver qu’elle n’avait pas l’obligation de disposer d’un tel système. Il incombait plutôt à l’appellant d’établir que ce genre de système était nécessaire et que le système informel existant était insuffisant.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’accident avait été causé, en partie, par le défaut de la municipalité intimée d’installer un panneau de signalisation près de la courbe?*

Les conclusions de la juge de première instance au sujet du lien de causalité figurent au par. 101 de son jugement, où elle dit ceci :

[TRADUCTION] J’estime que l’accident s’est produit parce que M. Nikolaisen s’est engagé dans le virage sur le chemin Snake Hill à une vitesse légèrement supérieure à celle qui lui aurait permis de réussir la manœuvre. L’accident est survenu dans la portion la plus dangereuse du chemin Snake Hill, à un endroit où un panneau d’avertissement ou de signalisation aurait dû être installé et maintenu pour avertir les automobilistes de

served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him. I am satisfied on a balance of probabilities that had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve, he would have reacted and taken appropriate corrective action such that he would not have lost control of his vehicle when entering the curve.

159 The trial judge's above findings in respect to causation represent conclusions on matters of fact. Consequently, this Court will only interfere if it finds that in coming to these conclusions she made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, misunderstood the evidence, or drew erroneous conclusions from it (*Toneguzzo-Norvell, supra*, at p. 121).

160 In coming to her conclusion on causation, the trial judge made several of the types of errors that this Court referred to in *Toneguzzo-Norvell*. To the extent that the trial judge relied on the evidence of Mr. Laughlin, the only expert to have testified on the issue of causation, I find that she either misunderstood his evidence or drew erroneous conclusions from it. The only other testimony in respect to causation was anecdotal evidence pertaining to Mr. Nikolaisen's level of impairment provided by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. Although their testimonies provided some evidence in respect to causation, for reasons I will discuss, it was not evidence on which the trial judge could reasonably rely. Nor do I find that the trial judge was entitled to rely on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. The inference that the trial judge drew from this fact was unreasonable and ignored evidence that Mr. Nikolaisen swerved even on this curve. In addition, the trial judge clearly erred by ignoring other relevant evidence in respect to causation, in particular the fact that Mr. Nikolaisen had driven on the

l'imminence d'un danger caché. Le degré d'ébriété de M. Nikolaisen n'a fait qu'accroître le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir. Je suis convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que si on avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe, il aurait réagi et pris des mesures appropriées, qui l'auraient empêché de perdre la maîtrise de son véhicule en s'engageant dans le virage.

Les conclusions susmentionnées de la juge de première instance touchant le lien de causalité sont des conclusions portant sur des questions de fait. Par conséquent, notre Cour n'interviendra que si elle estime que, pour arriver à ses conclusions, la juge a commis une erreur manifeste, n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées (*Toneguzzo-Norvell, précité*, p. 121).

En arrivant à sa conclusion sur le lien de causalité, la juge de première instance a commis plusieurs des erreurs mentionnées par notre Cour dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell, précité*. Dans la mesure où la juge de première instance s'est fondée sur le témoignage de M. Laughlin, le seul expert à avoir témoigné sur la question du lien de causalité, j'estime qu'elle a mal interprété son témoignage ou qu'elle en a tiré des conclusions erronées. Les éléments anecdotiques des témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen concernant le degré d'ébriété de M. Nikolaisen constituent la seule autre preuve testimoniale sur le lien de causalité. Bien que leurs témoignages aient fourni quelques éléments de preuve touchant cette question, il ne s'agit pas, pour des raisons que j'examinerai plus loin, d'éléments sur lesquels la juge de première instance pouvait raisonnablement s'appuyer. Je n'estime pas non plus qu'elle pouvait se fonder sur la preuve que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage permettant d'accéder au chemin Snake Hill depuis l'entrée des Thiel. L'inférence que la juge de première instance a tirée de ce fait était déraisonnable et faisait abstraction de la preuve selon laquelle

road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident.

I cannot agree with the trial judge that the testimony of Mr. Laughlin, a forensic alcohol specialist employed by the RCMP supports the finding that Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign forewarning of the impending right-turning curve on which the accident occurred. The preponderance of Mr. Laughlin's testimony establishes that persons at the level of impairment which Mr. Nikolaisen was found to be at when the accident occurred would be unlikely to react to a warning sign. In addition, Mr. Laughlin's testimony points overwhelmingly to the conclusion that alcohol was the causal factor which led to this accident. The trial judge erred by misapprehending one comment in Mr. Laughlin's testimony and ignoring the significance of his testimony when taken as a whole.

Based on blood samples obtained by Constable Forbes approximately three hours after the accident occurred, Mr. Laughlin predicted that Mr. Nikolaisen's blood alcohol level at the time of the accident ranged from 180 to 210 milligrams percent. Mr. Laughlin commented at length on the effect that this level of blood alcohol could be expected to have on a person's ability to drive, testifying:

Well, My Lady, this alcohol level that I've calculated here is a very high alcohol level. The critical mental faculties [that] are important in operating a motor vehicle will be impaired by the alcohol. And any skill that depends on these mental faculties will be affected. These include anticipation, judgment, attention, concentration, the ability to divide attention among two or more areas of interest. Because these are affected to such a degree, it would be unsafe for anybody to operate a motor vehicle with this level of alcohol in their body.

le véhicule de M. Nikolaisen avait fait une embardée même dans cette courbe. En outre, la juge de première instance a clairement commis une erreur en ne prenant pas en considération d'autres éléments de preuve pertinents concernant le lien de causalité, en particulier le fait que M. Nikolaisen avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident.

Je ne partage pas l'avis de la juge de première instance voulant que le témoignage de M. Laughlin, spécialiste judiciaire en matière d'alcool au service de la GRC, étaye la conclusion que M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau lui signalant l'imminence du virage droite où s'est produit l'accident. Le témoignage de M. Laughlin établit de façon prépondérante que des personnes dans un état d'ébriété aussi avancé que celui de M. Nikolaisen au moment de l'accident ne réagiraient vraisemblablement pas à un panneau d'avertissement. De plus, le témoignage de M. Laughlin mène irrésistiblement à la conclusion que l'alcool a été le facteur causal de l'accident. La juge de première instance a commis une erreur à cet égard, car elle a mal interprété un élément de la déposition de M. Laughlin et elle a omis de tenir compte de l'importance de son témoignage, considéré globalement.

À la lumière des échantillons de sang prélevés par la gendarme Forbes environ trois heures après l'accident, M. Laughlin a estimé que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 mg par 100 ml de sang. Dans son témoignage, M. Laughlin a commenté en détail l'incidence d'une telle alcoolémie sur la capacité d'une personne de conduire :

[TRADUCTION] Bien, Madame, l'alcoolémie que j'ai calculée en l'espèce est très élevée. Les facultés mentales essentielles qui jouent un rôle important dans la conduite d'un véhicule automobile sont affaiblies par l'alcool. Et toute habileté tributaire de ces facultés mentales est affectée, notamment l'anticipation, le jugement, l'attention, la concentration, la capacité de partager son attention entre deux choses ou plus. Et parce qu'elles sont affectées à ce point, il serait risqué pour quiconque possède un tel taux d'alcool dans son sang de conduire un véhicule automobile.

161

162

When asked about his knowledge of research pertaining to the effects of alcohol on the risk of being involved in an automobile accident, Mr. Laughlin had this to say:

At this level the moderate user of alcohol risk of causing crash is tremendously high, probably 100 times that of a sober driver, or even higher. And in some cases at this level, I've seen scientific literature indicating that the risk of causing a fatal crash is 2 to 300 times that of a sober driver. . . . if an impaired person is an experienced drinker there — it won't be that high. However, there will be an increased risk compared to a sober state. . . . But above 100 milligrams percent, regardless of tolerance, a person will be impaired with respect to driving ability.

Following these comments, Mr. Laughlin discussed the ability of a severely impaired person to react to the presence of a hazard when driving:

My Lady, I would like to add that the driving task is a demanding one and involves many multi-various tasks occurring at the same time. The hazard for a person under the influence of alcohol is it takes longer to notice a hazard or danger if one should occur; it takes longer to decide what corrective action is appropriate, and it takes longer to execute that decision and the person may tend to make incorrect decisions. So there is increased risk in that process. As well, if the impairment has progressed to the point where the motor skills are affected, the execution of that decision is impaired. So it's not a very graceful attempt at a corrective action. As well, some people tend to make more risks under the influence of alcohol. They do not apply sound reasoning and judgment. They are not able to properly assess the impairment of their driving skills, they are not able to properly assess the risk, not able to properly assess the changing road and weather conditions and adjust for that. But even if they do recognize those as hazards, they may tend to take more risks than a sober driver would.

163

The above comments support the conclusion that the accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen's impairment and not as a result of any failure on the part of the respondent. Indeed, when the portions of Mr. Laughlin's testimony that the trial judge relied

Interrogé sur l'état des recherches touchant l'incidence de l'alcool sur le risque d'accident automobile, voici ce qu'a dit M. Laughlin :

[TRADUCTION] À ce taux-là, le risque qu'une personne qui consomme modérément de l'alcool provoque un accident est extrêmement élevé, probablement 100 fois plus élevé que le conducteur à jeun, ou plus encore. Et dans certains cas, à ce taux-là, j'ai lu des textes scientifiques dans lesquels on indiquait que le risque de provoquer un accident mortel est de 200 à 300 fois plus élevé que celui d'un conducteur à jeun. [. . .] [S]i la personne en état d'ébriété est quelqu'un qui a l'habitude de boire, le risque n'est pas aussi élevé. Cependant, il est plus grand que si la personne avait été à jeun. [. . .] Mais au dessus de 100 mg par 100 ml de sang, peu importe le degré de tolérance à l'alcool, une personne a les facultés affaiblies pour ce qui concerne sa capacité de conduire.

Après avoir fait ces remarques, M. Laughlin a décrit la capacité d'une personne en état d'ébriété avancé de réagir à la présence d'un danger lorsqu'elle conduit.

[TRADUCTION] Madame, j'aimerais ajouter que conduire un véhicule est une activité exigeante, qui demande d'accomplir une multiplicité de tâches simultanément. Le danger pour la personne qui conduit en état d'ébriété réside dans le fait qu'il lui faut plus de temps pour déceler la présence d'un risque ou d'un danger; il lui faut plus de temps pour décider quelle mesure corrective est requise, et elle prend plus de temps à mettre cette décision à exécution; de plus, une telle personne peut avoir tendance à prendre de mauvaises décisions. Ce processus accroît donc le risque. Aussi, si l'ébriété est avancée au point où les habiletés motrices sont affaiblies, l'exécution de la décision s'en trouve compromise. Il s'ensuit donc une tentative plutôt malhabile de corriger la situation. De plus, certaines personnes tendent à prendre davantage de risques lorsqu'elles sont en état d'ébriété. Elles ne font pas preuve de discernement et de jugement. Elles sont incapables d'évaluer correctement les changements dans l'état de la route et les conditions météorologiques et d'adapter leur conduite en conséquence. Mais même si elles reconnaissent qu'il s'agit effectivement de dangers, elles peuvent avoir tendance à prendre davantage de risques que le conducteur à jeun.

Les remarques qui précèdent étaient la conclusion que l'accident s'est produit en raison de l'état d'ébriété de M. Nikolaisen et non de quelque manquement de la part de l'intimée. De fait, lorsque les extraits du témoignage de M. Laughlin sur lesquels

on are considered in their context, they do not support her conclusion that Mr. Nikolaisen would have been able to react to a sign had one been posted. When asked by counsel whether it was possible for an individual with Mr. Nikolaisen's blood alcohol level to perceive and react to a road sign, Mr. Laughlin responded:

Yes, it's possible that a person will see and react to it and maybe react properly. It's possible that they will react improperly or may miss it altogether. I think what's key here is that at this level of alcohol, it's more likely that the person under this level of alcohol will either miss the sign or not react properly compared to the sober driver. That the driver with this level of alcohol will make more mistakes than will the sober driver. [Emphasis added.]

In the passage above, it is clear that Mr. Laughlin is merely admitting that anything is possible, while solidly expressing the view that drivers at this level of intoxication are more likely to not react to a sign or other warning. This view is also apparent in the following passage, in which Mr. Laughlin expands on the ability of an intoxicated driver to react to signs and other road conditions:

What happens with respect to perception under the influence of alcohol is a driver tends to concentrate on the central field of vision, and miss certain indicators on the periphery, that's called tunnel vision. As well, drivers tend to concentrate on the lower part of that central field of view and therefore they don't have a very long preview distance in the course of operating a motor vehicle and looking down the road. And so studies indicate that under the influence of alcohol drivers tend to miss more signs, warnings, indicators, especially those in the peripheral field of view or farther down the road. [Emphasis added.]

In argument before this Court, the appellant emphasized that although Mr. Laughlin was the only expert to testify with respect to causation, lay witnesses testified that Mr. Nikolaisen was not visibly impaired prior to leaving the Thiel residence.

s'est fondée la juge de première instance sont examinés dans leur contexte, ils n'appuient pas la conclusion de cette dernière que M. Nikolaisen aurait été capable de réagir à un panneau de signalisation s'il y en avait eu un. Répondant à la question d'un avocat lui demandant s'il était possible qu'une personne ayant l'alcoolémie de M. Nikolaisen voit un panneau de signalisation et y réagisse, M. Laughlin a dit ceci :

[TRADUCTION] Oui, il est possible qu'une personne le voit et y réagisse et peut-être qu'elle réagisse adéquatement. Il est possible qu'elle ne réagisse pas adéquatement ou qu'elle ne le voit même pas. J'estime que l'élément fondamental à retenir ici est qu'il est probable que la personne ayant atteint cette alcoolémie ne voit pas le panneau, ou ne réagisse pas adéquatement, comparativement au conducteur à jeun. Que le conducteur avec cette alcoolémie commette plus d'erreurs que le conducteur à jeun. [Je souligne.]

Il est clair, dans le passage qui précède, que M. Laughlin reconnaît simplement que tout est possible, tout en avançant avec conviction qu'il y a une plus forte probabilité que les conducteurs ayant atteint ce degré d'ébriété ne réagissent pas à un panneau de signalisation ou à une autre mesure d'avertissement. Cette opinion ressort également clairement de l'extrait suivant, où il donne des précisions supplémentaires sur la capacité d'une personne en état d'ébriété de réagir aux panneaux de signalisation et à d'autres éléments sur les routes :

[TRADUCTION] Sur le plan de la perception, le conducteur en état d'ébriété a tendance à se concentrer sur son champ visuel central et à manquer certains indices en périphérie, c'est ce qu'on appelle la vision tubulaire. En outre, les conducteurs ont tendance à se concentrer sur la partie inférieure de ce champ visuel central et, en conséquence, ils ne voient pas très loin devant eux sur la route lorsqu'il sont au volant. Et, par conséquent, les recherches indiquent que les conducteurs en état d'ébriété ont tendance à manquer davantage de panneaux de signalisation, d'avertissements, d'indices, particulièrement ceux situés dans leur champ visuel périphérique ou plus loin sur la route. [Je souligne.]

Au cours des plaidoiries devant notre Cour, l'appelant a souligné que, bien que M. Laughlin ait été le seul expert entendu au sujet du lien de causalité, les témoins ordinaires ont attesté que M. Nikolaisen n'avait pas les facultés visiblement

It is not clear from the trial judge's reasons that she relied on testimony to this effect given by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. To the extent that she did rely on such evidence to establish that the accident was caused in part by the respondent's negligence, I find this reliance to be unreasonable. Whereas the lay witnesses in this case were qualified to give their opinion on whether they, as ordinary drivers, could safely negotiate the segment of Snake Hill Road on which the accident occurred, they were not qualified to assess the degree of Mr. Nikolaisen's impairment. The reason for their lack of qualification in this regard was explained by Mr. Laughlin in the following response to counsel's question on whether it is possible to draw a conclusion from the fact that an individual does not exhibit any impairment of their motor skills and speech:

No, Your Honour, because, My Lady, when you're looking at motor skill impairment or for signs of motor skill impairment, you're looking for signs of intoxication, not impairment. Remember I mentioned that the first components affected by alcohol are cognitive and mental faculties. These are all important in driving. However, it is very difficult when you look at an individual who has been consuming alcohol to tell that they have impaired in attention or divided attention, or concentration, or judgment. So as an indicator of impairment, motor skills are not reliable. And if you think about the *Criminal Code* process, they've been abandoned 30 years ago as a useful indicator of impairment. No longer do we rely on police officers subjective assessment of person's motor skills to determine impairment. [Emphasis added.]

affaiblies avant de quitter la résidence des Thiel. Les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle s'est appuyée sur les témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen à cet égard. Dans la mesure où elle se serait fondée sur cette preuve pour conclure que l'accident avait été causé en partie par la négligence de l'intimée, j'estime qu'il était déraisonnable de le faire. En l'espèce, bien que compétents pour exprimer leur opinion sur la question de savoir s'ils pourraient, en tant que conducteurs moyens, manœuvrer en toute sécurité sur le tronçon du chemin Snake Hill où l'accident s'est produit, les témoins ordinaires n'étaient pas compétents pour évaluer le degré d'ébriété de M. Nikolaisen. La raison de leur absence de compétence à cet égard a été expliquée en ces termes par M. Laughlin, dans la réponse suivante qu'il a donnée à l'un des avocats qui lui demandait s'il était possible de tirer des conclusions du fait qu'une personne ne démontre ni signe d'affaiblissement de ses habiletés motrices ni problème d'élocution :

[TRADUCTION] Non, votre Honneur, puisque, Madame, lorsqu'on vérifie s'il y a affaiblissement des habiletés motrices ou des signes de cet affaiblissement, on cherche des indices d'ébriété, et non d'affaiblissement des facultés. Rappelez-vous que j'ai dit que les premières facultés affectées par l'alcool sont les facultés cognitives et mentales. Elles sont toutes importantes lorsqu'il s'agit de conduire un véhicule. Cependant, lorsqu'on examine une personne qui a consommé de l'alcool, il est très difficile de dire si son attention ou sa capacité de diviser son attention, ou si sa concentration ou son jugement sont réduits. En conséquence les habiletés motrices ne sont pas des indices fiables d'affaiblissement des facultés. Et si on pense au processus prévu par le *Code criminel*, on a cessé d'y recourir depuis 30 ans en tant qu'indices utiles de l'affaiblissement des facultés. On ne se fie plus à l'appréciation subjective policier quant aux habiletés motrices d'une personne pour déterminer si les facultés de celle-ci sont affaiblies. [Je souligne.]

165

It is also clear from the trial judge's reasons that she relied to some extent on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve at the point where the driveway to the Thiel residence intersected the road. I agree with the respondent that this fact is simply not relevant. The ability of Mr. Nikolaisen to negotiate this curve does not establish that his driving ability was not impaired. As noted by the respondent, at para. 101 of its factum, he may

Il appert également des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est dans une certaine mesure fondée sur la preuve indiquant que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage à l'intersection de l'entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Je partage l'avis de l'intimée selon lequel ce fait n'est tout simplement pas pertinent. La capacité de M. Nikolaisen de prendre ce virage n'établit pas que sa capacité de conduire

have been driving more slowly at this point, or he may simply have been lucky. More importantly, this evidence contributes nothing to the issue of whether or not Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign on the curve where the accident occurred, had one been present. There was no sign on the curve one faces upon leaving the driveway, just as there was no sign on the curve where the accident took place.

At any rate, the trial judge's reliance on Mr. Nikolaisen's successful negotiation of the curve at the location of the Thiel driveway ignores relevant evidence that he had swerved or "fish-tailed" when leaving the Thiel residence. A reasonable inference to be drawn from this evidence is that while Mr. Nikolaisen was able to negotiate this curve, he did not do so free from difficulty. While this evidence may not be significant in and of itself, it should have been enough to alert the trial judge to the problems inherent in the inference she drew from his ability to navigate this earlier curve.

In addition to ignoring the relevant evidence of the fish-tail marks, the trial judge failed to consider the relevance of the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. In her review of the evidence, she noted at para. 8 of her reasons that: "Mr. Nikolaisen was unfamiliar with Snake Hill Road. While he had in the preceding 24 hours travelled the road three times, only once was in the same direction that he was travelling upon leaving the Thiel residence."

I simply cannot see how the trial judge found accidents which occurred when motorists were travelling in the opposite direction relevant to the issue of the respondent's knowledge of a risk to motorists while at the same time suggesting that the fact that Mr. Nikolaisen had driven the road in the opposite direction twice was irrelevant to the issue of whether

n'était pas affaiblie. Comme l'a souligné l'intimée, au par. 101 de son mémoire, il a pu réduire sa vitesse à cet endroit, ou simplement avoir eu de la chance. Facteur plus important encore cette preuve n'aide d'aucune façon à déterminer si M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau placé à l'approche de la courbe où s'est produit l'accident, si un tel panneau avait existé. Il n'y avait aucun panneau aux abords de la courbe située à la sortie de l'entrée, tout comme il n'y en avait pas aux abords de celle où s'est produit l'accident.

Quoi qu'il en soit, en se fondant sur le fait que M. Nikolaisen avait pris avec succès le virage devant l'entrée des Thiel, la juge de première instance a fait abstraction de l'élément de preuve pertinent indiquant que l'arrière de son véhicule avait zigzagué à son départ de la résidence des Thiel. On peut raisonnablement inférer de cette preuve que, quoique M. Nikolaisen ait été en mesure de prendre ce virage, il n'y est pas parvenu sans difficulté. Bien que cette preuve ne soit pas nécessairement importante en soi, elle aurait dû néanmoins alerter la juge de première instance quant aux problèmes intrinsèques de l'inférence qu'elle tirait de la capacité de M. Nikolaisen de prendre ce premier virage.

En plus de ne pas avoir tenu compte de la preuve pertinente que constituaient les traces des zigzags, la juge de première instance n'a pas considéré pertinent le fait que M. Nikolaisen avait circulé sur le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. Dans son examen de la preuve, elle a souligné, au par. 8 de ses motifs, que [TRADUCTION] « M. Nikolaisen ne connaissait pas bien le chemin Snake Hill. Bien qu'il ait emprunté ce chemin à trois reprises au cours des 24 heures précédentes, il ne l'a fait qu'une seule fois dans la même direction que celle qu'il a prise en quittant la résidence des Thiel. »

Je ne vois tout simplement pas comment la juge de première instance a pu conclure que les accidents qu'ont eu des automobilistes circulant en sens inverse étaient pertinents pour statuer sur la connaissance par l'intimée de l'existence d'un risque d'accident, tout en suggérant du même souffle que le fait que M. Nikolaisen ait roulé à deux reprises

166

167

168

or not he would have recognized that the curve posed a risk or that he would have reacted to a warning sign. This discrepancy aside, I find the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road in the same direction when he left the Thiel residence to go to the Jamboree the evening before the accident highly relevant to the causation issue. The finding that the outcome would have been different had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew that the curve was there. I agree with the respondent that the obvious reason Mr. Nikolaisen was unable to safely negotiate the curve on the afternoon of the 18th, despite having negotiated this curve and others without difficulty in the preceding 18 to 20 hours was the combined effect of his drinking, lack of sleep and lack of food.

en sens inverse sur le chemin en question n'était pas pertinent pour déterminer s'il aurait reconnu que la courbe présentait un risque ou s'il aurait réagi à un panneau d'avertissement. Indépendamment de cette contradiction, j'estime que le fait que M. Nikolaisen ait roulé dans la même direction sur le chemin Snake Hill après avoir quitté la résidence des Thiel pour se rendre au jamboree, la veille de l'accident, est fort pertinent en ce qui concerne le lien de causalité. La conclusion que le résultat aurait été différent si une signalisation avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Je souscris à l'opinion de l'intimée que la raison évidente pour laquelle M. Nikolaisen n'a pas réussi à prendre le virage en toute sécurité dans l'après-midi du 18, alors qu'il avait déjà pris ce virage et d'autres sans difficulté au cours des 18 à 20 heures précédentes, était l'effet combiné de sa consommation d'alcool, de son manque de sommeil et du fait qu'il n'avait pas mangé.

169

In conclusion on the issue of causation, I wish to clarify that the fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on this issue does not insulate those findings from review by this Court. The standard of review for findings of fact is reasonableness, not absolute deference. Such a standard entitles the appellate court to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion. The logic of this approach was aptly explained by Kerans, *supra*, in the following passage at p. 44:

Pour conclure sur la question du lien de causalité, j'aimerais préciser que le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur ce point n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de la décision raisonnable et non celle de la retenue absolue. Cette norme permet au tribunal d'appel de se demander si le juge de première instance a clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse. Kerans, *op. cit.*, p. 44, a habilement exposé la logique de cette démarche dans le passage suivant :

The key to the problem is whether the reviewer is to look merely for "evidence to support" the finding. Some evidence might indeed support the finding, but other evidence may point overwhelmingly the other way. A court might be able to say that reliance on the "some" in the face of the "other" was not what the reasonable trier of fact would do; indeed, it might say that, in all the circumstances it was convinced that to rely on the one in the face of the other was quite unreasonable. To say that "some evidence" is enough, then, without regard to that "other

[TRADUCTION] La solution au problème réside dans la réponse à la question de savoir si le tribunal de révision doit simplement se demander s'il existe « des éléments de preuve étayant » la conclusion. Il est possible que certains éléments de preuve étayaient effectivement la conclusion alors que d'autres éléments conduisent irrésistiblement à la conclusion inverse. Un tribunal pourrait être en mesure de dire qu'un juge des faits raisonnable ne s'appuierait pas sur « certains » éléments vu l'existence des « autres »; de fait, il pourrait dire que, eu égard à

evidence” is to turn one’s back on review for reasonableness.

D. *Did the Courts Below Err in Finding that no Common Law Duty of Care Exists Alongside the Statutory Duty Imposed Under Section 192 of The Rural Municipality Act, 1989?*

The appellant urges this Court to find that a common law duty of care exists alongside the statutory duty of care imposed on the respondent by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. According to the appellant, the application of the common law duty of care would free the Court from the need to focus on how a reasonable driver exercising ordinary care would have navigated the road in question. The appellant submits that the Court would instead apply the “classic reasonableness formulation” which, in its view, would require the Court to take into account the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost of preventing that harm. The appellant argues that the respondent would be held liable under this test.

The courts below rejected the above argument when it was put to them by the appellant. I would not interfere with their ruling on this issue for the reason that it is unnecessary for this Court to impose a common law duty of care where a statutory one clearly exists. In any event, the application of the common law test would not affect the outcome in these proceedings.

I agree with the respondent’s submissions that in this case, where the legislature has clearly imposed a statutory duty of care on the respondents, it would be redundant and unnecessary to find that a common law duty of care exists. The two-part test to establish a common law duty of care set out in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, simply has no application where the legislature has defined a statutory duty. As was stated by this Court in *Brown*

l’ensemble des circonstances, il est convaincu qu’il était tout à fait déraisonnable de se fonder sur certains éléments compte tenu des autres. En conséquence, affirmer que « certains éléments de preuve » suffisent, sans égard aux « autres éléments », revient à abandonner l’examen du caractère raisonnable.

D. *Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant qu’aucune obligation de diligence de common law ne coexiste avec l’obligation légale imposée par l’art. 192 de la Rural Municipality Act, 1989?*

L’appelant invite notre Cour à conclure qu’une obligation de diligence de common law coexiste avec l’obligation légale de diligence imposée à l’intimée par l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Selon l’appelant, l’application de l’obligation de diligence de common law dispenserait la Cour de la nécessité de se demander comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur le chemin en cause. L’appelant soutient que la Cour pourrait plutôt appliquer le [TRADUCTION] « critère classique de la conduite raisonnable », lequel, à son avis, l’obligerait à tenir compte des éléments suivants : la probabilité qu’un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu’il faudrait assumer pour le prévenir. L’appelant prétend que, suivant ce critère, l’intimée serait tenue responsable.

Les juridictions inférieures ont rejeté l’argument susmentionné de l’appelant. Je ne modifierais pas leur décision sur cette question, car il est inutile que notre Cour impose une obligation de diligence de common law lorsqu’il existe clairement une obligation d’origine législative. Quoi qu’il en soit, l’application du critère prévu par la common law ne modifierait pas l’issue de la présente instance.

Je souscris à l’argument de l’intimée selon lequel, en l’espèce, il serait redondant et inutile de conclure qu’elle est assujettie à une obligation de diligence de common law alors que le législateur lui a clairement imposé une obligation légale de diligence. Le critère à deux volets énoncé dans l’arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, pour statuer sur l’existence d’une obligation de diligence de common law, ne s’applique tout

170

171

172

v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways), [1994] 1 S.C.R. 420, at p. 424:

... if a statutory duty to maintain existed as it does in some provinces, it would be unnecessary to find a private law duty on the basis of the neighbourhood principle in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Moreover, it is only necessary to consider the policy/operational dichotomy in connection with the search for a private law duty of care.

All of the authorities cited by the appellant as support for the imposition of an independent common law duty of care can be distinguished from the case at hand on the basis that no statutory duty of care existed (*Just, supra; Brown, supra; Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Ryan, supra*).

173

In addition, I find that the outcome in this case would not be different if the case were determined according to ordinary negligence principles. First, were the Court to engage in a common law analysis, it would still look to the statutory standard of care as laid out in *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted by the case law in order to assess the scope of liability owed by the respondent to the appellant. As this Court stated in *Ryan, supra*, at para. 29:

Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent. This allows courts to consider the legislative framework in which people and companies must operate, while at the same time recognizing that one cannot avoid the underlying obligation of reasonable care simply by discharging statutory duties.

174

Moreover, even under the common law analysis, this Court would be called upon to question the type of hazards that the respondent, in this case, ought to have foreseen. Whatever the approach, it is only rea-

simplement pas lorsque le législateur a prescrit l'obligation dans la loi. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, p. 424 :

... s'il existait une obligation d'entretien imposée par la loi comme c'est le cas dans certaines provinces, il serait inutile de rechercher une obligation en droit privé en se fondant sur le principe du prochain établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. En outre, il est nécessaire d'examiner la dichotomie politique générale-opérations seulement en ce qui concerne la recherche d'une obligation de diligence en droit privé.

Tous les arrêts invoqués par l'appelant pour justifier sa prétention que la municipalité devrait être assujettie à une obligation indépendante de diligence de common law peuvent être distingués de la présente affaire, étant donné qu'il n'existait aucune obligation légale de diligence dans ces affaires (*Just, précitée; Brown, précitée; Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Ryan, précitée*).

En outre, j'estime que le résultat serait le même en l'espèce si l'affaire était tranchée d'après les principes ordinaires de la négligence. Tout d'abord, si la Cour faisait l'analyse prévue par la common law, elle appliquerait quand même la norme légale de diligence établie dans la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'intimée envers l'appelant. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 29 :

Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent. En conséquence, les tribunaux peuvent examiner le cadre législatif dans lequel les personnes et les sociétés doivent agir, tout en reconnaissant qu'il est impossible de se soustraire à l'obligation sous-jacente de diligence raisonnable simplement en s'acquittant de ses obligations légales.

De plus, même dans le cadre de l'analyse requise par la common law, notre Cour devrait s'interroger sur le type de dangers que l'intimée aurait dû prévoir en l'espèce. Indépendamment de l'approche choisie,

sonable to expect a municipality to foresee accidents which occur as a result of the conditions of the road, and not, as in this case, as a result of the condition of the driver.

The courts have long restricted the standard of care under the statutory duty to require municipalities to repair only those hazards which would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Compelling reasons exist to maintain this interpretation. The municipalities within the province of Saskatchewan have some 175,000 kilometres of roads under their care and control, 45,000 kilometres of which fall within the "bladed trail" category. These municipalities, for the most part, do not boast large, permanent staffs with extensive time and budgetary resources. To expand the repair obligation of municipalities to require them to take into account the actions of unreasonable or careless drivers when discharging this duty would signify a drastic and unworkable change to the current standard. Accordingly, it is a change that I would not be prepared to make.

VII. Disposition

In the result, the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

Appeal allowed with costs, GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Gerrand Rath Johnson, Regina.

il n'est que raisonnable d'attendre d'une municipalité qu'elle prévoit les accidents qui surviennent en raison de l'état du chemin, et non, comme en l'espèce, ceux qui résultent de l'état du conducteur.

Depuis longtemps, les tribunaux limitent l'étendue de la norme de diligence découlant de l'existence d'un devoir légal de diligence à l'obligation pour les municipalités d'éliminer seulement les dangers qui présenteraient un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Des raisons impérieuses militent en faveur du maintien de cette interprétation. Les municipalités de la province de la Saskatchewan assument l'entretien et la surveillance de quelque 175 000 kilomètres de route, dont 45 000 kilomètres font partie de la catégorie des « chemins nivelés ». La plupart de ces municipalités ne disposent ni d'effectifs permanents considérables ni de ressources importantes en temps et en argent. Élargir l'obligation d'entretien des municipalités en exigeant qu'elles tiennent compte, dans l'exécution de cette obligation, des actes des conducteurs déraisonnables ou imprudents, entraînerait une modification radicale et irréalisable de la norme actuelle. Il s'agit en conséquent d'un changement que je ne serais pas disposé à apporter.

VII. Dispositif

En définitive, le jugement de la Cour de l'appel de la Saskatchewan est confirmé et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée : Gerrand Rath Johnson, Regina.

175

176

**Galerie d'Art du Petit Champlain inc.,
Galerie d'Art Yves Laroche inc.,
Éditions Multi-Graph ltée,
Galerie d'Art Laroche, Denis inc. and
Serge Rosa Appellants**

v.

Claude Théberge Respondent

**INDEXED AS: THÉBERGE v. GALERIE D'ART DU
PETIT CHAMPLAIN INC.**

Neutral citation: 2002 SCC 34.

File No.: 27872.

2001: October 11; 2002: March 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Copyright — Infringement — Civil remedies — Ownership of copies — Definition of copyright — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Whether galleries "copied" artist's works — Whether new artistic work was produced "in any material form" within meaning of s. 3(1) of Copyright Act — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 3, 38(1).

Civil procedure — Provisional remedies — Seizure before judgment — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Painter having canvas-backed reproductions seized — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 734 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 38(1).

The respondent, a painter who enjoys a well-established international reputation, assigned by contract the right to publish reproductions, cards and other stationery products representing certain of his works to

**Galerie d'Art du Petit Champlain inc.,
Galerie d'Art Yves Laroche inc.,
Éditions Multi-Graph ltée,
Galerie d'Art Laroche, Denis inc. et
Serge Rosa Appellants**

c.

Claude Théberge Intimé

**RÉPERTORIÉ : THÉBERGE c. GALERIE D'ART DU
PETIT CHAMPLAIN INC.**

Référence neutre : 2002 CSC 34.

N° du greffe : 27872.

2001 : 11 octobre; 2002 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit d'auteur — Contrefaçon — Recours civils — Propriété des exemplaires — Définition du droit d'auteur — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Les galeries ont-elles « reproduit » les œuvres de l'artiste? — Une nouvelle œuvre artistique a-t-elle été produite « sous une forme matérielle quelconque » au sens de l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur? — Y a-t-il eu violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3, 38(1).

Procédure civile — Mesures provisoires — Saisie avant jugement — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Saisie, par le peintre, des reproductions sur toile — Y a-t-il eu violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 734 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 38(1).

L'intimé, un artiste peintre jouissant d'une réputation internationale enviable, cède par contrat à un éditeur le droit de publier des reproductions, des cartes ainsi que d'autres produits de papeterie représentant certaines de

a publisher. The appellant art galleries purchased cards, photolithographs and posters embodying various of the artist's works from the publisher, and then transferred the image to canvas. The process in issue here involves lifting the ink that was used in printing a paper poster and transferring it onto a canvas. Since this process leaves the poster blank, there is no increase in the total number of reproductions. The respondent applied for an injunction, accounting, and damages against the appellants in the Quebec Superior Court. He also obtained a writ of seizure before judgment, under art. 735 of the *Code of Civil Procedure* ("C.C.P."), with respect to all of the canvas-backed reproductions embodying his works, claiming to have a deemed right of ownership in those items under s. 38(1) of the *Copyright Act*. Section 38(1) provides that the owner of the copyright in a work may recover possession of all infringing copies of that work. "Infringing", in relation to a work, is defined in s. 2 of the *Copyright Act* as "any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act". The appellants applied to have the seizure quashed. The Superior Court concluded that transferring an authorized paper reproduction onto canvas did not amount to infringement within the meaning of the *Copyright Act*, and ordered that the seizure be quashed. The Court of Appeal, finding that there had been infringement, set aside that decision and upheld the seizure before judgment with respect to the canvas-backed reproductions.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The order of the motions judge setting aside the seizure and ordering that the seized goods be returned to the appellants should be restored.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The *Copyright Act* provides the respondent with both economic and moral rights to his work. The economic rights are based on a conception of artistic and literary works essentially as articles of commerce. Such rights can be assigned and the respondent can only assert under the Act the economic rights he has retained. Moral rights, which are not assignable, treat the *œuvre* as an extension of the artist's personality, possessing a dignity which is deserving of protection. The integrity of the work is infringed only if the work is modified to the prejudice of the honour or reputation of the author. Moral rights act as a continuing restraint on what purchasers can do with a work once it passes from the author, but respect must be given to the limitations that are an essential part of the moral rights created by Parliament. Economic rights should not be read so broadly that they cover the same ground as the moral

ses œuvres. Les galeries d'art appelantes achètent de l'éditeur des cartes, photolithographies et affiches représentant différentes œuvres de l'artiste, pour ensuite entoilier l'image. L'entoilage est un procédé qui permet de prélever d'une affiche papier imprimée les encres utilisées et de les reporter sur une toile. Ce procédé laissant l'affiche d'origine blanche, il n'y a pas d'augmentation du nombre total de reproductions. L'intimé intente contre les appelants un recours en injonction, reddition de comptes et dommages-intérêts devant la Cour supérieure du Québec. Il obtient également la délivrance d'un bref de saisie avant jugement, en vertu de l'art. 735 du *Code de procédure civile* (« C.p.c. »), qui vise tous les entoillages de ses œuvres, alléguant avoir un droit de propriété présumé sur ces biens en vertu du par. 38(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 38(1) énonce que le titulaire du droit d'auteur peut recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d'œuvres. La « contrefaçon » à l'égard d'une œuvre est définie à l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* comme « toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi ». Les appelants demandent la cassation de cette saisie. La Cour supérieure conclut que l'entoilage d'une reproduction papier autorisée n'équivaut pas à contrefaçon au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et accorde une mainlevée des saisies. La Cour d'appel, concluant qu'il y a contrefaçon, infirme ce jugement et maintient la saisie avant jugement quant aux entoillages.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance du juge des requêtes annulant la saisie et ordonnant la restitution des biens saisis aux appelants est rétablie.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Binnie : La *Loi sur le droit d'auteur* confère à l'intimé à la fois des droits économiques et des droits moraux sur son œuvre. Les droits économiques sont fondés sur une conception des œuvres artistiques et littéraires qui les considère essentiellement comme des objets de commerce. Ces droits peuvent être cédés et l'intimé ne peut faire valoir en vertu de la Loi que les droits économiques qu'il a conservés. Les droits moraux, qui sont incessibles, traitent l'œuvre comme un prolongement de la personnalité de l'artiste et lui attribuent une dignité qui mérite d'être protégée. Il n'y a violation de l'intégrité de l'œuvre que si celle-ci est modifiée d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Les droits moraux restreignent de façon permanente l'utilisation que les acheteurs peuvent faire d'une œuvre une fois que son auteur s'en est départi, mais il faut tenir compte des limites qui constituent une partie

rights, making inoperative the limits Parliament has imposed on moral rights.

In this case, the respondent is asserting a moral right in the guise of an economic right, and the attempt should be rejected. The appellants purchased lawfully reproduced posters of the respondent's paintings and used a chemical process that allowed them to lift the ink layer from the paper (leaving it blank) and to display it on canvas. They were within their rights to do so as owners of the physical posters. There was no production (or reproduction) of a new artistic work "or any substantial part thereof in any material form" within the meaning of s. 3(1) of the *Copyright Act*.

The image "fixed" in ink on the posters was not reproduced. It was transferred from one display to another. An expansive reading of the economic rights whereby substitution of one backing for another constitutes a new "reproduction" that infringes the copyright holder's rights even if the result is not prejudicial to his reputation tilts the balance too far in favour of the copyright holder and insufficiently recognizes the proprietary rights of the appellants in the physical posters which they purchased.

The historical scope of the notion of "reproduction" under the *Copyright Act* should be kept in mind. "Reproduction" has usually been defined as the act of producing additional or new copies of the work in any material form. While the Act recognizes that technologies have evolved by which expression could be reproduced in new ways, the important evolution of legal concepts in the field of copyright is not engaged by the facts here. This is a case of literal physical, mechanical transfer in which no multiplication takes place.

The separate structures in the Act to cover economic rights and moral rights show that a clear distinction and separation was intended. In terms of remedies, Parliament intended modification without reproduction to be dealt with under the provisions dealing with moral rights rather than economic rights. A contrary view would allow an artist who objected to a "modification" of an authorized reproduction to sidestep the important requirement of showing prejudice to honour or reputation in order to establish an infringement of moral rights.

essentielle des droits moraux créés par le législateur. Il ne faut pas interpréter les droits économiques en leur attribuant une portée tellement large qu'ils engloberaient les mêmes éléments que les droits moraux, ce qui rendrait inapplicables les limites aux droits moraux imposées par le législateur.

En l'espèce, l'intimé tente de faire valoir un droit moral sous le couvert d'un droit économique et cette tentative doit être repoussée. Les appellants ont acheté des affiches des peintures de l'intimé reproduites légalement et ont utilisé un processus chimique pour détacher la couche d'encre du papier (laissant celui-ci blanc) et pour l'apposer sur une toile. En leur qualité de propriétaires des affiches, ils avaient le droit d'agir ainsi. Il n'y a pas eu de production (ni de reproduction) d'une nouvelle œuvre artistique ni d'« une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » au sens du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'image « fixée » dans l'encre sur les affiches n'a pas été reproduite. Elle a été transférée d'un support à un autre. Une interprétation large des droits économiques selon laquelle la substitution d'un support à un autre constitue une nouvelle « reproduction » qui porte atteinte aux droits du titulaire du droit d'auteur même si le résultat n'est pas préjudiciable à sa réputation fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appellants sur les affiches qu'ils ont achetées.

Il faut garder à l'esprit la portée historique de la notion de « reproduction » figurant dans la *Loi sur le droit d'auteur*. La « reproduction » est généralement définie comme l'action de produire des copies supplémentaires ou nouvelles de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque. Bien que la Loi reconnaisse que l'évolution technologique permet maintenant la reproduction de l'expression par de nouveaux moyens, l'évolution importante des concepts juridiques dans le domaine du droit d'auteur n'entre pas en jeu, compte tenu des faits. Il y a eu en l'occurrence transfert littéral matériel et mécanique sans multiplication.

L'existence dans la Loi de régimes distincts couvrant les droits économiques, d'une part, et les droits moraux, d'autre part, dénote l'intention d'établir une distinction et une séparation claires. En ce qui a trait aux recours, le législateur a voulu que la modification sans reproduction soit régie par les dispositions portant sur les droits moraux plutôt que par celles portant sur les droits économiques. Adopter une opinion contraire permettrait à un artiste qui s'oppose à une modification de la reproduction autorisée de se soustraire à l'exigence importante de prouver le préjudice causé à son honneur ou à sa réputation pour établir que ses droits moraux ont été violés.

Since the respondent has not brought himself within s. 38 of the *Copyright Act*, he had no authority to obtain a seizure of the appellants' copies under art. 734 *C.C.P.* The respondent's real complaint is more properly characterized as the alleged infringement of his "moral" rights and its potential impact on the market for his works. An art. 734 seizure before judgment is not available to an artist or author who relies on the alleged infringement of a moral right. The evaluation of a potential breach of moral rights calls for the exercise of a good deal of judgment. A distortion, mutilation or modification of a work is only actionable if it is to "the prejudice of the honour or reputation of the author". The artist or writer should not become the judge in his own cause on such matters and it is therefore entirely understandable that Parliament should insist on prior judicial review before any seizure takes place based on an assertion of violation of moral rights. Whether a fuller record adduced at trial will demonstrate a breach of economic rights or moral rights will be for the trial judge to determine. At this stage, we need to decide only that the interlocutory record did not justify the seizure before judgment.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. (dissenting): The *Copyright Act* provides protection for both copyright and the author's moral rights. Copyright protects against the unlawful appropriation and distribution of creative expression. It is a patrimonial right that may be assigned. The subject-matter of copyright is a right in the work and not a personal right. The key factor is the work, including its material support, and not the idea expressed by the work. Moral rights are concerned primarily with protecting the integrity and paternity of the work, which is then regarded as an extension of the author's personality. These are extra-patrimonial rights, which, by definition, are not assignable. The concepts of moral rights are inapplicable to the facts of this case.

In this case the appellants unlawfully reproduced the respondent's works in a material form in breach of s. 3(1) of the *Copyright Act*. In order for a work to be reproduced, there is no requirement to establish that there has been an increase in the total number of copies of the work. Parliament did not protect the right only to reproduce the work as a whole but also to reproduce a substantial part of the work. It is therefore necessary to consider not only the quantitative aspect, but also the qualitative aspect. A restrictive analysis based solely on multiplication of the work could not provide the work with the necessary protection and would ignore the

L'intimé ne répondant pas aux critères d'application de l'art. 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'art. 734 *C.p.c.* ne lui permettait pas d'obtenir la saisie des exemplaires des appelants. Il serait plus juste de considérer la véritable plainte de l'intimé comme visant l'atteinte présumée à ses droits « moraux » et l'effet potentiel de cette atteinte sur le marché de ses œuvres. L'artiste ou l'auteur qui allègue la violation d'un droit moral ne peut pas recourir à la saisie avant jugement permise par l'art. 734. L'évaluation d'une violation potentielle des droits moraux fait grandement appel à l'exercice du jugement. La déformation, la mutilation ou la modification d'une œuvre ne peut donner lieu à une poursuite que si elle est faite « d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ». L'artiste ou l'auteur ne doit pas devenir juge de sa propre cause en ces matières et il est tout à fait compréhensible que le législateur insiste sur la tenue d'un examen judiciaire préalable à toute saisie fondée sur une allégation de violation des droits moraux. Il appartiendra au juge de première instance de déterminer si la preuve plus complète produite au procès démontre l'existence d'une violation des droits économiques ou des droits moraux. À ce stade-ci, il nous suffit de conclure que le dossier interlocutoire ne justifiait pas la saisie avant jugement.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel (dissidents) : La *Loi sur le droit d'auteur* pourvoit à la fois à la protection du droit d'auteur (*copyright*) et des droits moraux de l'auteur. Le droit d'auteur protège contre l'appropriation et la dissémination illicites de l'expression créative. C'est un droit de nature patrimoniale qui peut faire l'objet d'une cession. L'objet du droit d'auteur est un droit sur l'œuvre et non un droit personnel. L'élément-clé est l'œuvre incluant son support matériel, et non l'idée de l'œuvre. Pour leur part, les droits moraux s'attachent principalement à la protection de l'intégrité et de la paternité de l'œuvre, celle-ci étant alors considérée comme une extension de la personnalité de l'auteur. Il s'agit donc de droits extra-patrimoniaux, par définition inassignables. Les notions de droits moraux sont inapplicables aux faits de la présente affaire.

En l'espèce, les appelants ont illégalement procédé à la reproduction des œuvres de l'intimé sous une forme matérielle quelconque en violation du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour qu'une œuvre soit reproduite, il n'est pas nécessaire de démontrer une augmentation du nombre total de copies de celle-ci. Le législateur n'a pas uniquement protégé le droit de reproduire la totalité de l'œuvre, mais également une partie importante de celle-ci. Il faut donc tenir compte non pas uniquement de l'aspect quantitatif, mais également de l'aspect qualitatif. Une analyse restrictive uniquement basée sur la multiplication de l'œuvre ne saurait lui octroyer la protection

concept of “substantial part thereof”, which is protected by s. 3(1).

The concept of “work” refers to any materialized and original form of expression. Fixation of the work in a medium is a condition *sine qua non* of the production of a work. Therefore, “producing” a work refers to the initial materialization and “reproducing” it refers to any subsequent material fixation that is modelled (in the causal sense) on its first fixation. Fixation of the work in a new medium is therefore the fundamental element of the act of “reproduc[ing] . . . in any material form whatever” what already existed in a first, original material form. That type of conduct amounts to plagiarism and constitutes an infringement of copyright under s. 3(1).

It is important to distinguish between the medium, which is protected by s. 3(1) and is inextricably connected to the work, and the concept of “structure” in s. 28.2(3) of the *Copyright Act*. A change to the medium is prohibited by s. 3(1), while a change to a physical structure containing the work will be prohibited by s. 28.2(3) if the author establishes that the new physical structure causes prejudice to the integrity of his or her work.

The *Copyright Act* provides that a copyright owner may dispose of his or her right, either wholly or partially, retaining the residue of the sole reproduction rights that were not assigned. The respondent had given his publishers very detailed authorization for the reproduction of his works. The contract between the respondent and his publishers must be interpreted in accordance with the general requirements of arts. 1425 to 1432 *C.C.Q.* The respondent never intended to assign in full his right to reproduce the works in question in any material form whatever. The contractual provisions, when construed as a whole, show that the right conferred is limited solely to reproduction on paper products, thereby excluding reproduction in any other material form, including affixing an image representing the respondent’s work onto a canvas. The use of the expression “other stationery products” implies that the products that are expressly authorized are also stationery products. The fact that the product may be framed, laminated or combined with other products also suggests that the product is in fact a stationery product, as the authorized medium is not physically altered and is still paper. The rights assigned by contract certainly do not include the ability to alter the authorized product by changing its medium.

By expressly confining the rights that were assigned to producing reproductions of his works on paper, the respondent therefore retained all his rights to produce

nécessaire et ignorerait le concept de « partie importante de l’œuvre » qui se trouve protégé par le par. 3(1).

La notion d’« œuvre » renvoie à toute forme d’expression matérialisée et originale. La fixation à un support matériel constitue une condition *sine qua non* de la production d’une œuvre. Ainsi, « produire » une œuvre fait référence à une première matérialisation et la « reproduire » à toute fixation matérielle ultérieure qui s’inspire (au sens causal) de la première fixation. La fixation à un nouveau support matériel constitue donc l’élément fondamental de l’acte de « reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque » ce qui existait déjà sous une première forme matérielle. Un tel comportement relève du plagiat et constitue une violation des droits d’auteur trouvés au par. 3(1).

Il est important de distinguer entre le support matériel protégé par le par. 3(1) et qui est inextricablement lié à l’œuvre, et la notion de « structure » qui se retrouve au par. 28.2(3) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Une modification du support matériel est prohibée par le par. 3(1), tandis que la modification d’une structure qui contient l’œuvre sera prohibée par le par. 28.2(3) si l’auteur démontre que la nouvelle structure porte préjudice à l’intégrité de son œuvre.

La *Loi sur le droit d’auteur* prévoit la possibilité pour le titulaire du droit d’auteur de disposer de son droit en totalité ou en partie, conservant alors le reliquat des droits exclusifs de reproduction qu’il n’a pas cédés. L’intimé a autorisé de façon très détaillée la reproduction de ses œuvres par ses éditeurs. Le contrat entre l’intimé et ses éditeurs doit s’interpréter selon les directives générales offertes aux art. 1425 à 1432 *C.c.Q.* L’intimé n’a jamais eu l’intention de céder la totalité de son droit de reproduire les œuvres visées sous une forme matérielle quelconque. Une interprétation de l’ensemble des dispositions contractuelles montre que le droit conféré se limite à la seule reproduction sur produits papier, excluant par le fait même la reproduction sous toute autre forme matérielle, dont l’apposition d’une image représentant une œuvre de l’intimé sur une toile. L’utilisation de l’expression « autres produits de papeterie » laisse croire que les produits expressément autorisés sont également des produits de papeterie. La possibilité d’encadrer, laminer ou regrouper le produit avec d’autres indique également que le produit en est un de papeterie, le support autorisé ne subissant pas de modification matérielle et demeurant du papier. Les droits cédés par contrat n’incluent certainement pas la possibilité de dénaturer le produit autorisé en en changeant le support.

En limitant expressément les droits cédés à des reproductions de ses œuvres sur support papier, l’intimé a donc conservé tous ses droits de reproduction sur quelque

reproductions on any other medium whatsoever. By transferring posters of the respondent's works onto canvas, the appellants did in fact reproduce the respondent's works or a substantial part thereof in any material form whatever, contrary to s. 3(1). The fact that the respondent did not consent means that his copyright was infringed. The appellants had therefore engaged in infringement and the respondent was entitled to seize the canvas-backed reproductions under art. 734(1) C.C.P. and s. 38(1) of the *Copyright Act*.

Cases Cited

By Binnie J.

Distinguished: *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; **approved:** *Snow v. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105; *Fetherling v. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253; *No Fear, Inc. v. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 414; **referred to:** *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Morang and Co. v. LeSueur* (1911), 45 S.C.R. 95; *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 15, rev'd [1940] S.C.R. 218; *Tom Hopkins International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 348; *Walter v. Lane*, [1900] A.C. 539; *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 F.C. 306; *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (1988); Crim., January 28, 1888, *Bull. crim.*, No. 46, p. 68; Crim., December 2, 1964, *Bull. crim.*, No. 320, p. 672; Crim., October 20, 1977, *Bull. crim.*, No. 315, p. 801; Civ. 1st, May 5, 1976, *Bull. civ.*, No. 161, p. 128; Paris, March 18, 1987, D. 1988.Somm.209, note Colombet; Civ. 1st, April 19, 1988, *Bull. civ.*, No. 112, p. 76; Paris, April 27, 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.192; *Hovener/Poortvliet*, HR January 19, 1979, NJ 412; *Frost v. Olive Series Publishing Co.* (1908), 24 T.L.R. 649; *C. M. Paula Co. v. Logan*, 355 F.Supp. 189 (1973); *Peker v. Masters Collection*, 96 F.Supp.2d 216 (2000); *Lee v. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (1997); *King Features Syndicate, Inc. v. O. and M. Kleeman, Ltd.*, [1941] A.C. 417; *Thériault v. Succession de Rémi Thériault*, [1977] C.S. 1120.

By Gonthier J. (dissenting)

Fetherling v. Boughner (1978), 40 C.P.R. (2d) 253; *Tri-Tex Co. v. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324; 2946-1993 *Québec inc. v. Sysbyte Telecom inc.*, J.E. 2001-1143;

autre support que ce soit. En entoilant des affiches papier des œuvres de l'intimé, les appelants ont bel et bien reproduit les œuvres de l'intimé ou une partie importante de celles-ci sous une forme matérielle quelconque en contravention du par. 3(1). L'absence de consentement de l'intimé fait en sorte que son droit d'auteur a été violé. Les appelants se sont ainsi adonnés à des actes de contrefaçon et l'intimé était en droit de saisir les entoilages conformément aux dispositions des par. 734(1) C.p.c. et 38(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Distinction d'avec l'arrêt : *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; **arrêts approuvés :** *Snow c. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105; *Fetherling c. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253; *No Fear, Inc. c. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 414; **arrêts, mentionnés :** *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Morang and Co. c. LeSueur* (1911), 45 R.C.S. 95; *Millar c. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 15, inf. par [1940] R.C.S. 218; *Tom Hopkins International, Inc. c. Wall & Redekop Realty Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 348; *Walter c. Lane*, [1900] A.C. 539; *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306; *Mirage Editions, Inc. c. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (1988); Crim., 28 janvier 1888, *Bull. crim.*, n° 46, p. 68; Crim., 2 décembre 1964, *Bull. crim.*, n° 320, p. 672; Crim., 20 octobre 1977, *Bull. crim.*, n° 315, p. 801; Civ. 1^{re}, 5 mai 1976, *Bull. civ.*, n° 161, p. 128; Paris, 18 mars 1987, D. 1988.Somm.209, note Colombet; Civ. 1^{re}, 19 avril 1988, *Bull. civ.*, n° 112, p. 76; Paris, 27 avril 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.192; *Hovener/Poortvliet*, HR 19 janvier 1979, NJ 412; *Frost c. Olive Series Publishing Co.* (1908), 24 T.L.R. 649; *C. M. Paula Co. c. Logan*, 355 F.Supp. 189 (1973); *Peker c. Masters Collection*, 96 F.Supp.2d 216 (2000); *Lee c. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (1997); *King Features Syndicate, Inc. c. O. and M. Kleeman, Ltd.*, [1941] A.C. 417; *Thériault c. Succession de Rémi Thériault*, [1977] C.S. 1120.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Fetherling c. Boughner (1978), 40 C.P.R. (2d) 253; *Tri-Tex Co. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324; 2946-1993 *Québec inc. c. Sysbyte Telecom inc.*, J.E. 2001-1143;

Stopponi v. Bélanger, [1988] R.D.J. 33; *Molloy v. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357; *Stevenson v. Crook*, [1938] Ex. C.R. 299; *L. B. (Plastics) Ltd. v. Swish Products Ltd.*, [1979] R.P.C. 551; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 F.C. 306; *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273; *King Features Syndicate Inc. v. O. and M. Kleemann, Ltd.*, [1940] 2 All E.R. 355.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, L.R.C. 1985, c. 10 (4th Supp.) [formerly S.C. 1988, c. 15].
Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).
Canada Copyright Act, 1875 (U.K.), 38 & 39 Vict., c. 53.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1425-1432.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 26, 511, 734, 735, 738.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42 [am. 1997, c. 24], ss. 2 "copyright", "infringing", 3(1), 6, 13(1), (4), 14.1 [ad. c. 10 (4th Supp.), s. 4], 14.2 [idem], 15(1), 27(1), 28.1 [idem, s. 6], 28.2 [idem], 29-32.2, 34(1), (2), 38.
Copyright Act, 1709 (U.K.), 8 Ann., c. 21.
Copyright Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
Copyright Act of 1875, S.C. 1875, c. 88 [published at S.C. 1876, p. xvii].
Revised Berne Convention, art. 1.
United States Code, Title 17, s. 101.
Universal Copyright Convention (1952), Can. T.S. 1962 No. 13.

Authors Cited

Belleau, Charles. "Des mesures provisionnelles", dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Y. Blais, 1997, 301.
 Boncompain, Jacques. *Le droit d'auteur au Canada: Étude critique*. Montréal: Cercle du Livre de France, 1971.
 Braithwaite, William J. "Derivative Works in Canadian Copyright Law" (1982), 20 *Osgoode Hall L.J.* 191.

Stopponi c. Bélanger, [1988] R.D.J. 33; *Molloy c. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Cartwright c. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357; *Stevenson c. Crook*, [1938] Ex. C.R. 299; *L. B. (Plastics) Ltd. c. Swish Products Ltd.*, [1979] R.P.C. 551; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306; *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273; *King Features Syndicate Inc. c. O. and M. Kleemann, Ltd.*, [1940] 2 All E.R. 355.

Lois et règlements cités

Acte de 1875 sur la propriété littéraire et artistique, S.C. 1875, ch. 88 [publié dans S.C. 1876, p. xvii].
Canada Copyright Act, 1875 (R.-U.), 38 & 39 Vict., ch. 53.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1425 à 1432.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 26, 511, 734, 735, 738.
Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886).
Convention de Berne révisée, art. 1.
Convention universelle sur le droit d'auteur (1952), R.T. Can. 1962 n° 13.
Copyright Act, 1709 (R.-U.), 8 Ann., ch. 21.
Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.R.C. 1985, ch. 10 (4^e suppl.) [auparavant L.C. 1988, ch. 15].
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42 [mod. 1997, ch. 24], art. 2 « contrefaçon », « droit d'auteur », 3(1), 6, 13(1), (4), 14.1 [aj. ch. 10 (4^e suppl.), art. 4], 14.2 [idem], 15(1), 27(1), 28.1 [idem, art. 6], 28.2 [idem], 29 à 32.2, 34(1), (2), 38.
United States Code, Title 17, art. 101.

Doctrine citée

Belleau, Charles. « Des mesures provisionnelles », dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Y. Blais, 1997, 301.
 Boncompain, Jacques. *Le droit d'auteur au Canada : Étude critique*. Montréal : Cercle du Livre de France, 1971.
 Braithwaite, William J. « Derivative Works in Canadian Copyright Law » (1982), 20 *Osgoode Hall L.J.* 191.

- Brunet, Claude. "Copyright: The Economic Rights", in Gordon F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 129.
- Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "reproduce".
- Carrière, Laurent. "Voies et recours civils en matière de violation de droits d'auteur au Canada", dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Qué.: Y. Blais, 2001, 395.
- Cohen, Amy B. "When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?" (1999), 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623.
- Colas, Émile. "Le droit moral de l'artiste sur son œuvre" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 521.
- Gendreau, Ysolde. "Moral Rights", in Gordon F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 161.
- Goudreau, Mistrale. "Le droit moral de l'auteur au Canada" (1994), 25 *R.G.D.* 403.
- Herman, Jonathan. "Moral Rights and Canadian Copyright Reform: The Impact on Motion Picture Creators" (1989-1990), 20 *R.D.U.S.* 407.
- Howell, Robert G., Linda Vincent, and Michael D. Manson. *Intellectual Property Law: Cases and Materials*. Toronto: Emond Montgomery, 1999.
- Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol. 1, 3rd ed. London: Butterworths, 2000.
- Lucas, A., et H.-J. Lucas. *Traité de la propriété littéraire & artistique*. Paris: Litec, 1994.
- McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Moyse, Pierre-Emmanuel. "La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?" (1998), 43 *McGill L.J.* 507.
- Pollaud-Dulian, Frédéric. *Le droit de destination: le sort des exemplaires en droit d'auteur*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989.
- Richard, Hugues G., and L. Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 4).
- Stewart, Stephen M. *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1989.
- Strowel, Alain. *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences: Étude de droit comparé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- Tamaro, Normand. *Le droit d'auteur: Fondements et principes*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1994.
- Brunet, Claude. « Copyright : The Economic Rights », in Gordon F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 129.
- Carrière, Laurent. « Voies et recours civils en matière de violation de droits d'auteur au Canada », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Qué. : Y. Blais, 2001, 395.
- Cohen, Amy B. « When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner? » (1999), 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623.
- Colas, Émile. « Le droit moral de l'artiste sur son œuvre » (1981), 59 *R. du B. can.* 521.
- Gendreau, Ysolde. « Moral Rights », in Gordon F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 161.
- Goudreau, Mistrale. « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994), 25 *R.G.D.* 403.
- Herman, Jonathan. « Moral Rights and Canadian Copyright Reform : The Impact on Motion Picture Creators » (1989-1990), 20 *R.D.U.S.* 407.
- Howell, Robert G., Linda Vincent, and Michael D. Manson. *Intellectual Property Law : Cases and Materials*. Toronto : Emond Montgomery, 1999.
- Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol. 1, 3rd ed. London : Butterworths, 2000.
- Lucas, A., et H.-J. Lucas. *Traité de la propriété littéraire & artistique*. Paris : Litec, 1994.
- McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Moyse, Pierre-Emmanuel. « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole? » (1998), 43 *R.D. McGill* 507.
- Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 2000, « reproduire ».
- Pollaud-Dulian, Frédéric. *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989.
- Richard, Hugues G., and L. Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 4).
- Stewart, Stephen M. *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1989.
- Strowel, Alain. *Droit d'auteur et copyright : Divergences et convergences : Étude de droit comparé*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- Tamaro, Normand. *Le droit d'auteur : Fondements et principes*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1994.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 9 C.P.R. (4th) 259, J.E. 2000-531, [2000] Q.J. No. 412 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, J.E. 99-1991, [1999] Q.J. No. 4472 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting.

Marzia Frascadore, for the appellants Galerie d'Art Yves Laroche inc. and Éditions Multi-Graph ltée.

Vincent Chiara, for the appellants Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Galerie d'Art Laroche, Denis inc. and Serge Rosa.

Louis Linteau, for the respondent.

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

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 9 C.P.R. (4th) 259, J.E. 2000-531, [2000] J.Q. n° 412 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 99-1991, [1999] J.Q. n° 4472 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents.

Marzia Frascadore, pour les appelantes Galerie d'Art Yves Laroche inc. et Éditions Multi-Graph ltée.

Vincent Chiara, pour les appellants Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Galerie d'Art Laroche, Denis inc. et Serge Rosa.

Louis Linteau, pour l'intimé.

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

¹ BINNIE J. — We are required in this appeal to determine the extent to which an artist, utilizing the statutory rights and remedies provided by the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, can control the eventual use or display of an authorized reproduction of his or her work in the hands of a third party purchaser.

² Claude Théberge, a well-established Canadian painter with an international reputation, seeks to stop the appellants, who amongst other things produce poster art, from transferring authorized reproductions of his artistic works from a paper substrate (or support) to a canvas substrate for purposes of resale. In my opinion, for the reasons which follow, the appellants did not thereby “copy” the respondent’s artistic works. They purchased lawfully reproduced posters of his paintings and used a chemical process that allowed them to lift the ink layer from the paper (leaving it blank) and to display it on canvas. They were within their rights to do so as owners of the physical posters (which lawfully incorporated the copyrighted expression). At the end of the day,

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous devons déterminer dans quelle mesure un artiste peut, en exerçant les droits et recours prévus par la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), contrôler l’utilisation ou la présentation futures d’une reproduction autorisée de son œuvre par un tiers acheteur.

Claude Théberge, peintre canadien de renommée internationale, veut empêcher les appelants, qui produisent notamment des affiches, de transférer sur une toile, à des fins de revente, des reproductions papier autorisées de ses œuvres artistiques. Pour les raisons exposées ci-après, j’estime que les appelants n’ont pas ainsi « reproduit » les œuvres artistiques de l’intimé. Ils ont acheté des affiches de ses peintures reproduites légalement et ont utilisé un processus chimique pour détacher la couche d’encre du papier (laissant celui-ci blanc) et l’apposer sur une toile. En leur qualité de propriétaires des affiches (qui incorporaient légalement l’expression protégée par le droit d’auteur), ils avaient le droit d’agir ainsi. En bout de ligne,

no new reproductions of the respondent's works were brought into existence. Nor, in my view, was there production (or reproduction) of a new artistic work "in any material form" within the meaning of s. 3(1) of the *Copyright Act*. What began as a poster, authorized by the respondent, remained a poster.

Nevertheless, on August 19, 1999, the respondent arranged to have the bailiff seize canvas-backed reproductions from the appellants without ever satisfying a judge that the appellants had violated the *Copyright Act*. Although seizure before judgment is designed purely as a conservation measure divorced from the merits of the case, the appellants claim that the seizure of their inventory caused them a significant loss, both in sales and reputation. The respondent has not proceeded with his action on the merits since the date of the seizure two and a half years ago.

I find myself in respectful disagreement with the conclusion of my colleague Gonthier J. In my view, the seizure was not authorized by the *Copyright Act*. The pre-judgment seizure provisions of art. 734 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, were thus not an available remedy. The seizure was therefore wrongful. I would allow the appeal.

I. The Nature of Copyright

Copyright in this country is a creature of statute and the rights and remedies it provides are exhaustive: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477.

This is not to say that Canadian copyright law lives in splendid isolation from the rest of the world. Canada has adhered to the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886) and subsequent revisions and additions, and other international treaties on the subject including the *Universal Copyright Convention* (1952), Can. T.S. 1962 No. 13. In light of the globalization of the so-called "cultural industries", it is desirable, within the limits permitted by our own legislation,

aucune nouvelle reproduction des œuvres de l'intimé n'a été créée. J'estime qu'il n'y a pas eu non plus de production (ou de reproduction) d'une nouvelle œuvre artistique « sous une forme matérielle quelconque » au sens du par. 3(1) de la Loi. Ce qui était initialement une affiche autorisée par l'intimé demeure toujours une affiche.

Néanmoins, le 19 août 1999, l'intimé a fait saisir par un huissier les reproductions sur toile en possession des appelants sans même convaincre un juge que ceux-ci avaient contrevenu à la Loi. Les appelants prétendent que, même si la saisie avant jugement est une mesure à vocation purement conservatoire totalement indépendante du bien-fondé de l'instance, la saisie de leur stock a eu des conséquences préjudiciables importantes sur leurs ventes et sur leur réputation. L'intimé n'a pris aucune mesure dans son action sur le fond depuis la date de la saisie, il y a deux ans et demi.

Malgré le respect que je lui porte, je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue le juge Gonthier. Selon moi, la Loi n'autorisait pas la saisie. Les dispositions de l'art. 734 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, qui prévoient la saisie avant jugement ne pouvaient donc pas être invoquées. La saisie a donc été pratiquée à tort et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. La nature du droit d'auteur

Dans notre pays, le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que celle-ci prévoit sont exhaustifs : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477.

Cela ne signifie pas que le droit canadien est totalement isolé du droit applicable dans le reste du monde en matière de droit d'auteur. Le Canada a adhéré à la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886) ainsi qu'à ses révisions et ajouts subséquents. Il a également adhéré à d'autres traités internationaux sur le sujet, dont la *Convention universelle sur le droit d'auteur* (1952), R.T. Can. 1962 n° 13. À la lumière de la mondialisation des « industries

3

4

5

6

to harmonize our interpretation of copyright protection with other like-minded jurisdictions. That being said, there are some continuing conceptual differences between the *droit d'auteur* of the continental *civiliste* tradition and the English copyright tradition, and these differences seem to lie at the root of the misunderstanding which gave rise to the present appeal.

culturelles », il est souhaitable, dans les limites permises par nos propres lois, d'harmoniser notre interprétation de la protection du droit d'auteur avec celle adoptée par d'autres ressorts guidés par une philosophie analogue à celle du Canada. Cela dit, il subsiste certaines différences conceptuelles entre le droit d'auteur de la tradition civiliste continentale et le *copyright* de la tradition anglaise. Ce sont ces différences qui semblent à l'origine du malentendu qui a donné naissance au présent pourvoi.

7 I acknowledge, at the outset, that there is a significant difference in appearance between a paper-backed poster and a canvas-backed poster. The question is whether for present purposes creating this difference by mechanical transfer from one substrate or backing to another violates the Act. The respondent must find authority for the seizure in the *Code of Civil Procedure* read in light of the *Copyright Act*. If he cannot find authority in the legislation, then it does not exist and the seizure was wrongful.

Je reconnais d'emblée que l'apparence d'une affiche papier est très différente de celle d'une affiche sur toile. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si créer cette différence en transférant mécaniquement l'affiche d'un support à un autre emporte violation de la Loi. C'est dans le *Code de procédure civile*, interprété à la lumière de la Loi, que l'intimé doit puiser son pouvoir de saisie. Si la législation ne l'habilite pas à pratiquer une saisie, alors il ne possède pas ce pouvoir et la saisie a été pratiquée à tort.

II. The Respondent's Copyright

II. Le droit d'auteur de l'intimé

8 The respondent easily meets the first hurdle, which is to satisfy the statutory requirements for a copyright. There is no doubt that his talent is embodied in artistic works of great originality. These works were protected by copyright from the moment of their expression, without any requirement of registration or other formality on his part. The protection extends not only to the original painting ("artistic work") but also to subsequent copies which embody the work. The respondent is thus entitled to the full measure of protection the Act allows. The question, however, is whether he went too far in obtaining a seizure before judgment of works which he, necessarily viewing the matter in his own interest, found to be infringing.

L'intimé franchit aisément le premier obstacle, car il répond aux exigences auxquelles la loi assujettit l'existence d'un droit d'auteur. Il ne fait aucun doute que son talent se manifeste dans des œuvres artistiques d'une grande originalité. Ces œuvres ont été protégées par le droit d'auteur dès leur expression, sans que l'intimé soit tenu de les enregistrer ni d'accomplir une autre formalité. Cette protection s'étend non seulement à la peinture originale (« l'œuvre artistique »), mais aussi aux reproductions ultérieures qui l'incorporent. L'intimé a donc droit à toute la protection accordée par la Loi. Il faut toutefois déterminer si l'intimé est allé trop loin en obtenant une saisie avant jugement des œuvres qui, selon une appréciation nécessairement guidée par son propre intérêt, violaient son droit d'auteur.

9 In my view, with respect, my colleague Gonthier J. gives too little scope to the property rights of the purchaser who owns the poster, i.e., the physical object incorporating the copyrighted expression, and excessive rights to the artist who

À mon humble avis, mon collègue le juge Gonthier attribue une portée trop étroite aux droits de l'acheteur en sa qualité de propriétaire de l'affiche, c.-à-d. de l'objet incorporant l'expression protégée par le droit d'auteur, et il accorde trop de droits

authorized the printing and sale of the poster purchased.

More specifically, I think that if modification of these posters were to give rise to any legitimate objection on the part of the artist, it must be as a result of violation of his “moral” right to the integrity of his work. In that regard, however, my colleague Gonthier J. and I are in agreement that seizure before trial is not a remedy available in an action based on the alleged breach of the artist’s “moral” right in a work.

III. The Content of the Respondent’s Rights Under the Copyright Act

The Act provides the respondent with both economic and “moral” rights to his work. The distinction between the two types of rights and their respective statutory remedies is crucial.

Generally speaking, Canadian copyright law has traditionally been more concerned with economic than moral rights. Our original Act, which came into force in 1924, substantially tracked the English *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. The principal economic benefit to the artist or author was (and is) the “sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever” (s. 3(1)) for his or her life plus fifty years (s. 6). The economic rights are based on a conception of artistic and literary works essentially as articles of commerce. (Indeed, the initial *Copyright Act, 1709* (U.K.), 8 Ann., c. 21, was passed to assuage the concerns of printers, not authors.) Consistently with this view, such rights can be bought and sold either wholly or partially, and either generally or subject to territorial limitations, and either for the whole term of the copyright or for any part thereof (s. 13(4)). The owner of the copyright, thus, can be, but need not be, the author of the work. It was the respondent’s economic rights in enumerated works that were the subject-matter of an assignment to two poster manufacturers, Éditions Galerie L’Imagerie É.G.I. Ltée (“É.G.I.”) by contract dated October

à l’artiste qui a autorisé l’impression et la vente de l’affiche achetée.

J’estime plus particulièrement que, si la modification de ces affiches pouvait donner lieu à une opposition légitime de la part de l’artiste, c’est sur l’atteinte au droit « moral » de l’auteur à l’intégrité de son œuvre qu’elle devrait s’appuyer. Sur ce point, cependant, mon collègue le juge Gonthier et moi sommes d’accord pour dire qu’on ne peut pas recourir à la saisie avant jugement dans le cadre d’une action fondée sur une atteinte au droit « moral » de l’artiste sur une œuvre.

III. La teneur des droits conférés à l’intimé par la Loi sur le droit d’auteur

La Loi confère à l’intimé à la fois des droits économiques et des droits « moraux » sur son œuvre. La distinction entre ces deux catégories de droits et entre les recours que la loi prévoit respectivement à leur égard revêt une importance capitale.

De façon générale, le droit canadien en matière de droit d’auteur s’intéresse traditionnellement davantage aux droits économiques qu’aux droits moraux. Notre loi originale, entrée en vigueur en 1924, reprenait essentiellement la loi anglaise, la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46. Le principal avantage économique conféré à l’artiste ou à l’auteur était (et est toujours) le « droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque » (par. 3(1)) pendant sa vie et une période de cinquante ans après sa mort (art. 6). Les droits économiques sont fondés sur une conception des œuvres artistiques et littéraires qui les considère essentiellement comme des objets de commerce. (D’ailleurs, on a adopté la première loi sur le droit d’auteur, la *Copyright Act, 1709* (R.-U.), 8 Ann., ch. 21, pour apaiser les craintes des imprimeurs, et non celles des auteurs.) Conformément à cette philosophie, ces droits peuvent être achetés et vendus en totalité ou en partie, d’une façon générale ou avec des restrictions territoriales, pour la durée complète ou partielle de la protection (par. 13(4)). Le titulaire du droit d’auteur peut donc être l’auteur de l’œuvre, mais ce n’est pas nécessairement le cas. Ce sont ses

10

11

12

29, 1996, and New York Graphic Society, Ltd. by contract dated February 3, 1997.

droits économiques sur les œuvres énumérées que l'intimé a cédé à deux fabricants d'affiches, soit Éditions Galerie L'Imagerie É.G.I. Ltée (« É.G.I. ») (par contrat daté du 29 octobre 1996) et la New York Graphic Society, Ltd. (par contrat daté du 3 février 1997).

13 We are told that all of the reproductions at issue here were printed by É.G.I., art. 19 of whose contract with the respondent provided that:

On nous a dit que toutes les reproductions en cause avaient été imprimées par É.G.I., dont le contrat avec l'intimé prévoit, à la clause 19 :

[TRANSLATION] 19- Free use of the product.

19- Libre utilisation du produit.

The product is offered for sale without restriction as to use, i.e. it may be framed, laminated or combined with other products and such uses shall not be considered to have generated products or sub-products other than those provided for in this contract.

Le produit est mis en vente sans restriction d'utilisation, i.e. qu'il peut être encadré, laminé ou regroupé avec d'autres produits sans que ces utilisations ne soient considérées comme ayant généré des produits ou sous-produits autres que ceux prévus à ce contrat.

14 The appellants were not party to this contract, but I agree with my colleague Gonthier J. that its terms may nevertheless be relevant in determining to what extent the respondent assigned away his economic rights under the *Copyright Act*, and to what extent he still holds them. É.G.I., it is noted, is not a party to this proceeding. The only *economic* rights the respondent can assert under the Act are those rights that he has retained. Accepting, as I do, my colleague's interpretation of the É.G.I. contract to the effect that the respondent (rather than É.G.I.) retained the right to bring this action, the respondent must still establish a breach by the appellants of s. 3(1) of the Act.

Les appelants n'étaient pas parties à ce contrat, mais je conviens avec mon collègue le juge Gonthier que ses modalités peuvent néanmoins être pertinentes pour déterminer dans quelle mesure l'intimé a cédé les droits économiques que lui confère la Loi et dans quelle mesure il en est encore titulaire. Il faut souligner qu'É.G.I. n'est pas partie à la présente instance. Les seuls droits *économiques* que l'intimé peut faire valoir en vertu de la Loi sont ceux qu'il a conservés. Même si l'on retient, comme je la retiens, l'interprétation que mon collègue donne au contrat avec É.G.I. selon laquelle l'intimé (plutôt qu'É.G.I.) a conservé le droit d'intenter la présente action, l'intimé doit encore établir que les appelants ont contrevenu au par. 3(1) de la Loi.

15 Moral rights, by contrast, descend from the civil law tradition. They adopt a more elevated and less dollars and cents view of the relationship between an artist and his or her work. They treat the artist's *œuvre* as an extension of his or her personality, possessing a dignity which is deserving of protection. They focus on the artist's right (which by s. 14.1(2) is not assignable, though it may be waived) to protect throughout the duration of the economic rights (even where these have been assigned elsewhere) both the integrity of the work and his or her authorship of it (or anonymity, as the author wishes).

Par opposition, les droits moraux sont issus de la tradition civiliste. Ils consacrent une conception plus noble et moins mercantile du lien entre un artiste et son œuvre. Ils traitent l'œuvre de l'artiste comme un prolongement de sa personnalité et lui attribuent une dignité qui mérite d'être protégée. Ils mettent l'accent sur le droit de l'artiste (que celui-ci ne peut céder, mais auquel il peut renoncer en vertu du par. 14.1(2)) de protéger pendant la durée des droits économiques (même lorsque ceux-ci ont été cédés à un tiers) l'intégrité de l'œuvre et sa paternité (ou l'anonymat de l'artiste si c'est ce qu'il désire).

16 The *civiliste* tradition surfaced at an early date in this Court in *Morang and Co. v. LeSueur* (1911),

La tradition civiliste a surgi très tôt dans la jurisprudence de notre Cour. En effet, dans l'arrêt

45 S.C.R. 95, where Fitzpatrick C.J. approached the interpretation of a contract between a publisher and the author of an unpublished work on William Lyon Mackenzie with the civil law notions of “*droit moral*” in mind, at pp. 97-98:

I cannot agree that the sale of the manuscript of a book is subject to the same rules as the sale of any other article of commerce, *e.g.*, paper, grain or lumber. The vendor of such things loses all dominion over them when once the contract is executed and the purchaser may deal with the thing which he has purchased as he chooses. It is his to keep, to alienate or to destroy. But . . . [a]fter the author has parted with his pecuniary interest in the manuscript, he retains a species of personal or moral right in the product of his brain.

The important feature of moral rights in the present statute is that the integrity of the work is infringed only if the work is modified *to the prejudice of the honour or reputation of the author* (s. 28.2(1)). Given the importance of this condition in construing the scheme of the Act as a whole, I set out the relevant provisions:

28.2 (1) The author's right to the integrity of a work is infringed only if the work is, to the prejudice of the honour or reputation of the author,

(a) distorted, mutilated or otherwise modified; or

(b) used in association with a product, service, cause or institution.

(2) In the case of a painting, sculpture or engraving, the prejudice referred to in subsection (1) shall be deemed to have occurred as a result of any distortion, mutilation or other modification of the work.

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work.

Morang and Co. c. LeSueur (1911), 45 R.C.S. 95, le juge en chef Fitzpatrick a interprété un contrat conclu entre une maison d'édition et l'auteur d'un ouvrage non publié sur William Lyon Mackenzie en gardant à l'esprit les notions civilistes de « droit moral », aux p. 97-98 :

[TRADUCTION] Je ne puis convenir que la vente du manuscrit d'un livre soit assujettie aux mêmes règles que la vente de tout autre objet de commerce, comme du papier, des céréales ou du bois d'œuvre. Le vendeur de ces objets perd tout droit de propriété à leur égard une fois le contrat signé et l'acheteur peut faire ce qu'il veut des objets qu'il a achetés. Il est libre de les garder, de les aliéner ou de les détruire. Mais [. . .] après s'être départi de son intérêt pécuniaire dans le manuscrit, l'auteur conserve une sorte de droit personnel ou moral à l'égard du produit de son esprit.

Selon la loi actuelle, une caractéristique importante des droits moraux tient au fait qu'il n'y a violation de l'intégrité de l'œuvre que si celle-ci est modifiée *d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur* (par. 28.2(1)). Compte tenu de l'importance de cette condition dans l'interprétation de l'ensemble du régime législatif, je cite ci-dessous les dispositions pertinentes :

28.2 (1) Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) Toute déformation, mutilation ou autre modification d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure est réputée préjudiciable au sens du paragraphe (1).

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi.

28.2 (1) Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) Toute déformation, mutilation ou autre modification d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure est réputée préjudiciable au sens du paragraphe (1).

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi. [Emphasis added.]

Thus, in *Snow v. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.), a sculptor successfully objected to the Eaton Centre festooning with Christmas ribbons his creation of a flight of 60 Canada geese that are forever poised to land inside the south entrance of a downtown shopping mall in Toronto. The artist's counsel said, at p. 106, that his client:

... [was] adamant in his belief that his naturalistic composition has been made to look ridiculous by the addition of ribbons and suggests [that] it is not unlike dangling earrings from the Venus de Milo.

18 Thus, even though the flying geese had been sold and paid for, the artist was able to reach across the ownership divide to take action against a successor owner not for infringing his *economic* rights but for violating his *moral* rights, i.e., for perpetrating what both he and the judge regarded as an attack on the artistic integrity of the descending flock.

19 The evidence here suggests that, at least in some instances, the respondent's name was deleted and

28.2 (1) The author's right to the integrity of a work is infringed only if the work is, to the prejudice of the honour or reputation of the author,

(a) distorted, mutilated or otherwise modified; or

(b) used in association with a product, service, cause or institution.

(2) In the case of a painting, sculpture or engraving, the prejudice referred to in subsection (1) shall be deemed to have occurred as a result of any distortion, mutilation or other modification of the work.

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work. [Je souligne.]

Par conséquent, dans l'affaire *Snow c. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (H.C. Ont.), un sculpteur s'est opposé avec succès à ce que le Eaton Centre décore avec des guirlandes de Noël sa création consistant en un vol de 60 bernaches du Canada s'appêtant à jamais à se poser dans l'entrée sud d'un centre commercial du centre-ville de Toronto. L'avocat de l'artiste a dit, à la p. 106, que son client :

[TRADUCTION] ... était fermement convaincu qu'on avait rendu sa création naturaliste ridicule en y ajoutant des rubans et a indiqué que c'était comme si on accrochait des boucles d'oreille à la Vénus de Milo.

Par conséquent, même si les bernaches en vol avaient été vendues et payées, l'artiste a pu franchir la barrière du droit de propriété et tenter une action contre un propriétaire ultérieur, non pas parce que celui-ci avait porté atteinte à ses droits *économiques*, mais bien parce qu'il avait violé ses droits *moraux*, c.-à-d. parce qu'il s'était livré à ce que l'artiste et le juge considéraient comme une atteinte à l'intégrité artistique du vol de bernaches s'appêtant à se poser.

La preuve en l'espèce laisse croire qu'au moins dans certains cas, le nom de l'intimé a été enlevé

was no longer on the posters when they were offered for resale. The respondent could have asserted a moral right to be publicly identified with his artistic work in this respect.

IV. The Respondent's Complaint

The respondent made it clear in his evidence that his real complaint is more properly characterized as the alleged infringement of his "moral" rights and its potential impact on the market for his works.

[TRANSLATION]

Q. Is it not true, Mr. Théberge, that your position is that the canvas-backed reproductions that are now being made of your works are unlawful because you do not authorize them and especially because you are not paid a royalty for each reproduction that is made?

A. I would never want a penny for those works. Do you know why? Shall I tell you why?

Q. Tell me why.

A. Because, first and foremost, it is once again a dilution of my work; it is an abusive commercialization of my work, without authorization; it is a manipulation of the work because, in many cases, my signature does not appear on the reproduction; it is an anonymization, if I can use that word without being scholarly. There is no Théberge on my work, it is not signed. Turn it around and there is nothing on the back. Where does it come from, who sells it? Not a word. These things are all over the place. And, furthermore, the final argument, Mr. Charia, is that clients and friends of mine call me, they won't accept it anymore and they are asking me whether I am a party to the distribution of these things.

Q. So, is it

A. Being a party to the distribution of these things means that they assume that I hatched a plot in which I am a participant. I'm getting money, royalties or . . . that I make money off of it -- "otherwise, it's just not possible. How can you allow such a thing, Mr. Théberge?" So there are clients who have originals, who have paid eight thousand dollars (\$8,000), nine thousand dollars (\$9,000) that they find reproduced

et qu'il ne figurait plus sur les affiches lorsque celles-ci ont été offertes en revente. L'intimé aurait pu faire valoir à cet égard le droit moral d'être reconnu publiquement comme l'auteur de son œuvre artistique.

IV. La plainte de l'intimé

Dans son témoignage, l'intimé a clairement indiqué qu'il serait plus juste de considérer sa véritable plainte comme visant l'atteinte présumée à ses droits « moraux » et l'effet potentiel de cette atteinte sur le marché de ses œuvres.

Q. N'est-il pas exact, Monsieur Théberge, que telle est votre position que les entoillements qui se font actuellement de vos œuvres sont illégaux parce que vous ne les autorisez pas et surtout que vous n'êtes pas payé une royauté pour chaque entoillement qui se fait?

R. Je ne voudrais jamais un sou de ces œuvres-là. Savez-vous pourquoi? Voulez-vous que je vous le dise?

Q. Dites-moi-le.

R. Parce que d'abord c'est une dilution de mon œuvre, encore une fois; c'est une commercialisation abusive de mon travail, sans autorisation; c'est une manipulation de l'œuvre puisque, dans bien des cas, la signature n'y est pas; c'est une anonymisation, si je peux employer ce mot-là sans être un académicien. Dans mon œuvre il n'y a pas de Théberge, pas signé : tourne le truc, rien à l'arrière, d'où ça vient, qui vend ça? Pas un mot. Il y en a partout de ça. Et en plus, le dernier argument, Maître Chiara, c'est que mes clients et des amis me téléphonent, ils n'acceptent plus ça et me demandent si je ne suis pas complice de cette diffusion-là.

Q. Donc, est-ce que c'est . . .

R. Être complice de cette diffusion-là, ça veut dire qu'ils présumant que j'ai ourdi un complot dans lequel je suis participant; je reçois des sous, des royautés ou des . . . que je fais de l'argent avec ça aussi -- « sans ça, c'est pas possible, comment pouvez-vous permettre une chose pareille, Monsieur Théberge? » Donc, il y a des clients qui ont des originaux, qu'ils ont payés huit mille dollars (8 000 \$),

on canvas all over, in slightly smaller or medium sizes, or depending on the size, and for forty dollars (\$40), sixty dollars (\$60), eighty dollars (\$80) or one hundred and twenty dollars (\$120). . . . Me, Claude Théberge, the artist, I have nothing whatsoever to do with it, and want to put a stop to it. It's just unreal. And especially, if I accepted money for that manoeuvre, I wouldn't dare look myself in the mirror, Sir.

Q. So, this morning, it is your testimony, Mr. Théberge, that it is not a question of money

A. Absolutely not.

21

Apart from the complaint of non-attribution (which is a moral rights issue), it seems the respondent as an artist simply wishes to stop the appellants from catering to the market for canvas-backed reproductions that apparently exists. To do so, however, he must as a litigant demonstrate a statutory right that overrides what the owners of the authorized poster could otherwise do with their tangible property.

22

Moral rights act as a continuing restraint on what purchasers such as the appellants can do with a work once it passes from the author, but respect must be given to the limitations that are an essential part of the moral rights created by Parliament. Economic rights should not be read so broadly that they cover the same ground as the moral rights, making inoperative the limits Parliament has imposed on moral rights.

23

To the extent the respondent is suggesting that observers cannot tell the difference between the original painting and a poster reproduction on a canvas substrate, I think he perhaps does them all a disservice. In any event, he has enabled the appellants to do what they are doing by authorizing the creation of up to 10,000 paper-backed posters, some of which they have duly purchased on the open market.

neuf mille dollars (9 000 \$) qu'on retrouve entoilés un peu partout dans des formats un peu plus petits ou moyens ou dépendant de la grandeur, et puis quarante dollars (40 \$), soixante dollars (60 \$), quatre-vingt dollars (80 \$), cent vingt dollars (120 \$). [. . .] Moi, l'artiste Claude Théberge, je n'ai rien à voir avec ça puis je veux interdire ça, ça n'a pas de sens. Puis surtout que si je prenais de l'argent de cette manoeuvre-là, je n'oserais pas me regarder dans la glace, Monsieur.

Q. Donc, c'est votre témoignage ce matin, Monsieur Théberge, que ce n'est pas une question d'argent . . .

R. Certainement pas.

Hormis la revendication de la création de l'œuvre (qui touche les droits moraux), il semble que l'intimé, en sa qualité d'artiste, souhaite simplement empêcher les appelants d'approvisionner le marché des reproductions sur toile qui existe apparemment. Toutefois, pour y parvenir, il doit, en sa qualité de partie à l'instance, démontrer que la loi lui confère un droit qui l'emporte sur ce que les propriétaires des affiches autorisées pourraient autrement faire de leurs biens matériels.

Les droits moraux restreignent de façon permanente l'utilisation que les acheteurs (comme les appelants) peuvent faire d'une œuvre une fois que son auteur s'en est départi. Il faut néanmoins tenir compte des limites qui constituent une partie essentielle des droits moraux créés par le législateur. Il ne faut pas interpréter les droits économiques en leur attribuant une portée tellement large qu'ils engloberaient les mêmes éléments que les droits moraux, ce qui rendrait inapplicables les limites aux droits moraux imposées par le législateur.

J'estime que, dans la mesure où l'intimé laisse entendre que les observateurs ne peuvent pas faire la différence entre une peinture originale et sa reproduction sous forme d'affiche sur toile, il leur nuit peut-être à toutes deux. Quoi qu'il en soit, il a permis aux appelants de faire ce qu'ils font en autorisant la création d'un maximum de 10 000 affiches papier, dont certaines ont été dûment achetées par les appelants sur le marché libre.

V. Expansion of the Economic Right

My colleague, Gonthier J., proposes that we should treat the movement of the same physical layer of inks around different substrates as a violation of the respondent's s. 3(1) right "to produce or reproduce the work . . . in any material form whatever". More specifically, he identifies "fixation" as an act of reproduction, and therefore fixation of the ink layer to a new substrate as an infringement of copyright, at para. 147:

Fixation of the work in a new medium is therefore the fundamental element of the act of "reproduc(ing) . . . in any material form whatever". . . . Reproducing a work therefore consists mainly of the subsequent non-original material fixation of a first original material fixation. [Emphasis in original.]

"*Fixation*" has a relatively well settled but rather different connotation in copyright law. It distinguishes works capable of being copyrighted from general ideas that are the common intellectual "property" of everyone:

Thus a copyright springs into existence as soon as the work is written down or otherwise recorded in some reasonably permanent form ("fixed").

(H. Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd ed. 2000), vol. 1, at para. 1.2)

My colleague proposes that the idea of "fixation" be carried forward into the physical composition of the work embodying the copyrighted expression, so that substitution of one backing for another constitutes a new "reproduction" that infringes the copyright holder's rights even if the result is not prejudicial to his reputation.

On this view, it does not matter that the appellants were multiple offenders at "ink transfers" or that they were commercial entities participating in the resale market. The copyright infringement occurred at the moment of "reproduction" in each

V. L'expansion du droit économique

Mon collègue le juge Gonthier affirme que nous devons considérer le transfert de la même couche d'encre sur différents supports comme une atteinte au droit conféré à l'intimé par le par. 3(1) « de produire ou reproduire [. . .] l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». Il qualifie plus particulièrement la fixation de reproduction et, par voie de conséquence, la fixation de la couche d'encre sur un nouveau support d'atteinte au droit d'auteur (au par. 147) :

La fixation à un nouveau support matériel constitue donc l'élément fondamental de l'acte de « reproduire (. . .) sous une forme matérielle quelconque ». [. . .] Reproduire une œuvre consiste donc essentiellement en la fixation matérielle ultérieure et non originale d'une première fixation matérielle originale. [Souligné dans l'original.]

La « fixation » a un sens relativement bien établi plutôt différent en matière de droit d'auteur. Cette notion sert à distinguer les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur des idées générales qui sont la « propriété » intellectuelle de tous :

[TRADUCTION] Un droit d'auteur prend donc naissance dès que l'œuvre est écrite ou autrement attestée sous une forme raisonnablement permanente (« fixée »).

(H. Laddie et autres, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3^e éd. 2000), vol. 1, par. 1.2)

Mon collègue propose que la notion de « fixation » soit intégrée à la composition matérielle de l'œuvre qui incorpore l'expression protégée par le droit d'auteur, de manière à ce que la substitution d'un support à un autre constitue une nouvelle « reproduction » qui porte atteinte aux droits du titulaire du droit d'auteur même si le résultat n'est pas préjudiciable à sa réputation.

Dans cette optique, le fait que les appelants n'en étaient pas à leur premier « transfert d'encre » ou qu'il s'agissait d'entités commerciales engagées dans le marché de la revente n'a aucune importance. L'atteinte au droit d'auteur survient au

24

25

26

27

instance, and would have been similarly objectionable, according to my colleague's approach, if done to a single copy by the individual appellant to hang in his own living-room.

moment de la « reproduction » et, dans la logique du raisonnement de mon collègue, elle aurait été aussi répréhensible si elle avait été commise par l'appelant qui est un particulier, relativement à un seul exemplaire qu'il aurait voulu suspendre dans son salon.

28 In my view, with respect, this expansive reading of the s. 3(1) economic rights tilts the balance too far in favour of the copyright holder and insufficiently recognizes the proprietary rights of the appellants in the physical posters which they purchased. Adoption of this expanded interpretation would introduce the *civiliste* conception of "*droit de destination*" into our law without any basis in the *Copyright Act* itself, and blur the distinction between economic and moral rights imposed by Parliament.

À mon humble avis, cette interprétation large des droits économiques décrits au par. 3(1) fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appelants sur les affiches qu'ils ont achetées. En retenant cette interprétation élargie, on introduirait la notion civiliste de « droit de destination » sans que la Loi ne le permette, et on estomperait la distinction entre les droits économiques et les droits moraux que le législateur a pourtant imposée.

29 I will address these issues in the following order:

J'examinerai ces questions dans l'ordre suivant :

(i) the present balance between the economic interest of the copyright holder and the proprietary interest of the purchasing public would be significantly altered to the public's detriment;

(i) l'équilibre actuel entre l'intérêt économique du titulaire du droit d'auteur et le droit de propriété du public acheteur serait modifié de façon importante au détriment du public;

(ii) the proposed test would depart from the general principle that breach of copyright requires copying;

(ii) le critère proposé dérogerait au principe général selon lequel il ne saurait y avoir violation du droit d'auteur sans reproduction;

(iii) there was no reproduction "in substantial part";

(iii) il n'y a pas eu reproduction d'une « partie importante de l'œuvre »;

(iv) the Quebec Court of Appeal test of "unanticipated market" similarly exceeds statutory copyright limits;

(iv) le critère du « marché imprévu » appliqué par la Cour d'appel du Québec outrepasserait également les limites au droit d'auteur fixées par la loi;

(v) the proposed test would undermine the distinction between moral rights and economic rights contrary to legislative intent;

(v) le critère proposé estomperait la distinction entre les droits moraux et les droits économiques, contrairement à l'intention du législateur;

(vi) a "*droit de destination*" would be introduced into our law without any basis in the *Copyright Act*;

(vi) un « droit de destination » serait introduit dans notre droit sans que la *Loi sur le droit d'auteur* ne le permette;

(vii) the proposed test would conflict with precedent from other comparable jurisdictions;

(vii) le critère proposé serait contraire à la jurisprudence émanant d'autres ressorts comparables;

(viii) The U.S. concept of a “recast, transformed, or adapted” derivative work would be introduced into our law without any legislative basis.

A. *The Present Balance Between the Economic Interest of the Copyright Holder and the Proprietary Interest of the Purchasing Public Would be Significantly Altered to the Public's Detriment*

The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated). The elements of this balance are discussed in more detail by J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (3rd ed. 2000), at p. 3. See also D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), at p. 22. This is not new. As early as 1769 it was said by an English judge:

It is wise in any state, to encourage letters, and the painful researches of learned men. The easiest and most equal way of doing it, is, by securing to them the property of their own works. . . .

He who engages in a laborious work, (such, for instance, as Johnson's Dictionary,) which may employ his whole life, will do it with more spirit, if, besides his own glory, he thinks it may be a provision for his family.

(*Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, per Willes J., at p. 218)

The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them. Once an authorized copy of a work is sold to a member of the public, it is generally for the

(viii) le concept américain d'œuvre dérivée « refaçonnée, transformée ou adaptée » serait introduit dans notre droit sans aucun fondement législatif.

A. *L'équilibre actuel entre l'intérêt économique du titulaire du droit d'auteur et le droit de propriété du public acheteur serait modifié de façon importante au détriment du public*

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés). J. S. McKeown analyse les éléments de cet équilibre de façon plus approfondie dans *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (3^e éd. 2000), p. 3. Voir également D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), p. 22. Cela n'est pas nouveau. Dès 1769, un juge anglais a dit :

[TRADUCTION] Il est sage de toute manière d'encourager les lettres et les recherches ardues des gens instruits. La façon la plus facile et égalitaire de le faire consiste à leur garantir la propriété de leurs propres œuvres . . .

Celui qui entreprend une œuvre de grande envergure (comme le Johnson's Dictionary, par exemple), à laquelle il pourrait consacrer sa vie, le fera avec plus d'ardeur s'il pense que cette œuvre, en plus de lui procurer la gloire, peut lui rapporter de quoi faire vivre sa famille.

(*Millar c. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, le juge Willes, p. 218)

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie

purchaser, not the author, to determine what happens to it.

32 Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the long-term interests of society as a whole, or create practical obstacles to proper utilization. This is reflected in the exceptions to copyright infringement enumerated in ss. 29 to 32.2, which seek to protect the public domain in traditional ways such as fair dealing for the purpose of criticism or review and to add new protections to reflect new technology, such as limited computer program reproduction and “ephemeral recordings” in connection with live performances.

33 This case demonstrates the basic economic conflict between the holder of the intellectual property in a work and the owner of the tangible property that embodies the copyrighted expressions.

34 To illustrate the level of intrusiveness that would result from my colleague’s interpretation, it is useful to describe in greater detail the process applied by the appellants.

35 The appellants purchased on the open market a quantity of posters of the respondent’s artistic works. They subjected these posters to a technique which involved spreading a special resin or laminating liquid across the face of a poster. The resin is designed to bond with the surface inks. After the applied coating is dried (or cured), the coated poster is submerged in a bath of solvent which loosens the paper substrate but leaves intact the fixed ink/resin layer, thus allowing the latter to be peeled off the former. The rear of the ink/resin layer is then coated with a suitable adhesive resin and transferred to a canvas substrate, which is then smoothed and finished.

autorisée d’une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l’acheteur, et non à l’auteur, de décider du sort de celle-ci.

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d’auteur et d’autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d’intégrer et d’embellir l’innovation créative dans l’intérêt à long terme de l’ensemble de la société, ou créer des obstacles d’ordre pratique à son utilisation légitime. Ce risque fait d’ailleurs l’objet d’une attention particulière par l’inclusion, aux art. 29 à 32.2, d’exceptions à la violation du droit d’auteur. Ces exceptions visent à protéger le domaine public par des moyens traditionnels, comme l’utilisation équitable d’une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu, ou à ajouter de nouvelles protections, adaptées aux nouvelles technologies, telles que la reproduction limitée d’un programme d’ordinateur et l’« enregistrement éphémère » de prestations exécutées en direct.

La présente affaire démontre le conflit économique fondamental entre le titulaire du droit d’auteur sur une œuvre et le propriétaire du bien matériel qui incorpore les expressions protégées par le droit d’auteur.

Pour illustrer le niveau d’interventionisme qui résulterait de l’interprétation de mon collègue, il est utile de décrire plus à fond le procédé utilisé par les appellants.

Les appelants ont acheté sur le marché libre un certain nombre d’affiches des œuvres artistiques de l’intimé. Ils ont soumis ces affiches à une technique dont l’une des étapes consiste à appliquer une résine spéciale ou un liquide de laminage sur le recto d’une affiche. La résine est conçue pour adhérer aux encres de surface. Une fois le revêtement séché (ou durci), l’affiche est plongée dans un bassin de solvant qui attendrit le support papier tout en laissant intacte la couche d’encre/de résine, ce qui permet à celle-ci d’être décollée du papier. On applique ensuite une résine adhésive appropriée au dos de la couche d’encre/de résine et on transfère cette couche sur une toile, après quoi on procède au lissage et à la finition.

It is not suggested that “reproduction” occurred when the resin was spread on the poster. This is part of the laminating process envisaged by the É.G.I. contract, and the respondent does not regard it as objectionable.

Did “reproduction” occur when the paper backing had then been framed and suspended in front of a window like a piece of Tiffany glass, I would think the respondent could not complain. A purchaser has the right to cut up a poster into strips or divide it as he or she wishes. Division cannot logically be characterized as reproduction.

My colleague, Gonthier J., takes the position that if the image were transferred from one piece of paper to a different piece of paper with no other “change”, there is a new “fixation” and that would be “reproduction”. But in what way has the legitimate economic interest of the copyright holder been infringed? The process began with a single poster and ended with a single poster. The image “fixed” in ink is the subject-matter of the *intellectual* property and it was not reproduced. It was transferred from one display to another. It is difficult to envisage any intellectual content let alone intellectual property embodied in the piece of blank paper peeled away, or in the piece of blank paper substituted for it. When Raphaël’s *Madonna di Foligno* was lifted for preservation purposes from its original canvas in 1799 under the direction of the chemist Berthollet and fixed to a new canvas, the resulting work was considered to be no less an original Raphaël. Similarly, when the frescoes of Pompeii were restored by replacement of the underlying plaster, the result was not classified as a “reproduction”, even though the old plaster was a constituent physical element of the original frescoes. If a comparable copyright situation arose, I do not think the artist would (or should) have a veto over a purchaser’s attempt to preserve the asset. These examples may be more spectacular than the humble swap of substrates of a paper poster, but the principle is the same and applies equally to authorized copies as well as to the original artistic work. In neither case

On ne prétend pas que la « reproduction » s’est produite lorsque la résine a été appliquée sur l’affiche. Cette mesure fait partie du processus de laminage prévu par le contrat d’É.G.I. et l’intimé ne la considère pas répréhensible.

Y a-t-il eu « reproduction » lorsque le support papier a été décollé ? Je pense que si la couche d’encre qui en a résulté avait été encadrée et suspendue devant une fenêtre comme un morceau de verre Tiffany, l’intimé ne pourrait pas se plaindre. Un acheteur a le droit de découper une affiche en bandelettes ou de la diviser comme bon lui semble. On ne peut pas logiquement qualifier une division de reproduction.

Mon collègue le juge Gonthier est d’avis que, si l’image était transférée d’une feuille de papier à une autre sans autre « modification », il y aurait une nouvelle « fixation » et cela constituerait une « reproduction ». Mais de quelle manière a-t-on porté atteinte à l’intérêt économique légitime du titulaire du droit d’auteur ? Là où on avait une seule affiche au départ, on a toujours une seule affiche. C’est l’image « fixée » dans l’encre qui est l’objet de la propriété *intellectuelle* et elle n’a pas été reproduite. Elle a été transférée d’un support à un autre. Il est difficile de concevoir qu’une feuille de papier vierge décollée ou que la feuille de papier vierge qui l’a remplacée puisse avoir un contenu intellectuel et, à plus forte raison, qu’un droit de propriété intellectuelle puisse s’y rattacher. Lorsque la *Madone de Foligno* de Raphaël a été soulevée de sa toile originale à des fins de préservation en 1799 sous la gouverne du chimiste Berthollet et fixée à une nouvelle toile, l’œuvre qui en a résulté a continué d’être considérée comme rien de moins qu’un Raphaël original. De même, lorsque les fresques de Pompéi ont été restaurées par le remplacement du plâtre sous-jacent, l’œuvre résultante n’a pas été classifiée comme une « reproduction », même si le plâtre original était un élément matériel constituant des fresques originales. Si une situation comparable survenait relativement au droit d’auteur, je ne pense pas que l’artiste pourrait (ni devrait) avoir le droit de s’opposer aux mesures que l’acheteur entend prendre pour préserver le bien en cause. Ces exemples sont peut-être plus spectaculaires que le vulgaire

36

37

38

is there reproduction within the meaning of the Act.

échange de supports d'une affiche papier, mais le principe est le même et s'applique tant aux copies autorisées qu'à l'œuvre artistique originale. Il n'y a, dans aucun cas, reproduction au sens de la Loi.

39

The Quebec Court of Appeal adopted a more restricted view than does my colleague, suggesting that the violation of economic rights lay not simply in "fixation" but in moving the ink film from a paper substrate to a substrate of a more costly material, namely canvas ([2000] Q.J. No. 412 (QL), at paras. 18-23). (This was thought to place the respondent's work for resale in a different market niche, as discussed below.) This too, in my view, goes too far. If the "new" substrate material were made of a smooth sheet of vellum (calf) or papyrus, the result would have the identical appearance to the original paper. How has the copyright holder's interest in the "intellectual" property been harmed by such a change in the material composition of the backing? Does the mischief only emerge in appearances, i.e., if the new piece of paper has a textured finish, or is pebbled to look like canvas? No one would deny the world of difference between the original artistic work and a mechanically produced copy, but we are talking here about moving the same physical layer of inks around different blank substrates.

La Cour d'appel du Québec a adopté un point de vue plus restreint que celui de mon collègue, indiquant que la violation des droits économiques ne tenait pas simplement à la « fixation », mais au transfert de la couche d'encre d'un support papier à un support fait d'un matériau plus coûteux, c.-à-d. la toile ([2000] J.Q. n° 412 (QL), par. 18-23). (Elle estimait que ce transfert situerait l'œuvre de l'intimé dans un créneau différent du marché aux fins de revente, comme je le mentionne plus loin.) À mon avis, cette opinion va elle aussi trop loin. Si le « nouveau » support était fait d'une feuille de vélin (peau de veau) ou de papyrus lisse, le résultat aurait la même apparence que le papier original. Comment une telle modification dans la composition matérielle du support a-t-elle porté atteinte aux droits de propriété « intellectuelle » du titulaire du droit d'auteur? Le tort causé tient-il seulement à la question de l'apparence, c.-à-d. au fait que la nouvelle feuille de papier a ou non un fini granuleux ou chagriné, de façon à ressembler à une toile? Personne ne nierait la différence considérable entre l'œuvre artistique originale et une copie reproduite mécaniquement, mais il est question en l'espèce d'apposer la même couche d'encre sur différents supports vierges.

40

To allow artists to regulate what can or cannot be done with posters in this way would have the public searching for elusive distinctions. There would be no even reasonably "bright line" between infringing and non-infringing conduct, a deficiency that would be particularly mischievous when dealing with pre-judgment seizure at the instance of a plaintiff without judicial supervision.

Permettre aux artistes de réglementer ainsi la façon dont les affiches peuvent ou non être utilisées amènerait le public à essayer de faire des distinctions très difficiles à saisir. Il n'existerait pas de ligne de démarcation raisonnablement « claire » entre une conduite attentatoire et une conduite non attentatoire, ce qui serait particulièrement nuisible en ce qui concerne la saisie avant jugement pratiquée à l'instigation du demandeur, sans surveillance judiciaire.

41

I do not foreclose the possibility that a change of substrate could, as part of a more extensive set of changes, amount to reproduction in a new form (perhaps, for example, if the respondent's work were incorporated by the ink transfer method into

Je n'écarte pas la possibilité qu'un changement de support puisse, dans le cadre d'un ensemble de modifications plus importantes, équivaloir à une reproduction sous une nouvelle forme (peut-être, par exemple, si l'œuvre de l'intimé était intégrée au

some other artist's original work) but the present case does not rise to that level.

B. *The Proposed Test Would Depart from the General Principle that Breach of Copyright Requires Copying*

The historical scope of the notion of "reproduction" under the *Copyright Act* should be kept in mind. As one would expect from the very word "copyright", "reproduction" is usually defined as the act of producing additional or new copies of the work in any material form. Multiplication of the copies would be a necessary consequence of this physical concept of "reproduction". In *Massie & Renwick, Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau, Ltd.*, [1940] S.C.R. 218, at p. 227, Duff C.J. viewed copyright law as essentially about protecting the right to multiply copies of a work:

I think there can be no doubt that material of that character was subject matter for copyright and, not being published, the exclusive right of multiplying copies of it, or of publishing it, was a right which the common law, prior to the statute of 1921, gave primarily to the authors of it. [Emphasis added.]

See also *Tom Hopkins International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 348 (B.C.S.C.). In *Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 15, Maclean J., for the Exchequer Court, defined copyright as (at p. 20):

. . . the right to multiply copies of a published work, or the right to make the work public and still retain the beneficial interest therein. [Emphasis added.]

More pertinent still is the Ontario case of *Fetherling v. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253 (Ont. H.C.), relied on by the motions judge in this case, which dealt with a similar fact situation. Southey J. concluded in his oral judgment, at p. 256:

moyen de la méthode de transfert d'encre à l'œuvre originale d'un autre artiste), mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

B. *Le critère proposé dérogerait au principe général selon lequel il ne saurait y avoir violation du droit d'auteur sans reproduction*

Il faut garder à l'esprit la portée historique de la notion de « reproduction » figurant dans la Loi. Comme on s'y attendrait avec le mot « *copyright* » (droit d'auteur) lui-même, la « reproduction » est généralement définie comme l'action de produire des copies supplémentaires ou nouvelles de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque. La multiplication des copies serait une conséquence nécessaire de cette notion matérielle de « reproduction ». Dans l'arrêt *Massie & Renwick, Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau, Ltd.*, [1940] R.C.S. 218, p. 227, le juge en chef Duff a considéré le droit d'auteur comme visant essentiellement à protéger le droit de faire des copies d'une œuvre :

[TRADUCTION] Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'un ouvrage de cette nature faisait l'objet d'un droit d'auteur et que, comme il n'était pas publié, le droit exclusif d'en faire des copies ou de le publier était un droit que la common law conférait principalement à son auteur avant la loi de 1921. [Je souligne.]

Voir également *Tom Hopkins International, Inc. c. Wall & Redekop Realty Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 348 (C.S.C.-B.). Dans *Underwriters' Survey Bureau Ltd. c. Massie & Renwick Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 15, le juge Maclean, s'exprimant au nom de la Cour de l'Échiquier, a défini ainsi le droit d'auteur (à la p. 20) :

[TRADUCTION] . . . le droit de multiplier les copies d'un ouvrage publié ou le droit de rendre l'ouvrage public tout en conservant l'intérêt bénéficiaire sur celui-ci. [Je souligne.]

Portant sur des faits semblables, la décision ontarienne *Fetherling c. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253 (H.C. Ont.), sur laquelle le juge des requêtes s'est fondé en l'espèce, est encore plus pertinente. Voici la conclusion énoncée par le juge Southey, à la p. 256, de son jugement rendu oralement :

The second question is whether the transfer process constitutes copying. My conclusion, after listening to the argument of counsel, but without hearing any evidence, is that such process does not constitute copying, because it involves the transfer physically of the picture on the copy of *The Canadian* from which the defendant's product is made. After such transfer there was no picture on the page of *The Canadian*. I am satisfied that the defendant would have been entitled to purchase a copy of *The Canadian*; cut out one of the strip photographs; paste it on a piece of paper; put a border around it; frame it; and sell it, without infringing copyright, just as she would have been entitled to sell the issue of *The Canadian* itself and just as any person, who purchases the work of an artist, is entitled to resell that work, or a piece of it. In my view that is essentially what was done by the defendant in this case.

See also to the same effect: *No Fear, Inc. v. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 414 (F.C.T.D.).

44 A similar understanding of "reproduction" is reflected in decisions under the English Act on which s. 3(1) of our Act is based, i.e., the physical making of something which did not exist before (Laddie et al., *supra*, at p. 614). As stated by the Earl of Halsbury in *Walter v. Lane*, [1900] A.C. 539 (H.L.), at p. 545:

The law which I think restrains it is to be found in the Copyright Act, and that Act confers what it calls copyright — which means the right to multiply copies — which it confers on the author of books first published in this country. [Emphasis added.]

45 My colleague takes the view (at para. 139) that reproduction does not necessarily imply multiplication of the thing reproduced. In this connection, he refers to *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, 10 C.P.R. (3d) 1 (T.D.), aff'd [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), aff'd [1990] 2 S.C.R. 209. In that case, however, multiplication was admitted ([1988] 1 F.C. 673, at p. 697). The issue was not the meaning of reproduction but whether a computer silicon chip could be the subject-matter of copyright protection. The computer program at issue was multiplied when reproduced in the form of a ROM chip. When the process was complete, the

[TRADUCTION] La deuxième question est de savoir si le procédé de transfert constitue de la copie. Après avoir écouté les arguments des avocats, sans toutefois avoir entendu des témoignages, je conclus que ce procédé ne constitue pas de la copie car il comporte le transfert matériel de la photographie figurant sur l'exemplaire de la revue *The Canadian* qui sert à fabriquer le produit de la défenderesse. Après ce transfert, il n'y avait plus de photographie sur la page de la revue. Je suis convaincu que la défenderesse aurait eu le droit d'acheter un exemplaire de la revue, d'en couper une des photographies sur bande, de la coller sur une feuille de papier, d'y mettre une bordure, de l'encadrer et de la vendre sans violer le droit d'auteur, tout comme elle aurait eu le droit de vendre le numéro de la revue elle-même et comme toute personne achetant l'œuvre d'un artiste a le droit de la revendre en tout ou en partie. Je suis d'avis que c'est essentiellement ce qu'a fait la défenderesse en l'espèce.

Voir également dans le même sens : *No Fear, Inc. c. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 414 (C.F. 1^{re} inst.).

La même interprétation de la notion de « reproduction » ressort des décisions rendues sous le régime de la loi anglaise dont s'inspire le par. 3(1) de notre Loi, c.-à-d. que cette notion correspond à la fabrication matérielle d'une chose qui n'existait pas auparavant (Laddie et autres, *op. cit.*, p. 614). Comme l'a déclaré le comte de Halsbury dans *Walter c. Lane*, [1900] A.C. 539 (H.L.), p. 545 :

[TRADUCTION] Les dispositions qui, selon moi, y font obstacle, se trouvent dans la Copyright Act, et cette loi confère ce qu'elle appelle un *copyright* — ce qui signifie le droit de multiplier les copies — à l'auteur des ouvrages publiés pour la première fois dans notre pays. [Je souligne.]

Mon collègue se dit d'avis (au par. 139) qu'il peut y avoir reproduction sans, nécessairement, la multiplication de la chose reproduite. Sur ce point, il se reporte à la décision *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, 10 C.P.R. (3d) 1 (1^{re} inst.), conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Dans cette affaire, toutefois, la multiplication était un fait admis ([1988] 1 C.F. 673, p. 697). La question en litige ne consistait pas à déterminer la signification du concept de « reproduction », mais si une microplaque électronique pouvait être protégée par le droit d'auteur. Le programme d'ordinateur en cause a été

original written text of the program still existed, as did the subsequent renditions of it in code within the plaintiff's systems as well as the new reproduction etched in the memory cells of the defendant's chip (pp. 11-12 C.P.R.). In *Apple Computer* the copyright issue was whether literal multiplication might nevertheless not constitute a "reproduction" for purposes of the *Copyright Act*. The facts here pose the opposite question, namely whether there is "reproduction" without multiplication.

My colleague also cites *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 F.C. 306 (T.D.). In that case, the defendant union, in an organized campaign against Michelin, reproduced in its leaflets Michelin's "fanciful happy marshmallow-like" man shown stomping on the head of a worker. The union denied substantial reproduction of Michelin's copyrighted figure because of minor differences in the rendition ("qualitative" differences). The defence was rejected. There was, accordingly, reproduction, but there was also multiplication of the copyrighted image in each of the union's leaflets.

This is not to say that the Act recognizes only literal physical, mechanical reproduction. The legal concept has broadened over time to recognize what might be called metaphorical copying (transformation to another medium, e.g. books to films). It is recognized that technologies have evolved by which expression could be reproduced in ways undreamt of in earlier periods, such as evanescent and "virtual" copies in electronic formats. Transformation of an artistic work from two dimensions to three dimensions, or *vice versa*, will infringe copyright even though the physical reproduction of the original expression of that work has not been mechanically copied. Equally, translations

multiplié, lorsque reproduit sous forme de microplaquettes ROM. À l'issue du processus, le texte écrit original du programme existait toujours, comme ses versions subséquentes codées dans les systèmes de la demanderesse et la nouvelle reproduction gravée dans les cellules de mémoire de la microplaquette de la défenderesse (p. 11-12 C.P.R.). Dans *Apple Computer*, la question du droit d'auteur consistait à savoir s'il était possible que la multiplication littéraire ne constitue pas une « reproduction » pour l'application de la Loi. Les faits en cause en l'espèce soulèvent la question inverse : Est-il possible qu'il y ait « reproduction » sans multiplication?

Mon collègue cite également la décision *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le syndicat défendeur a reproduit dans un prospectus, lors d'une campagne organisée contre Michelin, le joyeux bonhomme fantaisiste Michelin fait de guimauve, représenté en train d'écraser la tête d'un travailleur avec son pied. Le syndicat a nié avoir reproduit une partie importante du personnage Michelin protégé par le droit d'auteur en invoquant des différences mineures dans la façon de le représenter (des différences « qualitatives »). Ce moyen de défense a été rejeté. Il y avait donc reproduction, mais il y avait aussi multiplication de l'image protégée par le droit d'auteur dans chacun des prospectus du syndicat.

Cela ne signifie pas que la Loi ne reconnait que la reproduction littéraire matérielle et mécanique. La portée de cette notion juridique s'est élargie au fil du temps pour reconnaître ce qu'on pourrait appeler la reproduction métaphorique (la transformation en un nouveau médium, p. ex., l'adaptation cinématographique de livres). On reconnaît que l'évolution technologique permet maintenant la reproduction de l'expression par des moyens qu'on ne pouvait même pas imaginer auparavant, comme les copies éphémères et « virtuelles » en format électronique. Le passage d'une œuvre artistique de deux à trois dimensions ou l'inverse viole le droit d'auteur même si l'expression originale de cette œuvre n'a

46

47

or transformations into another medium may be infringements of economic rights. Nevertheless, the important evolution of legal concepts in the field of copyright is not engaged by the facts here. This is a case of literal physical, mechanical transfer in which no multiplication (metaphorical or otherwise) takes place.

pas été reproduite mécaniquement. Pareillement, les traductions ou les transformations par le passage à un autre médium peuvent porter atteinte aux droits économiques. Néanmoins, dans le présent pourvoi, l'évolution importante des notions juridiques dans le domaine du droit d'auteur n'entre pas en jeu, compte tenu des faits. Il y a eu en l'occurrence transfert littéral matériel et mécanique sans multiplication (même métaphorique).

48 It is of interest that our courts have not given an independent meaning to "produce" as distinguished from "reproduce" in s. 3(1) of the Act. Nor have the courts done so under the English Act. In fact, in that country, the word "produce" was thought to be of such little consequence that it was eliminated from the Act by amendment in 1956 (H. G. Richard and L. Carrière, eds., *Canadian Copyright Act Annotated* (loose-leaf), vol. 1, at p. 3-7). See also C. Brunet, "Copyright: The Economic Rights", in G. F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (1994), 129, at pp. 136-37, and McKeown, *supra*, at p. 421.

Il est intéressant de noter que nos tribunaux n'ont fait aucune distinction entre les mots « produire » et « reproduire » qui figurent au par. 3(1) de la Loi. Les tribunaux anglais n'en ont pas fait non plus dans l'application de leur loi. En fait, en Grande-Bretagne, on a estimé que le mot « produire » avait si peu d'importance qu'on l'a éliminé de la loi en 1956 (H. G. Richard et L. Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 3-7). Voir également C. Brunet, « Copyright : The Economic Rights », dans G. F. Henderson, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (1994), 129, p. 136-137, et McKeown, *op. cit.*, p. 421.

49 The U.S. legislation expressly incorporates a definition of "derivative work", as happens for example when a cartoon character is turned into a puppet, or a tragic novel is turned into a musical comedy. In such circumstances there is, in a sense, a "production" rather than a reproduction. However, the examples of what might be called derivative works listed in s. 3(1)(a) to (e) of our Act are consistent with the notion of reproduction because they all imply the creation of new copies or manifestations of the work. In the application of the ink transfer method, however, there is no derivation, reproduction or production of a new and original work which incorporates the respondent's artistic work.

La loi américaine incorpore expressément une définition d'« œuvre dérivée », dans les cas où, par exemple, un personnage de bande dessinée est reproduit en marionnette ou une pièce de théâtre est transformée en comédie musicale. En pareilles circonstances, il s'agit, en un sens, d'une « production » plutôt que d'une « reproduction ». Toutefois, les exemples de ce qu'on pourrait qualifier d'œuvres dérivées qu'énumèrent les al. 3(1)a) à e) de notre loi sont compatibles avec la notion de reproduction parce qu'ils impliquent la création de nouvelles copies ou expressions de l'œuvre. Par contre, lorsqu'on a recours à la méthode de transfert d'encre, il n'y a ni dérivation, ni reproduction, ni production d'une œuvre nouvelle et originale qui intègre l'œuvre artistique de l'intimé.

50 Even if one were to consider substitution of a new substrate to be a "fixation", the fact remains that the original poster lives on in the "re-fixated" poster. There is no multiplication and fixation alone is not an infringement of the original work.

Même en supposant que la substitution d'un nouveau support constitue une « fixation », il demeure que l'affiche originale continue d'exister dans l'affiche « fixée à nouveau ». Il n'y a aucune multiplication et la seule fixation ne constitue pas une violation de l'œuvre originale.

C. *There Was No Reproduction "in Substantial Part"*

My colleague relies (at para. 142) on the respondent's exclusive right under s. 3(1) to produce or reproduce his work "or any substantial part thereof in any material form whatever". Under this provision, an infringer does not escape liability by reproducing a substantial part of the artistic work as opposed to the whole of it. An individual who copies a novel does not avoid the penalties set out for infringement simply by changing a few words and, likewise, an individual cannot copy with impunity simply by changing the medium. A playwright would be liable if he or she put on the stage a substantial part (but not the whole) of a copyrighted novel. There would clearly be reproduction of that part, i.e., the part of the novel in which intellectual property subsists. After the production, the novel would still exist intact, as would the new play. Here the layer of inks, in which resides the artistic content, rests intact and there is no such multiplication of a "substantial part" of the poster.

If the respondent's attempt to extend the concept of reproduction "in substantial part" to situations where there is no multiplication were correct, one would expect to find decided cases in support of his thesis but none have been brought to our attention.

D. *The Quebec Court of Appeal Test of "Unanticipated Market" Similarly Exceeds Statutory Copyright Limits*

The Quebec Court of Appeal ([2000] Q.J. No. 412 (QL)) proposed a form of market analysis to restrain modification of poster reproductions. Michaud C.J.Q. stated, at paras. 21-23:

[TRANSLATION] When we take a reproduction on paper and transfer it onto canvas, it is perhaps not an infringement of the right of the person who is

C. *Il n'y a pas eu reproduction d'une « partie importante de l'œuvre »*

Mon collègue s'appuie (au par. 142) sur le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité « ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » conféré à l'intimé par le par. 3(1). Cette disposition empêche qu'une personne qui contrefait une œuvre échappe à toute responsabilité parce qu'elle n'en reproduit qu'une partie importante et non la totalité. La personne qui plagie un roman ne sera pas à l'abri des sanctions punissant la contrefaçon simplement parce qu'elle a changé quelques mots. De même, personne ne peut copier une œuvre impunément en substituant un médium à un autre. Un auteur dramaturge serait tenu responsable s'il présentait sur scène une partie importante (et non la totalité) d'un roman protégé par le droit d'auteur. Il serait clair qu'il y aurait reproduction de cette partie, c.-à-d. de la partie du roman toujours visée par un droit de propriété intellectuelle. Après la production, le roman demeurerait intact, tout comme la nouvelle pièce. En l'espèce, la couche d'encre, dans laquelle se trouve le contenu artistique, demeure intacte et il n'y a pas multiplication d'une « partie importante » de l'affiche.

Si l'intimé visait juste en essayant d'étendre le concept de la reproduction d'une « partie importante de l'œuvre » aux cas où il n'y a pas multiplication, on s'attendrait à trouver de la jurisprudence à l'appui de sa thèse. Or, aucune cause l'appuyant n'a été portée à notre attention.

D. *Le critère du « marché imprévu » appliqué par la Cour d'appel du Québec outrepassé également les limites au droit d'auteur fixées par la loi*

La Cour d'appel du Québec ([2000] J.Q. n° 412 (QL)) a proposé une forme d'analyse de marché qui fait obstacle à la modification des reproductions papier. Le juge Michaud, juge en chef du Québec, a déclaré, aux par. 21-23 :

Lorsqu'on prend une reproduction sur papier et qu'on l'entaille, on ne viole peut-être pas le droit de celui qui est autorisé à reproduire le tableau sur papier (puisqu'il n'y a

51

52

53

authorized to reproduce the painting on paper (since there is no multiplication of the paper reproduction), but it is an infringement of one of the rights of the artist who painted it.

The value of a paper reproduction is no different whether the reproduction is framed or "laminated". The purchaser of a paper reproduction that is framed or "laminated" pays for the value of the paper reproduction and the cost of framing or "lamination".

On the other hand, the record shows that a canvas made from a paper reproduction allows the vendor to charge an amount that consists of more than the value of the paper reproduction and the cost of the canvas transfer process.

54

The respondent, as stated, says that money is not the issue. If it were, he could presumably amend his contract with É.G.I. to permit them to sell reproductions on canvas. Equally, he could theoretically have insisted that É.G.I. obtain agreement from *its* customers not to engage in the ink transfer process, and so on down the line of vendors and purchasers, thereby dealing with the issue of control through a chain of contracts. Indeed, É.G.I. did print such a prohibition on some of the posters, but if any contract resulted, it was not between the appellants and the respondent, and É.G.I. has not come before the court to complain.

55

The position taken by the Quebec Court of Appeal, nevertheless, echoes the debate in some U.S. courts about the proper allocation of compensation where a new way has been found to exploit the work in a market or market niche perhaps not anticipated by the creator of the underlying work, who thus may not have captured the highest price to be charged for the sale or use of that underlying work: see *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988); A. B. Cohen, "When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?" (1999), 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623, at p. 654.

56

I shall refer below to the U.S. concept of a "derivative work", but for the moment it is sufficient to say that by 1996 and 1997 when É.G.I. and New York

pas de multiplication de la reproduction sur papier), mais on viole l'un des droits de l'auteur du tableau.

La valeur d'une reproduction sur papier n'est pas différente que la reproduction soit encadrée ou « laminée ». L'acquéreur d'une reproduction sur papier qui est encadrée ou « laminée » paye la valeur de la reproduction sur papier et le coût de l'encadrement ou du « laminage ».

En revanche, le dossier fait voir qu'une toile confectionnée à partir d'une reproduction sur papier permet au vendeur d'obtenir un prix qui comporte plus que la valeur de la reproduction sur papier et le coût de l'opération d'entoilage.

Comme il a été mentionné, l'intimé affirme qu'il ne s'agit pas d'une question d'argent. Si tel était le cas, on présume qu'il pourrait modifier son contrat avec É.G.I. pour lui permettre de vendre des reproductions sur toile. De même, il aurait pu, en théorie, insister pour qu'É.G.I. obtienne de *ses* clients l'engagement de ne pas utiliser le procédé de transfert d'encre et d'exiger la même chose de leurs propres clients, et ainsi de suite, de sorte qu'un enchaînement de contrats aurait réglé la question du contrôle. É.G.I. a d'ailleurs imprimé une telle interdiction sur certaines affiches, mais si un contrat en a résulté, il ne s'agissait pas d'un contrat entre les appelants et l'intimé, et É.G.I. ne s'est pas présentée en cour pour se plaindre.

La position adoptée par la Cour d'appel du Québec reflète néanmoins le débat qui a cours dans certains tribunaux américains au sujet de la juste répartition de la rétribution lorsqu'on découvre une nouvelle façon d'exploiter l'œuvre dans un marché ou dans un créneau de marché que son créateur n'a peut-être pas prévu, de sorte que ce dernier n'a peut-être pas obtenu le prix maximum pour la vente ou l'utilisation de l'œuvre sous-jacente : voir *Mirage Editions, Inc. c. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988); A. B. Cohen, « When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner? » (1999), 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623, p. 654.

Je fais référence plus loin à la notion américaine d'« œuvre dérivée », mais il suffit de dire pour l'instant qu'en 1996 et en 1997, lors de la conclu-

Graphic Society, Ltd. contracts were entered into, the “ink transfer process” was well established in the poster art industry. The respondent’s position is that he does not want to enter that market, not that it was unknown or unforeseen. The question he poses in this case is whether his *economic* rights under the *Copyright Act* permit him to prevent others from entering that market using existing (and paid for) copies of his work.

E. The Proposed Test Would Undermine the Distinction Between Moral Rights and Economic Rights Contrary to Legislative Intent

As previously noted, s. 28.2(1) of the Act provides that even a purchaser of the tangible object may not “distor[t], mutilat[e] or otherwise modif[y]” (emphasis added) the work “to the prejudice of the honour or reputation of the author”. It seems clear, at least by negative implication, that a modification of a work by the purchaser which does *not* “prejudice . . . the honour or reputation of the author” was intended by Parliament to be within the purchaser’s rights.

In addition, as a secondary point, s. 28.2(3) of the Act provides that a change in “the physical . . . structure containing a work . . . shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work”. To the extent a change in substrate can be said to change the “physical structure” containing the respondent’s work, it does not “by that act alone” amount to a violation of a moral right either.

The separate structures in the Act to cover economic rights on the one hand and moral rights on the other show that a clear distinction and separation was intended. Professor Ysolde Gendreau is one of those who have drawn attention to this rather rigid compartmentalisation:

Unfortunately, the present text of the *Copyright Act* does little to help the promotion of the fusion of moral rights with the economic prerogatives of the law, since there is no comprehensive definition of copyright that embodies both. Section 3 of the Act, which is drafted

sion des contrats avec É.G.I. et New York Graphic Society, Ltd., le « procédé de transfert d’encre » était bien établi dans l’industrie des affiches. Ce que l’intimé affirme, c’est qu’il ne veut pas s’engager dans ce marché, et non pas qu’il s’agissait d’un marché inconnu ou imprévu. La question qu’il pose en l’espèce est de savoir si les droits *économiques* que lui confère la Loi lui permettent d’interdire aux autres de s’engager dans ce marché en utilisant des copies existantes (et payées) de son œuvre.

E. Le critère proposé estomperait la distinction entre les droits moraux et les droits économiques, contrairement à l’intention du législateur

Comme je l’ai mentionné précédemment, le par. 28.2(1) de la Loi édicte que même l’acheteur du bien matériel ne peut « déform[er], mutil[er] ou autrement modifi[er] » (je souligne) l’œuvre « d’une manière préjudiciable à l’honneur ou à la réputation de l’auteur ». Il semble clair, à tout le moins par inférence négative, que le législateur a voulu que l’acheteur ait le droit d’apporter à l’œuvre un changement qui *n’est pas* « préjudiciable à l’honneur ou à la réputation de l’auteur ».

Ajoutons, à titre accessoire, que le par. 28.2(3) de la Loi prévoit que « ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l’œuvre un changement [. . .] de la structure qui la contient ». Dans la mesure où on peut dire qu’un changement de support modifie la « structure » qui contient l’œuvre de l’intimé, ce changement ne semble pas « nécessairement » équivaloir non plus à une violation d’un droit moral.

L’existence dans la Loi de régimes distincts couvrant les droits économiques, d’une part, et les droits moraux, d’autre part, dénote l’intention d’établir une distinction et une séparation claires. Le professeur Ysolde Gendreau est l’une des personnes qui ont attiré l’attention sur cette compartimentation plutôt rigide :

[TRADUCTION] Malheureusement, le libellé actuel de la *Loi sur le droit d’auteur* contribue peu à la fusion des droits moraux et des prérogatives économiques du droit, étant donné qu’il n’existe aucune définition exhaustive du droit d’auteur qui englobe ces deux catégories. Rédigé

57

58

59

as a definition of copyright, only refers to the economic dimension of copyright. Moral rights are defined and circumscribed in entirely distinct sections. This absence of cohesion leads to the separate mention of "copyright" and "moral rights" whenever Parliament wants to refer to both aspects of copyright law and to the near duplication of the provision on remedies for moral rights infringements.

(Y. Gendreau, "Moral Rights", in G. F. Henderson, ed., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (1994), 161, at p. 171)

(See also R. G. Howell, L. Vincent and M. D. Manson, *Intellectual Property Law: Cases and Materials* (1999), at p. 383.) This is not to say that moral rights do not have an economic dimension (e.g., there may be an economic aspect to being able to control the personality-invested "moral" rights of integrity and attribution) or to deny that there is a moral rights aspect to copyright (e.g., a critic may reproduce parts of the text of a book when reviewing it, but it will be considered a breach of the author's economic rights unless his or her authorship is attributed). However, in terms of remedies, the distinction in the Act between the two sets of rights is clear.

sous forme de définition du droit d'auteur, l'art. 3 de cette loi ne porte que sur la dimension économique du droit d'auteur. Les droits moraux sont définis et circonscrits dans des dispositions entièrement séparées. Cette absence de cohésion mène à la mention distincte du « droit d'auteur » et des « droits moraux » dans les cas où le législateur a voulu faire référence aux deux aspects du droit d'auteur et mène au quasi dédoublement de la disposition sur les recours en cas de violation des droits moraux.

(Y. Gendreau, « Moral Rights », dans G. F. Henderson, dir., *Copyright and Confidential Information Law of Canada* (1994), 161, p. 171)

(Voir également R. G. Howell, L. Vincent et M. D. Manson, *Intellectual Property Law : Cases and Materials* (1999), p. 383.) Cela ne signifie pas que les droits moraux ne comportent pas de dimension économique (p. ex., il peut y avoir un aspect économique à la capacité de contrôler les droits « moraux » liés à la personnalité que constituent l'intégrité et l'attribution), et ne dénie pas l'aspect moral du droit d'auteur (p. ex., un critique peut reproduire des parties du texte d'un livre lorsqu'il en fait un compte rendu, mais on y verra une violation des droits économiques de l'auteur s'il ne lui en attribue pas la paternité). Toutefois, en ce qui a trait aux recours, la distinction qu'établit la Loi entre les deux ensembles de droits est claire.

60

My view is that Parliament intended modification without reproduction to be dealt with under the provisions dealing with moral rights rather than economic rights. To adopt a contrary view, i.e., to treat the modification of the substrate here as the violation of an economic right, would allow copyright holders other than the artist to complain about modification (despite the non-assignability of moral rights). It would allow an artist who objected to a "modification" of an authorized reproduction both to sidestep the independent evaluation of a judge in unleashing a pre-judgment seizure in Quebec, and to sidestep at a trial anywhere in Canada the important requirement of showing prejudice to honour or reputation in order to establish an infringement of moral rights.

D'après moi, le législateur a voulu que la modification sans reproduction soit régie par les dispositions portant sur les droits moraux plutôt que par celles portant sur les droits économiques. Adopter une opinion contraire, c.-à-d. considérer la modification du support en l'occurrence comme la violation d'un droit économique, permettrait aux titulaires de droits d'auteur autres que l'artiste de se plaindre d'une modification (malgré l'incessibilité des droits moraux). L'artiste qui s'oppose à une « modification » de la reproduction autorisée pourrait ainsi esquiver l'évaluation indépendante d'un juge en pratiquant une saisie avant jugement au Québec et, dans le cadre d'un procès partout au Canada, se soustraire à l'exigence importante de prouver le préjudice causé à son honneur ou à sa réputation pour établir que ses droits moraux ont été violés.

Could the *economic* rights of the sculptor of the descending geese at the Eaton Centre be said to be infringed (quite apart from his *moral* rights) because the seasonal “combination” of geese plus Christmas ribbons could be considered a “reproduction”? The be-ribboned flock incorporated the original artistic work in more than “substantial part”, no doubt, but there was no “reproduction” in any legal sense, any more than there was “reproduction” when the appellants in this case contributed blank canvas to the “combination” of ink layer and canvas. The sculptor rightly invoked his moral rights against the Eaton Centre, not economic rights.

F. *A “Droit de Destination” Would Be Introduced into our Law Without any Basis in the Copyright Act*

It is not altogether helpful that in the French and English versions of the Act the terms “copyright” and “*droit d’auteur*” are treated as equivalent. While the notion of “copyright” has historically been associated with economic rights in common law jurisdictions, the term “*droit d’auteur*” is the venerable French term that embraces a bundle of rights which include elements of both economic rights and moral rights. As Professor Strowel observes:

[TRANSLATION] The expressions “droit d’auteur” and “copyright” speak volumes in themselves. It has been pointed out that the distinction between the copyright tradition and the “droit d’auteur” tradition is based on a question of terminology: where the followers of the first tradition, the British and their spiritual heirs, talk about “copyright” to refer to a right that derives from the existence of a “copy,” an object in itself, the followers of the second tradition talk about “author’s right” (droit d’auteur) to refer to a right that stems from intellectual effort or activity brought to bear by an author, a creator. This is the fundamental difference: on the one hand, a right that is conceived of by reference to the author, the creative person, and, on the other, by reference to the copy of the work, the product of the creative activity that is protected against copying.

(A. Strowel, *Droit d’auteur et copyright: Divergences et convergences: Étude de droit comparé* (1993), at pp. 19-20)

Pourrait-on affirmer que les droits *économiques* du sculpteur qui a créé les bernaches en vol au Eaton Centre ont été violés (indépendamment de ses droits *moraux*) parce que la « combinaison » saisonnière des bernaches et des rubans de Noël peut être considérée comme une reproduction? Certes, le vol de bernaches enrubannées incorporait davantage qu’une « partie importante » de l’œuvre artistique originale, mais il n’y a pas eu « reproduction » au sens juridique, pas plus au’il n’y a eu « reproduction » lorsque les appelants en l’espèce ont intégré la toile vierge à la « combinaison » formée de la couche d’encre et de la toile. C’est à bon droit que le sculpteur a fait valoir ses droits moraux et non ses droits économiques contre le Eaton Centre.

F. *Un « droit de destination » serait introduit dans notre droit sans que la Loi sur le droit d’auteur ne le permette*

Il n’est pas du tout commode que, dans les versions française et anglaise de la Loi, les mots « droit d’auteur » et « *copyright* » soient traités comme des équivalents. Historiquement, la notion de « *copyright* » est liée aux droits économiques dans les systèmes de common law, alors que l’expression « droit d’auteur » est la vénérable expression française qui englobe tout un ensemble de droits comportant des aspects à la fois économiques et moraux. Voici ce qu’en dit le professeur Strowel :

Les expressions « droit d’auteur » et « *copyright* » sont déjà par elles-mêmes révélatrices. N’a-t-on pas souligné que la distinction entre la tradition du *copyright* et celle du droit d’auteur « repose sur une question de terminologie : là où les adeptes de la première, les Britanniques et leurs héritiers spirituels, parlent de « *copyright* » pour désigner un droit qui naît de l’existence d’une « copy », un objet en soi, les adeptes de la seconde parlent d’« author’s right » (droit d’auteur), indiquant qu’un droit découle de l’effort intellectuel ou de l’activité déployée par un auteur, un créateur ». Telle est l’opposition fondamentale : un droit qui se pense, d’un côté, par référence à l’auteur, à la personne créatrice, de l’autre, par référence à l’exemplaire de l’œuvre, au produit de la création que l’on préserve contre la copie.

(A. Strowel, *Droit d’auteur et copyright: Divergences et convergences: Étude de droit comparé* (1993), p. 19-20)

63

Under the *civiliste* tradition, and particularly in France, the right of reproduction was interpreted to include not only the right to make new copies of the work (reproduction *stricto sensu*) but also what is called by French jurists the “right of destination” (*droit de destination*). The right of destination gives the author or artist the right to control to a considerable extent the use that is made of authorized copies of his or her work: see generally A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique* (1994), at p. 235; F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination: le sort des exemplaires en droit d’auteur* (1989). See also *Crim.*, January 28, 1888, *Bull. crim.*, No. 46, p. 68; *Crim.*, December 2, 1964, *Bull. crim.*, No. 320, p. 672; *Crim.*, October 20, 1977, *Bull. crim.*, No. 315, p. 801; *Civ. 1st*, May 5, 1976, *Bull. civ.*, No. 161, p. 128; Paris, March 18, 1987, D. 1988.Somm.209, note Colombet; *Civ. 1st*, April 19, 1988, *Bull. civ.*, No. 112, p. 76; Paris, April 27, 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.192.

64

The “*droit de destination*” applies in other *civiliste* jurisdictions. Thus in *Hovener/Poortvliet*, HR January 19, 1979, NJ 412, brought to our attention by counsel for the respondent, the Netherlands Supreme Court found a violation of the *droit d’auteur* where a purchaser of an authorized art calendar cut out the pictures, stuck them to coasters, and resold them. This was regarded by the court as an altogether new and different “publication”. In *Frost v. Olive Series Publishing Co.* (1908), 24 T.L.R. 649 (Ch. Div.), by contrast, the English court did not regard as an infringement the cutting out of pictures from books, pasting them on cards, and reselling. “[The recirculation of] objects already in existence is not reproduction in a material form”: *Laddie et al.*, *supra*, at p. 614.

65

It seems to me that the respondent is pursuing a form of “*droit de destination*” in this case. But, under our *Copyright Act*, the “right of destination” as such does not exist. Generally, the copyright holder does not by virtue of his or her *economic* rights retain any control over the subsequent uses made of authorized copies of his work by third party purchasers. Where

Dans la tradition *civiliste*, et particulièrement en France, le droit de reproduction a été interprété comme englobant non seulement le droit de faire de nouveaux exemplaires de l’œuvre (la reproduction au sens strict), mais aussi ce que les juristes français appellent le « droit de destination ». Ce droit confère à l’auteur ou à l’artiste le droit de contrôler dans une large mesure l’utilisation des copies autorisées de son œuvre : voir généralement A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique* (1994), p. 235; F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d’auteur* (1989). Voir également *Crim.*, 28 janvier 1888, *Bull. crim.*, n° 46, p. 68; *Crim.*, 2 décembre 1964, *Bull. crim.*, n° 320, p. 672; *Crim.*, 20 octobre 1977, *Bull. crim.*, n° 315, p. 801; *Civ. 1^{re}*, 5 mai 1976, *Bull. civ.*, n° 161, p. 128; Paris, 18 mars 1987, D. 1988.Somm.209, note Colombet; *Civ. 1^{re}*, 19 avril 1988, *Bull. civ.*, n° 112, p. 76; Paris, 27 avril 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.192.

Le « droit de destination » s’applique dans d’autres pays de tradition *civiliste*. Ainsi, dans *Hovener/Poortvliet*, HR 19 janvier 1979, NJ 412, décision qu’a portée à notre attention l’avocat de l’intimé, la Cour suprême des Pays-Bas a conclu que constituait une violation du droit d’auteur le fait pour l’acheteur d’un calendrier artistique d’en découper les photographies, de les coller à des dessous de verre et de les revendre. La cour a estimé qu’il s’agissait d’une « publication » entièrement nouvelle et différente. Dans *Frost c. Olive Series Publishing Co.* (1908), 24 T.L.R. 649 (Ch. Div.), par opposition, le tribunal anglais n’a pas considéré comme une violation le découpage d’illustrations contenues dans des livres, leur collage à des cartes et leur revente. [TRADUCTION] « [La remise en circulation] d’objets préexistants ne constitue pas une reproduction sous une forme matérielle » : *Laddie et autres*, *op. cit.*, p. 614.

Il me semble que l’intimé essaie de faire valoir une forme de « droit de destination » en l’espèce. Or, sous le régime de notre Loi, le droit de destination n’existe pas en soi. Généralement, les droits *économiques* du titulaire du droit d’auteur ne lui permettent pas de conserver le contrôle sur les usages ultérieurs que font les tiers acquéreurs

in specified situations the Act gives the copyright holder some power to control or benefit from subsequent uses of authorized copies of his work, the relevant provisions are narrowly framed to apply only to very specific forms of reproduction, as in the case of sound recordings (s. 15(1)) or computer programs (s. 3(1)(h)). If a general right to control subsequent usage existed, it would not have been necessary to make specific provision in these cases.

G. The Proposed Test Would Conflict with Precedent from Other Comparable Jurisdictions

Reference has already been made to the English “note card” case, *Frost, supra*. Comparable issues relating to the production or reproduction for the purposes of copyright law have also arisen in the United States, including cases of techniques similar to the ink transfer process used by the appellants in the present appeal. For example, in *C. M. Paula Co. v. Logan*, 355 F.Supp. 189 (N.D. Tex. 1973), the allegations of copyright infringement were directed at the defendant’s transferral of various copyrighted designs from Paula Company greeting cards and note pads to ceramic plaques produced and sold by the defendant. The Paula Company described as follows the process employed by the defendant (at p. 190):

[T]he process . . . involves the use of acrylic resin, emulsions, or similar compounds which act as a transfer medium to strip the printed indicia from the original surface on which it is printed, whereupon the image carrying film is applied to another article, such as the plaster base of a wall plaque. In effect, a decal picture is created.

The United States District Court concluded that there was no violation of the plaintiff’s copyright (at p. 191):

des copies autorisées de son œuvre. Même si, dans certains cas précis, la Loi confère au titulaire du droit d’auteur un certain pouvoir de contrôle sur les usages ultérieurs des copies autorisées de son œuvre ou une certaine possibilité de tirer profit de ces usages, les dispositions pertinentes sont formulées en termes restrictifs de manière à s’appliquer uniquement à des formes de reproduction très précises, comme les enregistrements sonores (par. 15(1)) ou les programmes d’ordinateur (al. 3(1)(h)). S’il existait un droit général de contrôler l’usage ultérieur, il n’aurait pas été nécessaire de prévoir des dispositions particulières visant ces cas.

G. Le critère proposé serait contraire à la jurisprudence émanant d’autres ressorts comparables

J’ai déjà mentionné l’affaire anglaise de « carte de correspondance », *Frost*, précité. Des questions comparables concernant la production et la reproduction pour l’application de la loi en matière de droit d’auteur se sont également posées aux États-Unis, notamment dans des affaires concernant des techniques semblables au procédé de transfert d’encre utilisé par les appelants en l’espèce. Par exemple, dans *C. M. Paula Co. c. Logan*, 355 F.Supp. 189 (N.D. Tex. 1973), la demanderesse alléguait que le défendeur violait son droit d’auteur en prélevant différents dessins protégés figurant sur des cartes de souhaits et des blocs-notes de la Paula Company et en les apposant à des plaques en céramique qu’il produisait et vendait. La Paula Company a décrit ainsi le procédé employé par le défendeur (à la p. 190) :

[TRADUCTION] [L]e procédé [. . .] comporte l’utilisation de résine acrylique, d’émulsions ou de composés similaires qui agissent comme agents de transfert utilisés pour détacher les marques d’impression de la surface originale sur laquelle elles se trouvent, après quoi la pellicule portant l’image est appliquée sur un autre objet, comme la base en plâtre d’une plaque murale. On crée en fait un décalque.

La Cour de district des États-Unis a conclu que le droit d’auteur de la demanderesse n’avait pas été violé (à la p. 191) :

The process utilized by defendant that is now in question results in the use of the original image on a ceramic plaque; such process is not a "reproduction or duplication".

The Court believes that plaintiff's characterization of the print thus used as a decal is appropriate. Each ceramic plaque sold by defendant with a Paula print affixed thereto requires the purchase and use of an individual piece of artwork marketed by the plaintiff. For example, should defendant desire to make one hundred ceramic plaques using the identical Paula print, defendant would be required to purchase one hundred separate Paula prints. The Court finds that the process here in question does not constitute copying.

68

Reference should also be made in this connection to *Peker v. Masters Collection*, 96 F.Supp.2d 216 (2000), where the New York District Court ruled that the mere transfer of the ink from one support to another represents only a re-displaying of the poster image — similar to framing or lamination — that does not amount to "reproduction" of the work. However, in that case, once mounted, the defendant employed specially trained "artists" to apply oil paint in brushstrokes to the image, attempting to match the colour and style of the original painting. The court held that this additional copying amounted to an unauthorized reproduction of the original work. (There was no attempt in our case to replicate brushstrokes.)

69

The "ink transfer" method appears not to have stirred much comment in other common law jurisdictions, including Australia and New Zealand.

H. *The U.S. Concept of a "Recast, Transformed, or Adapted" Derivative Work Would Be Introduced into our Law Without any Legislative Basis*

70

Of relevance to the present discussion is the fact that the United States legislation, apart from entitling the copyright holder to control the "reproduction" of his work, allows the copyright holder the right to authorize (or prohibit) the creation

[TRADUCTION] Le procédé utilisé par le défendeur qui est actuellement en cause a pour résultat l'utilisation de l'image originale sur une plaque en céramique; un tel procédé ne constitue pas une « reproduction ou duplication ».

La Cour estime que la demanderesse qualifie à juste titre l'impression ainsi utilisée de décalque. Chaque plaque de céramique où figure l'impression Paula que vend le défendeur requiert l'achat et l'utilisation d'un objet d'art commercialisé par la demanderesse. Par exemple, si le défendeur désirait fabriquer cent plaques en céramique comportant la même impression Paula, il devrait acheter cent impressions Paula distinctes. La Cour conclut que le procédé en question en l'espèce ne constitue pas de la copie.

Il faut aussi mentionner sur ce point la décision *Peker c. Masters Collection*, 96 F.Supp.2d 216 (2000), dans laquelle la New York District Court a conclu que le simple transfert d'encre d'un support à un autre ne constituait qu'une nouvelle présentation de l'image de l'affiche — semblable à l'encadrement ou au laminage — qui n'équivalait pas à une « reproduction » de l'œuvre. Cependant, dans cette affaire, une fois l'image montée, le défendeur employait des « artistes » spécialement formés pour appliquer de la peinture à l'huile à l'aide de coups de pinceau sur l'image en tentant de rendre fidèlement la couleur et le style de la peinture originale. La cour a conclu que cette copie additionnelle équivalait à une reproduction non autorisée de l'œuvre originale. (Dans la présente affaire, on n'a pas tenté de copier les coups de pinceau.)

La méthode du « transfert d'encre » ne semble pas avoir suscité beaucoup de commentaires dans les autres pays de common law, notamment en Australie et en Nouvelle-Zélande.

H. *Le concept américain d'œuvre dérivée « refaçonée, transformée ou adaptée » serait introduit dans notre droit sans aucun fondement législatif*

Fait pertinent dans le cadre de notre analyse, en plus de permettre au titulaire du droit d'auteur de contrôler la « reproduction » de son œuvre, la loi américaine lui confère le droit d'autoriser (ou d'interdire) la création d'« œuvres dérivées ».

of “derivative works”. The concept is formally defined in s. 101 of the *United States Code*, Title 17, as follows:

A “derivative work” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”. [Emphasis added.]

The concept of a derivative work is found in the Berne Convention, and in the copyright legislation of the United States, England, Australia, New Zealand and Canada. All these provisions reflect a common progression in copyright legislation from a narrow protection against mere literal physical copying to a broader view which allows the copyright owner control over some changes of medium and adaptations of the original work. While the idea of “derivative works” therefore has parallels in other jurisdictions, including Canada, the American statutory language is particularly expansive, including in particular the words “any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted”, that have no precise counterpart in Canadian legislation.

The poster art industry in the United States has been actively litigating the broad statutory “derivative works” provision against owners of the material objects that embody the copyrighted work. In *Mirage Editions, supra*, for example, the copyrighted image was applied to a ceramic tile. The 9th Circuit Court of Appeals ruled that the ceramic was an infringing “new” derivative work, a conclusion expressly rejected by the 7th Circuit Court of Appeals in *Lee v. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (1997), which concluded that the fixation did not infringe the copyright. Easterbrook J., for the 7th Circuit, reasoned that “[a]n alteration that includes (or consumes) a complete copy of the original lacks economic significance” (p. 581). He further found that

Cette notion est expressément définie à l’art. 101 du *United States Code*, titre 17 :

[TRADUCTION] Une « œuvre dérivée » est une œuvre basée sur une ou plusieurs œuvres préexistantes, comme une traduction, un arrangement musical, une dramatisation, un récit romancé, une version cinématographique, un enregistrement sonore, une reproduction artistique, un résumé ou toute autre forme dans laquelle une œuvre peut être refaçonée, transformée ou adaptée. Une œuvre consistant en des modifications de forme, des annotations, des précisions ou en d’autres modifications qui, dans leur ensemble, constituent une œuvre originale de création, est une « œuvre dérivée ». [Je souligne.]

On retrouve le concept d’œuvre dérivée dans la Convention de Berne et dans la législation sur le droit d’auteur des États-Unis, d’Angleterre, d’Australie, de Nouvelle-Zélande et du Canada. Toutes ces dispositions témoignent de la progression commune des lois sur le droit d’auteur dont la protection étroite contre la simple reproduction matérielle littérale s’est étendue pour donner, au titulaire du droit d’auteur, le contrôle sur certains changements de médium et certaines adaptations de l’œuvre originale. Bien que la notion d’ « œuvres dérivées » trouve écho dans d’autres ressorts, notamment au Canada, le libellé de la loi américaine a une portée particulièrement étendue, notamment en ce qui concerne les termes [TRADUCTION] « toute autre forme dans laquelle une œuvre peut être refaçonée, transformée ou adaptée » dont on ne retrouve pas l’équivalent précis dans la législation canadienne.

L’industrie des affiches aux États-Unis conteste vigoureusement cette disposition de portée étendue sur les « œuvres dérivées », dans des instances contre les propriétaires des objets qui incorporent l’œuvre protégée par le droit d’auteur. Dans *Mirage Editions, précité*, par exemple, l’image protégée par le droit d’auteur a été appliquée sur une tuile de céramique. La 9th Circuit Court of Appeals a conclu que la céramique constituait une œuvre dérivée « nouvelle » et attentatoire. La 7th Circuit Court of Appeals a expressément rejeté cette conclusion dans *Lee c. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (1997), où elle a conclu que la fixation ne violait pas le droit d’auteur. Le juge Easterbrook a statué, au nom de la 7th Circuit Court, qu’une [TRADUCTION]

71

72

there was no distinction between framing works of art, an acceptable practice under copyright law, and more permanent methods of display, such as re-fixing the art work on tile. The 9th Circuit has taken a different view: see *Mirage Editions, supra*. These cases and their progeny typically turn on conflicting interpretations of the words “recast, transformed, or adapted” in the U.S. statutory definition, but even under that more expansive U.S. definition of “derivative works” the 7th Circuit concluded that permanently mounting the artwork on tile did not “recast, transform, or adapt” the work. If these words appeared in our Act, there would presumably be a similar battle of statutory construction here, with the respondent saying the work was “recast, transformed, or adapted”, and the appellants denying that characterization, but the conflict between the scope of the copyright holders’ economic rights to control the end uses of his work and the purchasers’ rights as owners of the material object is the same. In the absence of the “recast, transformed, or adapted” language (or equivalent) in our Act, however, the respondent is unable to rely on it as an additional basis of copyright liability. As Estey J. noted in *Compo, supra*, at p. 367:

. . . United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully because of some fundamental differences in copyright concepts which have been adopted in the legislation of that country.

« modification qui intègre (ou absorbe) une copie complète de l’original n’a aucune valeur sur le plan économique » (p. 581). Il a ensuite conclu qu’il n’existait aucune distinction entre l’encadrement des œuvres d’art, qui constitue une pratique acceptable selon les lois sur le droit d’auteur, et des méthodes plus permanentes d’exposition, telle la fixation à nouveau d’une œuvre sur une tuile. La 9th Circuit Court a adopté un point de vue différent : voir *Mirage Editions, précité*. Ces décisions et celles qui les ont suivies reposent habituellement sur des interprétations contradictoires des mots [TRADUCTION] « refaçonée, transformée ou adaptée » dans la définition énoncée dans la loi américaine. Même en appliquant cette définition américaine de l’expression « œuvres dérivées », qui a une portée étendue, la 7th Circuit Court a conclu que le transfert permanent de l’œuvre d’art sur une tuile n’avait pas eu pour effet de « refaçonner, transformer ni adapter » l’œuvre. Si ces mots figuraient dans notre loi, l’interprétation de la loi susciterait vraisemblablement ici la même controverse : l’intimé dirait que l’œuvre a été « refaçonée, transformée ou adaptée » et les appelants nieraient cette qualification. Toutefois, le conflit entre, d’une part, la portée des droits économiques des titulaires du droit d’auteur de contrôler les utilisations finales de leurs œuvres et, d’autre part, les droits des acheteurs en qualité de propriétaires de l’objet demeure le même. En l’absence des mots « refaçonée, transformée ou adaptée » ou de termes équivalents dans notre Loi, l’intimé ne peut cependant les invoquer comme motif additionnel d’assujettissement au droit d’auteur. Pour reprendre les propos du juge Estey dans l’arrêt *Compo, précité*, p. 367 :

La jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d’auteur fondamentalement différentes des nôtres.

Je dois souligner que, même si notre loi ne contient pas de notion explicite et distincte d’« œuvre dérivée », les mots « produire ou reproduire [. . .] l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque » figurant au par. 3(1) confèrent aux artistes et aux auteurs le droit exclusif de contrôler la préparation des œuvres dérivées comme le prospectus du

I should note that while there is no explicit and independent concept of “derivative work” in our Act, the words “produce or reproduce the work . . . in any material form whatever” in s. 3(1) confers on artists and authors the exclusive right to control the preparation of derivative works such as the union leaflet incorporating and multiplying the

Michelin man in the *Michelin* case, *supra*. See generally, McKeown, *supra*, at p. 64. In *King Features Syndicate, Inc. v. O. and M. Kleeman, Ltd.*, [1941] A.C. 417 (H.L.), under a provision in the English Act similar to s. 3(1) of our Act, the plaintiff's copyright in the cartoon character "Popeye the Sailor" was held to be infringed by an unauthorized doll, i.e., the two dimensional character was reproduced without authorization in a new three-dimensional form. See also W. J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law" (1982), 20 *Osgoode Hall L.J.* 191, at p. 203. To the extent, however, that the respondent seeks to enlarge the protection of s. 3(1) by reading in the general words "recast, transformed, or adapted" as a free-standing source of entitlement, his remedy lies in Parliament, not the courts.

VI. Conclusion with Respect to the Substantive Issue

My conclusion is that in this case the respondent is asserting a moral right in the guise of an economic right, and the attempt should be rejected.

If the respondent's argument were correct in principle, of course, the absence of authority would not prevent his success. It is in the nature of the subject that intellectual property concepts have to evolve to deal with new and unexpected developments in human creativity. The problem here is that the respondent's submission ignores the balance of rights and interests that lie at the basis of copyright law.

VII. Conclusion With Respect to the Procedural Issue

I agree with Gonthier J. that an art. 734 seizure before judgment is not available to an artist or author who relies on the alleged infringement of a moral right.

syndicat qui incorporait et multipliait le bonhomme Michelin dans l'affaire *Michelin*, précitée. Voir généralement McKeown, *op. cit.*, p. 64. Dans *King Features Syndicate, Inc. c. O. and M. Kleeman Ltd.*, [1941] A.C. 417 (H.L.), on a jugé, par application d'une disposition législative anglaise semblable au par. 3(1) de notre loi, qu'une poupée non autorisée du personnage de bande dessinée « Popeye le marin » violait le droit d'auteur de la partie demanderesse, c.-à-d. que le personnage en deux dimensions avait été reproduit sans autorisation sous une forme tridimensionnelle. Voir également W. J. Braithwaite, « Derivative Works in Canadian Copyright Law » (1982), 20 *Osgoode Hall L.J.* 191, p. 203. Néanmoins, dans la mesure où l'intimé veut étendre la portée de la protection accordée par le par. 3(1) en l'interprétant comme s'il contenait les mots « refaçonnée, transformée ou adaptée » comme source indépendante d'un droit, c'est le législateur et non la Cour qui peut répondre à sa demande.

VI. Conclusion relative à la question de fond

Je conclus qu'en l'espèce, l'intimé tente de faire valoir un droit moral sous le couvert d'un droit économique. Cette tentative doit être repoussée.

Bien entendu, si l'argument de l'intimé était juste sur le plan des principes, l'absence de jurisprudence ne l'empêcherait pas d'obtenir gain de cause. Il est dans l'ordre des choses que les notions de propriété intellectuelle évoluent pour tenir compte des innovations imprévues procédant de la créativité humaine. Le problème en l'espèce, c'est que l'argument de l'intimé ne prend pas en considération l'équilibre des droits et intérêts sur lequel repose la législation en matière de droit d'auteur.

VII. Conclusion relative à la question de procédure

Je conviens avec le juge Gonthier que l'artiste ou l'auteur qui allègue la violation d'un droit moral ne peut pas recourir à la saisie avant jugement permise par l'art. 734 du *Code de procédure civile* du Québec.

74

75

76

77 Article 734 of the Quebec *Code of Civil Procedure* is a [TRANSLATION] “draconian procedure” as Gonthier J. himself noted 25 years ago while sitting as a trial judge in *Thériault v. Succession de Rémi Thériault*, [1977] C.S. 1120, at p. 1121:

[TRANSLATION] It is moreover settled law that seizure before judgment is a draconian procedure and is an exception to the ordinary rules of law, and that a person who uses that procedure must comply strictly with the rules set out in the *Code of Civil Procedure*.

78 I think Parliament had good reason not to authorize seizure before judgment without judicial order where the only sustainable allegation of infringement relates to moral rights. As discussed earlier, moral rights are hedged about with the concept of reasonableness. The evaluation of a potential breach calls for the exercise of a good deal of judgment, e.g., an artist or author has the moral right to be associated with his or her work “where reasonable” (s. 14.1(1)). A distortion, mutilation or modification of a work is only actionable if it is to “the prejudice of the honour or reputation of the author” (s. 28.2(1)). The artist or writer should not become the judge in his own cause on such matters and it is therefore entirely understandable that Parliament should insist on prior judicial review before any seizure takes place based on an assertion of violation of moral rights.

79 I conclude therefore that at this stage of the interlocutory proceedings, the respondent has not brought himself within s. 38 of the *Copyright Act* and therefore had no authority to obtain a seizure of the appellants’ copies under art. 734 of the Quebec *Code of Civil Procedure*. Whether a fuller record adduced at trial will demonstrate a breach of economic rights or moral rights will be for the trial judge to determine. At this stage, we need to decide only that the interlocutory record did not justify the seizure before judgment.

VIII. Disposition

80 The appeal should be allowed. I would vacate the order of the Quebec Court of Appeal and restore the

L’article 734 prévoit une « procédure draconienne », comme le juge Gonthier l’a lui-même fait remarquer il y a 25 ans lorsqu’il siégeait en première instance dans l’affaire *Thériault c. Succession de Rémi Thériault*, [1977] C.S. 1120, p. 1121 :

Il est de plus de jurisprudence constante que la saisie avant jugement est une procédure draconienne et dérogoire aux règles habituelles du droit et que celui qui y a recours se doit de respecter rigoureusement les règles prescrites par le *Code de procédure civile*.

J’estime que le législateur avait de bonnes raisons de ne pas autoriser la saisie avant jugement sans ordonnance judiciaire dans les cas où la seule allégation d’acte illégal est la violation des droits moraux. Comme je l’ai mentionné précédemment, les droits moraux sont circonscrits par la notion de caractère raisonnable. L’évaluation d’une violation potentielle fait grandement appel à l’exercice du jugement, p. ex., un artiste ou un auteur a le droit moral de revendiquer la création de son œuvre « compte tenu des usages raisonnables » (par. 14.1(1)). La déformation, la mutilation ou la modification d’une œuvre ne peut donner lieu à une poursuite que si elle est faite « d’une manière préjudiciable à l’honneur ou à la réputation de l’auteur » (par. 28.2(1)). L’artiste ou l’auteur ne doit pas devenir juge de sa propre cause en ces matières. Il est donc tout à fait compréhensible que le législateur insiste sur la tenue d’un examen judiciaire préalable à toute saisie fondée sur une allégation de violation des droits moraux.

Je conclus donc qu’à la présente étape de l’instance interlocutoire, l’intimé ne répondait pas aux critères d’application de l’art. 38 de la Loi. Par conséquent, l’art. 734 du *Code de procédure civile* du Québec ne lui permettait pas d’obtenir la saisie des exemplaires des appelants. Il appartiendra au juge de première instance de déterminer si la preuve plus complète produite au procès démontre l’existence d’une violation des droits économiques ou des droits moraux. À ce stade-ci, il nous suffit de conclure que le dossier interlocutoire ne justifiait pas la saisie avant jugement.

VIII. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Je suis d’avis d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel du Québec et de

order of the motions judge setting aside the seizure and ordering that the seized goods be returned to the appellants. As this is an interlocutory proceeding, the costs both here and in the courts below should be to the appellants in the cause, i.e., the appellants will be entitled to their costs of these interlocutory proceedings only if they ultimately succeed in the action on the merits.

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

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

The issue in this case involves the validity of a seizure before judgment under s. 38(1) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (“C.A.”), and art. 734(1) of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”). The only matter before this Court is the seizure of the canvas-backed reproductions of the paper posters that embody the respondent artist’s works. In order to dispose of that question, however, we must first determine whether the process of transferring a poster onto canvas can give rise to an infringement of the exclusive rights conferred by the C.A. and thereby constitute a form of copyright infringement.

II. Facts

The new process in issue here involves lifting only the ink that was used in printing a paper poster and transferring it onto a canvas. This process eliminates any trace of what was previously printed on the poster, leaving it blank. There is therefore no increase in the total number of reproductions.

The appellants Galerie d’Art Yves Laroche inc., Galerie d’Art du Petit Champlain inc., Galerie d’Art Laroche, Denis inc. and Serge Rosa each operate an art gallery, while the appellant Éditions Multi-Graph ltée runs a publishing firm. The respondent, Claude Théberge, is a painter who enjoys a well-established reputation in Canada, the United States and Europe.

rétablir l’ordonnance du juge des requêtes annulant la saisie et ordonnant la restitution des biens saisis aux appelants. Comme il s’agit d’une instance interlocutoire, les dépens devant notre Cour et les tribunaux d’instance inférieure doivent être accordés aux appelants suivant l’issue de l’instance, c.-à-d. que les appelants auront droit aux dépens relatifs à ces instances interlocutoires seulement s’ils ont finalement gain de cause sur le fond de l’action.

Les motifs des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

La présente affaire met en cause la validité d’une saisie avant jugement faite en vertu du par. 38(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (« *L.d.a.* »), et du par. 734(1) du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). Seule la saisie d’entoilages d’affiches papier des œuvres de l’artiste intimé demeure en litige devant notre Cour. Afin de statuer sur cette question, il est toutefois nécessaire de déterminer a priori si l’entoilage d’une affiche papier peut donner lieu à une violation des droits exclusifs octroyés par la *L.d.a.* et constituer par le fait même une forme de contrefaçon.

II. Faits

L’entoilage est un procédé récent qui permet de prélever d’une affiche papier imprimée les seules encres utilisées et de les reporter sur une toile. Ce procédé laisse l’affiche d’origine blanche, sans trace de ce qui y avait été précédemment imprimé. Il n’y a donc pas, en fin de compte, augmentation du nombre total de reproductions.

Les appelants Galerie d’Art Yves Laroche inc., Galerie d’Art du Petit Champlain inc., Galerie d’Art Laroche, Denis inc. et Serge Rosa tiennent chacun une galerie d’art, alors que l’appelante Éditions Multi-Graph ltée exploite une maison d’édition. L’intimé, M. Claude Théberge, est un artiste peintre qui jouit d’une réputation enviable

81

82

83

Under s. 13(1) C.A., he was the first owner of the copyright in his works.

au Canada, aux États-Unis et en Europe. En vertu du par. 13(1) *L.d.a.*, il était premier titulaire du droit d'auteur sur ses œuvres.

84

The respondent had nonetheless contractually authorized the reproduction of some of his works, being careful to define the exact scope and type of reproductions authorized. As a representative contract, the parties introduced in evidence a written agreement dated October 29, 1996, in which the respondent assigned the right to publish 10,000 reproductions, 100,000 cards and other stationery products representing the work *Célébration* to Éditions Galerie L'Imagerie É.G.I. Ltée ("É.G.I."). Under the heading [TRANSLATION] Product(s)", the contract provides as follows: [TRANSLATION] "Reproduction 50 x 60cm - 19.7 x 23.6. - No. 6304 and/or cards and/or stationery". Then, under the heading [TRANSLATION] "Printing(s)" it specifies "Maximum ten thousand (10,000) reproductions and/or one hundred thousand (100,000) cards and/or stationery as advised". And under the heading [TRANSLATION] "Compensation", it stipulates that [TRANSLATION] "the publisher will give the artist, free of charge, twenty-five (25) reproductions and/or one hundred (100) cards as artist's proofs".

L'intimé avait néanmoins contractuellement autorisé la reproduction de certaines de ses œuvres en prenant le soin de définir explicitement l'étendue et le type de reproductions autorisées. À titre de contrat type, les parties ont mis en preuve une entente écrite en date du 29 octobre 1996, par laquelle l'intimé cède aux Éditions Galerie L'Imagerie É.G.I. Ltée (« É.G.I. ») le droit de publier 10 000 reproductions, 100 000 cartes ainsi que d'autres produits de papeterie représentant l'œuvre *Célébration*. Sous la rubrique « Le(s) produit(s) », ce contrat énonce : « Reproduction 50 x 60cm - 19,7 x 23,6. No. 6304 et/ou cartes et/ou papeterie ». Ensuite, la rubrique « Le(s) tirage(s) » mentionne « Maximum dix mille (10 000) reproductions et/ou cent mille (100 000) cartes et/ou papeterie selon avis ». Enfin, sous la rubrique « Les compensations », il est stipulé que « [l']éditeur remettra gratuitement à l'artiste vingt-cinq (25) reproductions et/ou cent (100) cartes à titre d'épreuves d'artiste ».

85

Moreover, art. 9 of the contract, entitled [TRANSLATION] "Other stationery products", stipulates:

Par ailleurs, la clause 9 du contrat, intitulée « Autres produits de papeterie » stipule :

[TRANSLATION] The publisher is authorized to produce other stationery products (e.g., calendars, agendas, address books, writing paper, wrapping paper, gift boxes, etc.) if it informs the artist of the quantities published and sales generated, and if it pays him royalties equivalent to the royalties agreed to herein.

L'éditeur est autorisé à produire d'autres produits de papeterie (ex., calendrier, agenda, carnet d'adresses, papier à lettre, papier d'emballage, boîte-cadeau, etc.) s'il fait rapport à l'artiste des quantités publiées et des ventes réalisées, et s'il lui verse des royautés équivalentes à celles ici convenues.

86

Article 19, entitled [TRANSLATION] "Free use of the product", stipulates:

La clause 19, intitulée « Libre utilisation du produit », stipule quant à lui :

[TRANSLATION] The product is offered for sale without restriction as to use, i.e. it may be framed, laminated or combined with other products and such uses shall not be considered to have generated products or sub-products other than those provided for in this contract.

Le produit est mis en vente sans restriction d'utilisation, i.e. qu'il peut être encadré, laminé ou regroupé avec d'autres produits sans que ces utilisations ne soient considérées comme ayant généré des produits ou sous-produits autres que ceux prévus à ce contrat.

87

The appellant art galleries had all purchased cards, photolithographs and posters embodying various of the artist's works, and then transferred

Les galeries d'art appelantes ont toutes acheté des cartes, photolithographies et affiches représentant différentes œuvres de l'artiste, pour ensuite en

the image to canvas using the process described earlier. Although the possibility that there were other suppliers was mentioned, it seems that the stationery products that were transferred onto canvas by that process were purchased mainly from É.G.I.

Given this situation, the respondent applied for an injunction, accounting, and damages in the Quebec Superior Court. He also obtained a writ of seizure before judgment under art. 735 *C.C.P.* As well, he applied for seizure of, *inter alia*, all of the canvas-backed reproductions embodying his works, claiming to have a deemed right of ownership in those items under s. 38 *C.A.* The appellants applied to have the seizure quashed under art. 738 *C.C.P.* The validity of the seizure before judgment of the canvas-backed reproductions is the only matter before this Court.

III. Relevant Statutory Provisions

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

734. The plaintiff may also seize before judgment:

(1) the movable property which he has a right to revendicate;

. . .

(5) the movable property which a provision of law permits him to seize in order to assure the exercise of his rights upon it.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

2. . . .

“infringing” means

(a) in relation to a work in which copyright subsists, any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act,

. . .

The definition includes a copy that is imported in the circumstances set out in paragraph 27(2)(e) and

entoiler l'image selon le procédé décrit précédemment. Bien que la possibilité d'autres sources ait été évoquée, il appert que les produits de papeterie ainsi entoilés aient principalement été achetés de É.G.I.

Devant cette situation, l'intimé a intenté un recours en injonction, reddition de comptes et dommages-intérêts devant la Cour supérieure du Québec. Il a également obtenu la délivrance d'un bref de saisie avant jugement en vertu de l'art. 735 *C.p.c.* Il requerrait ainsi que soient saisis, entre autres choses, tous les entoilages de ses œuvres, alléguant avoir un droit de propriété présumé sur ces biens en vertu de l'art. 38 *L.d.a.* Les appelants ont demandé la cassation de cette saisie en vertu de l'art. 738 *C.p.c.* C'est sur la validité de la saisie avant jugement des seuls entoilages que nous sommes appelés à nous prononcer.

III. Dispositions législatives pertinentes

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

734. Le demandeur peut aussi faire saisir avant jugement :

1. le bien meuble qu'il est en droit de revendiquer;

. . .

5. le bien meuble qu'une disposition de la loi lui permet de faire saisir pour assurer l'exercice de ses droits sur icelui.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

2. . . .

« contrefaçon »

a) À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

. . .

La présente définition exclut la reproduction — autre que celle visée par l'alinéa 27(2)e) et l'article

section 27.1 but does not otherwise include a copy made with the consent of the owner of the copyright in the country where the copy was made;

. . .

“copyright” means the rights described in

(a) section 3, in the case of a work,

. . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof . . .

. . .

13. (1) Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein.

. . .

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner’s duly authorized agent.

. . .

14.1 (1) The author of a work has, subject to section 28.2, the right to the integrity of the work and, in connection with an act mentioned in section 3, the right, where reasonable in the circumstances, to be associated with the work as its author by name or under a pseudonym and the right to remain anonymous.

(2) Moral rights may not be assigned but may be waived in whole or in part.

(3) An assignment of copyright in a work does not by that act alone constitute a waiver of any moral rights.

(4) Where a waiver of any moral right is made in favour of an owner or a licensee of copyright, it may be

27.1 — faite avec le consentement du titulaire du droit d’auteur dans le pays de production.

. . .

« droit d’auteur » S’entend du droit visé :

a) dans le cas d’une œuvre, à l’article 3;

. . .

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante . . .

. . .

13. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l’auteur d’une œuvre est le premier titulaire du droit d’auteur sur cette œuvre.

. . .

(4) Le titulaire du droit d’auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d’une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n’est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l’objet, ou par son agent dûment autorisé.

. . .

14.1 (1) L’auteur d’une œuvre a le droit, sous réserve de l’article 28.2, à l’intégrité de l’œuvre et, à l’égard de tout acte mentionné à l’article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d’en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l’anonymat.

(2) Les droits moraux sont incessibles; ils sont toutefois susceptibles de renonciation, en tout ou en partie.

(3) La cession du droit d’auteur n’emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.

(4) La renonciation au bénéfice du titulaire du droit d’auteur ou du détenteur d’une licence peut, à

invoked by any person authorized by the owner or licensee to use the work, unless there is an indication to the contrary in the waiver.

14.2 (1) Moral rights in respect of a work subsist for the same term as the copyright in the work.

(2) The moral rights in respect of a work pass, on the death of its author, to

(a) the person to whom those rights are specifically bequeathed;

(b) where there is no specific bequest of those moral rights and the author dies testate in respect of the copyright in the work, the person to whom that copyright is bequeathed; or

(c) where there is no person described in paragraph (a) or (b), the person entitled to any other property in respect of which the author dies intestate.

. . .

27. (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

. . .

28.1 Any act or omission that is contrary to any of the moral rights of the author of a work is, in the absence of consent by the author, an infringement of the moral rights.

28.2 (1) The author's right to the integrity of a work is infringed only if the work is, to the prejudice of the honour or reputation of the author,

(a) distorted, mutilated or otherwise modified; or

(b) used in association with a product, service, cause or institution.

(2) In the case of a painting, sculpture or engraving, the prejudice referred to in subsection (1) shall be deemed to have occurred as a result of any distortion, mutilation or other modification of the work.

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work.

. . .

moins d'une stipulation contraire, être invoquée par quiconque est autorisé par l'un ou l'autre à utiliser l'œuvre.

14.2 (1) Les droits moraux sur une œuvre ont la même durée que le droit d'auteur sur celle-ci.

(2) Au décès de l'auteur, les droits moraux sont dévolus à son légataire ou, à défaut de disposition testamentaire expresse, soit au légataire du droit d'auteur, soit, en l'absence d'un tel légataire, aux héritiers de l'auteur.

. . .

27. (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

. . .

28.1 Constitue une violation des droits moraux de l'auteur sur son œuvre tout fait — acte ou omission — non autorisé et contraire à ceux-ci.

28.2 (1) Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) Toute déformation, mutilation ou autre modification d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure est réputée préjudiciable au sens du paragraphe (1).

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi.

. . .

34. (1) Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

(2) In any proceedings for an infringement of a moral right of an author, the court may grant to the author or to the person who holds the moral rights by virtue of subsection 14.2(2) or (3), as the case may be, all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

38. (1) Subject to subsection (2), the owner of the copyright in a work or other subject-matter may

(a) recover possession of all infringing copies of that work or other subject-matter, and of all plates used or intended to be used for the production of infringing copies, and

(b) take proceedings for seizure of those copies or plates before judgment if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings,

as if those copies or plates were the property of the copyright owner.

(Emphasis added.)

IV. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court*

90 BÉlanger J. concluded that transferring an authorized paper reproduction onto canvas did not amount to infringement within the meaning of the C.A.: [1999] Q.J. No. 4472 (QL).

91 He relied first on art. 19 of the representative contract, which stipulates: [TRANSLATION] “[t]he product is offered for sale without restriction as to use, i.e. it may be framed, laminated or combined with other products and such uses shall not be considered to have generated products or sub-products other than those provided for in this contract” (emphasis added). Thus, he apparently interpreted that clause as conferring broad authority to alter the substrate or medium of the work.

34. (1) En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

(2) Le tribunal, saisi d'un recours en violation des droits moraux, peut accorder à l'auteur ou au titulaire des droits moraux visé au paragraphe 14.2(2) ou (3), selon le cas, les réparations qu'il pourrait accorder, par voie d'injonction, de dommages-intérêts, de reddition de compte, de remise ou autrement, et que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit.

38. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le titulaire du droit d'auteur peut, comme s'il en était le propriétaire, recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d'œuvres ou de tout autre objet de ce droit d'auteur et de toutes les planches qui ont servi ou sont destinées à servir à la confection de ces exemplaires, ou engager à leur égard des procédures de saisie avant jugement si une loi fédérale ou une loi de la province où sont engagées les procédures le lui permet.

(Je souligne.)

IV. Jugements antérieurs

A. *Cour supérieure du Québec*

Le juge BÉlanger a conclu que l'entoilage d'une reproduction papier autorisée n'équivaut pas à contrefaçon au sens de la *L.d.a.* : [1999] J.Q. n° 4472 (QL).

Il s'est d'abord fondé sur la clause 19 du contrat type, qui stipule que « [l]e produit est mis en vente sans restriction d'utilisation, i.e. qu'il peut être encadré, laminé ou regroupé avec d'autres produits sans que ces utilisations ne soient considérées comme ayant généré des produits ou sous-produits autres que ceux prévus à ce contrat » (je souligne). Il a donc vraisemblablement interprété cette clause comme conférant une vaste faculté de modifier le support de l'œuvre.

Bélanger J. relied heavily on the reasoning of Southey J. in *Fetherling v. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253 (Ont. H.C.). He also observed that the process of transferring onto canvas [TRANSLATION] “does not in any way constitute new, unauthorized copies of the work” (para. 6), since the image is physically transferred from the paper onto the canvas. Bélanger J. added that the cards in the possession of the appellant Serge Rosa had all been purchased from the authorized publisher, É.G.I.

Bélanger J. therefore concluded that the respondent could not benefit from the presumption of ownership created by s. 38(1) C.A. He ordered that the seizure be quashed.

B. *Quebec Court of Appeal*

Since this was an interlocutory proceeding, the respondent had to bring a motion for leave to appeal under arts. 26 and 511 C.C.P. Nuss J.A., sitting as a single judge, allowed the motion but [TRANSLATION] “only as it relates to the quashing of the seizure and the release ordered with respect to goods that are reproductions on canvas” (emphasis added). The issue in the Court of Appeal was therefore substantially narrower. This Court may not dispose of any issue that was not before the Court of Appeal.

The three judges agreed that the respondent’s appeal should be allowed: [2000] Q.J. No. 412 (QL). Michaud C.J.Q. and Delisle J.A. wrote separate reasons, however, each emphasizing different aspects. Beauregard J.A. concurred in their analysis.

Michaud C.J.Q. first stated that the publishing contracts showed that the respondent had consented only to paper-backed reproductions and not canvas-backed reproductions. He also distinguished laminating, framing or mounting a paper-backed reproduction onto another substrate from transferring a paper-backed reproduction onto canvas. While the basic nature of a paper-backed reproduction remains the same when it is glued, framed or laminated, transferring a reproduction onto canvas changes its nature. Furthermore, the value of a

Le juge Bélanger s’est par ailleurs fortement appuyé sur le raisonnement du juge Southey dans l’affaire *Fetherling c. Boughner* (1978), 40 C.P.R. (2d) 253 (H.C. Ont.). Aussi a-t-il constaté que le procédé de transfert sur toile « ne constitue pas pour autant de nouvelles copies non autorisées de l’œuvre » (par. 6), puisque l’image est physiquement transférée du papier à la toile. Il a finalement mentionné que les cartes en la possession de l’appellant Serge Rosa avaient toutes été achetées de l’éditeur autorisé É.G.I.

Le juge Bélanger a donc conclu que l’intimé ne pouvait bénéficier de la présomption de propriété créée par le par. 38(1) *L.d.a.* Il a octroyé mainlevée des saisies.

B. *Cour d’appel du Québec*

Comme il s’agissait d’une affaire interlocutoire, l’intimé a dû présenter une requête pour permission d’appeler en vertu des art. 26 et 511 *C.p.c.* Le juge Nuss, siégeant seul, a accueilli la requête, mais « seulement en ce qui concerne l’annulation de la saisie et la mainlevée ordonnée quant aux biens qui sont des reproductions sur toile » (je souligne). Le litige devant la cour d’appel se voyait alors considérablement circonscrit. Or, notre Cour ne peut se prononcer au-delà de ce qui faisait controverse devant la Cour d’appel.

Les trois juges se sont accordés pour accueillir l’appel de l’intimé : [2000] J.Q. n° 412 (QL). Le juge en chef Michaud et le juge Delisle ont toutefois rédigé des opinions distinctes, chacun insistant sur différents éléments. Le juge Beauregard a souscrit à leur analyse.

Le juge en chef Michaud a d’abord posé que les contrats d’édition montrent que l’intimé n’a consenti qu’à des reproductions papier, et non à des reproductions sur toile. Il a par ailleurs distingué le laminage, l’encadrement et l’apposition sur un autre support d’une reproduction papier, d’une part, de son entoilage, d’autre part. Car, si une reproduction papier conserve sa nature première lorsque collée, encadrée ou laminée, l’entoilage donne lieu à une modification de cette même nature. D’autre part, la valeur d’une reproduction papier encadrée ou

92

93

94

95

96

paper-backed reproduction that is framed or laminated is equal to the sum of the value of the poster and the cost of the process, while transferring a reproduction onto canvas allows a vendor to charge more than the sum of the costs.

laminée est égale à la somme de la valeur de l'affiche et du coût du procédé. En revanche, un entoilage permet au vendeur d'obtenir plus que cette somme.

97 Michaud C.J.Q. therefore concluded that the original painting had indeed been reproduced, even though the technique used for doing it consisted in transferring a paper-backed reproduction onto canvas. In addition, the rights of the artist had in fact been infringed even though the rights of the authorized publishers might not have been.

Le juge en chef Michaud a donc conclu qu'il y a bel et bien eu reproduction du tableau d'origine, même si la technique pour y arriver était l'entoilage d'une reproduction papier. Aussi, bien qu'il n'y ait peut-être pas eu atteinte aux droits des éditeurs autorisés, il y a eu atteinte aux droits de l'artiste.

98 Delisle J.A. reviewed a number of relevant sections of the C.A. He first considered the definition of "infringing" in s. 2, that is any copy of a work made or dealt with in contravention of that Act. Then he referred to the sole right to "produce or reproduce . . . in any material form whatsoever" in s. 3(1). He then cited the description in s. 27 of what constitutes an infringement of copyright: "for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do". He then interpreted those provisions and concluded that the canvas-backed reproductions in question, which had been made without the consent of the respondent, constituted a reproduction of his works in a different form, and was therefore infringement.

Le juge Delisle a quant à lui passé en revue certains articles pertinents de la *L.d.a.* Il s'est d'abord penché sur la définition de « contrefaçon » énoncée à l'art. 2, soit la reproduction d'une œuvre faite contrairement à la loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la Loi. Puis, il a fait référence au droit exclusif de « produire ou [de] reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque » conféré par le par. 3(1). Enfin, il a évoqué la description contenue à l'art. 27 de ce qui constitue une violation du droit d'auteur, soit « l'accomplissement, sans le consentement du titulaire [du] droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir ». Procédant à l'interprétation de ces dispositions, il en est arrivé à la conclusion que les entoilages visés, effectués en l'absence du consentement de l'intimé, constituent une reproduction de ses œuvres sous une forme différente. Il s'agissait donc de contrefaçon.

99 The Court of Appeal accordingly allowed the appeal and upheld the seizure before judgment with respect to the canvas-backed reproductions.

La Cour d'appel a donc accueilli l'appel et maintenu la saisie avant jugement quant aux entoilages.

V. Issue

V. Question en litige

100 In my opinion, there is only one real issue in this case: whether the canvas-backed reproductions of the artist's paintings constitute infringement within the meaning of the C.A. As I will explain in greater detail in the analysis, the validity of the seizure before judgment of the canvas-backed reproductions depends entirely on the answer to that question. If we conclude that the canvas-backed reproductions are infringing copies, the respondent

Il n'est, à mon avis, qu'une véritable question en litige en l'espèce : déterminer si l'entoilage de reproductions papier des tableaux de l'intimé donne lieu à un acte de contrefaçon au sens de la *L.d.a.* Comme j'expliquerai plus en détail dans l'analyse, la validité de la saisie avant jugement des entoilages dépend entièrement de la réponse à cette question. Si l'on conclut que les entoilages sont des exemplaires contrefaits, l'intimé est réputé propriétaire des

is deemed to be the owner of the items under s. 38 C.A. The seizure would then be valid. If, however, we reach the contrary conclusion, the seizure must be set aside.

VI. Analysis

A. *Seizure Before Judgment*

(1) Interaction Between Article 734(1) C.C.P. and Section 38(1) C.A.

Article 734(1) C.C.P. allows a plaintiff to seize before judgment the movable property which he has a right to revendicate. Section 38(1) C.A. provides that “the owner of the copyright in a work . . . may recover possession of all infringing copies of that work . . . and take proceedings for seizure of those copies . . . before judgment if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings, as if those copies . . . were the property of the copyright owner”.

The fate of the revendication and seizure is therefore inextricably tied to the determination of the issue of infringement. If the canvas-backed reproductions constitute infringing copies of the respondent's works, the respondent is entitled to revendicate them under s. 38(1) C.A. That right of revendication will then serve as the basis for the right of seizure before judgment under art. 734(1) C.C.P. (see, for example, *Tri-Tex Co. v. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.); *2946-1993 Québec inc. v. Sysbyte Telecom inc.*, Sup. Ct. Mtl. No. 500-05-064484-015, May 2, 2001, J.E. 2001-1143).

The determination of the infringement issue in this case is relevant in determining whether the affidavit in support of the application for a writ of seizure (art. 738 C.C.P.) was sufficient. This is a moot point having regard to the veracity of the relevant facts alleged in the affidavit. The appellants' admissions relating to the transfer onto canvas of some paper-backed reproductions of the respondent's works have alone eliminated any uncertainty on that point.

biens en vertu de l'art. 38 *L.d.a.* La saisie sera alors valide. Si l'on en vient à la conclusion contraire, cependant, la saisie doit être cassée.

VI. Analyse

A. *Saisie avant jugement*

(1) Interaction entre le par. 734(1) C.p.c. et le par. 38(1) L.d.a.

Le paragraphe 734(1) C.p.c. permet à un demandeur de saisir avant jugement le bien meuble qu'il est en droit de revendiquer. Le paragraphe 38(1) *L.d.a.* énonce quant à lui que « le titulaire du droit d'auteur peut, comme s'il en était le propriétaire, recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d'œuvres [. . .] ou engager à leur égard des procédures de saisie avant jugement si une loi fédérale ou une loi de la province où sont engagées les procédures le lui permet ».

Le sort de la saisie-revendication est donc inextricably lié à la détermination de la question de la contrefaçon. S'il se trouve que les entoilages constituent des exemplaires contrefaits des œuvres de l'intimé, ce dernier se voit investi du droit de les revendiquer en vertu des dispositions du par. 38(1) *L.d.a.* Ce droit de revendication constituera ensuite le fondement du droit de saisir avant jugement en vertu du par. 734(1) C.p.c. (à titre d'exemple, voir *Tri-Tex Co. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.); *2946-1993 Québec inc. c. Sysbyte Telecom inc.*, C.S. Mtl., n° 500-05-064484-015, le 2 mai 2001, J.E. 2001-1143).

La détermination de la question de savoir s'il y a eu contrefaçon ou non en l'espèce est pertinente à l'examen de la suffisance de l'affidavit à l'appui de la demande de délivrance du bref de saisie (art. 738 C.p.c.). Il n'y a pas matière à débat eu égard à la véracité des faits pertinents allégués à l'affidavit. À elles seules, les admissions des appelants quant à l'entoilage de certaines reproductions papier des œuvres de l'intimé ont pour effet d'éliminer toute incertitude à cet égard.

101

102

103

104 A decision with respect to the sufficiency of the affidavit in support of a seizure before judgment is not, strictly speaking, a decision on the merits of the case. The judge who analyses the issue of sufficiency must nonetheless examine the logical connection between the facts alleged and the right to seize before judgment (*Stopponi v. Bélanger*, [1988] R.D.J. 33 (C.A.), at p. 37).

105 In this case, however, the question of the connection between the facts and the right to seize is completely indistinguishable from the question of the infringement of the respondent's copyright. This is so by reason of s. 38(1) C.A., which states that "the owner of the copyright in a work . . . may recover possession of all infringing copies of that work . . . and take proceedings for seizure of those copies . . . before judgment if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings, as if those copies . . . were the property of the copyright owner" (emphasis added). "Infringing", as defined by s. 2 C.A., requires an infringement of the copyright. In other words, in order to conclude that the process of transferring onto canvas gives rise to an act of infringement, it must first be established that it constitutes a copyright infringement.

106 In short, in order for the facts in the affidavit to meet the sufficiency requirement in the C.C.P., they must establish that an infringement has occurred. The issues of sufficiency and copyright infringement therefore involve the same elements of fact and law. Since the relevant facts were admitted, the legal issue is all that remains to be decided. That issue is a narrow one, and calls for a determination of whether the process of transferring onto canvas amounts to infringement.

(2) Risk of Abuse

107 Counsel for the appellants argued that we should apply the rigorous tests relating to recognition of the validity of seizures before judgment under art. 734 C.C.P. Those tests refer to, *inter alia*, the possibility of abuse and the devastating effects that such proceedings may have on the parties involved.

Une décision quant à la suffisance de l'affidavit au soutien d'une saisie avant jugement ne constitue pas, à proprement parler, une décision sur le fond de l'affaire en litige. Le juge qui analyse la question de la suffisance doit toutefois procéder à un examen du rapport logique entre les faits allégués et le droit à la saisie avant jugement (*Stopponi c. Bélanger*, [1988] R.D.J. 33 (C.A.), p. 37).

En l'espèce, cependant, l'examen du rapport entre les faits et le droit à la saisie se confond parfaitement avec celui de la violation du droit d'auteur de l'intimé. Ceci découle du par. 38(1) *L.d.a.*, qui affirme que « le titulaire du droit d'auteur peut, comme s'il en était le propriétaire, recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d'œuvres [. . .] ou engager à leur égard des procédures de saisie avant jugement si une loi fédérale ou une loi de la province où sont engagées les procédures le lui permet » (je souligne). Or, la « contrefaçon » telle que définie à l'art. 2 *L.d.a.* requiert une violation du droit d'auteur. Autrement dit, afin de conclure que le procédé d'entoilage donne lieu à un acte de contrefaçon, l'on doit préalablement montrer qu'il donne lieu à une violation du droit d'auteur.

En somme, pour que les faits de l'affidavit répondent à l'exigence de suffisance du C.p.c., il faut qu'ils révèlent la commission d'un acte de contrefaçon. La question de la suffisance et la question de la violation du droit d'auteur mettent donc en jeu les mêmes éléments de fait et de droit. Comme les faits pertinents ont été admis, seule la question juridique reste à trancher. Or, cette question est bien circonscrite, requérant de déterminer si le procédé d'entoilage équivaut à contrefaçon.

(2) Le risque d'abus

Les procureurs des appelants ont plaidé en faveur de l'application de critères sévères relativement à la reconnaissance de la validité des saisies avant jugement selon l'art. 734 C.p.c. Ceux-ci évoquent notamment la possibilité d'abus et les effets dévastateurs que de telles procédures peuvent avoir sur les parties saisies.

While a seizure before judgment under art. 734 *C.C.P.* may be carried out without prior approval by a judge, it must also be noted that this is a conservatory measure the purpose of which is simply to [TRANSLATION] “obtain possession of property that is in dispute . . . and place it under the authority of the court until it has determined the respective rights of the parties” (see C. Belleau, “Des mesures provisionnelles”, in D. Ferland and B. Emery, eds., *Précis de procédure civile du Québec* (3rd ed. 1997), vol. 2, 301, at p. 307; *Molloy v. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941 (Sup. Ct.)). As was previously mentioned, seizure before judgment does not, strictly speaking, call for a determination of the merits of the case. That is in fact why the affidavit in support of the application for a writ need only set out sufficient supporting facts, and those facts must be accepted by the judge who hears the motion to quash under art. 738 *C.C.P.*

Furthermore, the guarantees provided by the provisions of the *C.C.P.* limit the opportunities for abuse. First, art. 738 *C.C.P.* allows the defendant to apply, by motion, for the seizure to be quashed because of the insufficiency or the falsity of the affidavit on the strength of which the writ was issued. This means that if an affidavit is too brief or contains false allegations, the seizure will be quashed. Furthermore, under art. 738 *C.C.P.* when the affidavit is contested, the burden is on the seizing party to prove the allegations in the affidavit. As Professor Belleau observes, *supra*, at p. 303:

[TRANSLATION] [T]he seizure before judgment may be quashed (arts. 737, 738), if requested by another party to the main action, or release may be granted (art. 739), but, as a rule, these circumstances will not affect the conduct of the action, which may continue until the final judgment is rendered or a settlement between the parties is signed.

Furthermore, when the seizure takes place under art. 734(1) *C.C.P.*, as in this case, the affidavit must establish, at the very least, a right to recover possession of the property in order to satisfy the requirement of sufficiency. There must be a sufficient logical connection between the facts alleged and the

Il est vrai qu’une saisie avant jugement en vertu de l’art. 734 *C.p.c.* s’obtient sans autorisation préalable d’un juge. Il faut toutefois ajouter qu’il s’agit là d’une mesure conservatoire qui vise simplement à « obtenir la possession d’un bien faisant l’objet [d’un] litige [. . .] et [à] le placer sous l’autorité de la justice jusqu’à ce que le tribunal ait établi les droits respectifs des parties ». (Voir C. Belleau « Des mesures provisionnelles », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec* (3^e éd. 1997), vol. 2, 301, p. 307; *Molloy c. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941 (C.S.)). Comme je l’ai précédemment évoqué, une saisie avant jugement n’implique pas à proprement parler une détermination du fond du litige. C’est d’ailleurs la raison pour laquelle l’affidavit à l’appui de la demande de délivrance du bref n’a qu’à faire état de faits justificatifs suffisants et ces faits doivent être tenus pour avérés par le juge qui traite une requête en cassation en vertu de l’art. 738 *C.p.c.*

Les garanties offertes par les dispositions du *C.p.c.* restreignent par ailleurs les possibilités d’abus. D’abord, l’art. 738 *C.p.c.* permet à la partie défenderesse de demander, par voie de requête, l’annulation de la saisie en raison de l’insuffisance ou de la fausseté de l’affidavit sur la foi duquel le bref a été délivré. Ainsi, en présence d’un affidavit trop laconique ou contenant des allégations fausses, la saisie sera cassée. Qui plus est, l’art. 738 *C.p.c.* impose à la partie saisissante le fardeau de prouver la véracité des allégations contenues à l’affidavit, dès que celui-ci est contesté. Comme le souligne le professeur Belleau, *loc. cit.*, p. 303 :

[L]a saisie avant jugement peut être annulée sur demande d’une autre partie au litige principal (a. 737, 738) ou faire l’objet d’une mainlevée (a. 739), mais ces événements n’affecteront pas en principe le déroulement de ce litige qui pourra se poursuivre jusqu’au prononcé du jugement final ou à la signature d’une transaction entre les parties.

Par ailleurs, lorsqu’il s’agit d’une saisie en vertu du par. 734(1) *C.p.c.* comme en l’espèce, l’affidavit doit montrer qu’il existe à tout le moins un droit à la revendication du bien pour satisfaire à l’exigence de suffisance. Il doit ainsi exister un lien logique suffisant entre les faits allégués et les conditions

108

109

110

requirements for the revindication of the right. In this case, we would therefore have to set the seizure aside if the affidavit contained facts that did not logically support a finding of infringement. Although seizure before judgment is an exceptional proceeding, it is the appropriate vehicle in this case, as provided in s. 38(1) *C.A.* In a recent article, Laurent Carrière highlights the significance of s. 38(1) in the application of art. 734 *C.C.P.* (L. Carrière, "Voies et recours civils en matière de violation de droits d'auteur au Canada", in *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2001), 395, at pp. 469-70):

[TRANSLATION] Subsection 38(1) allows the copyright owner to claim possession of all infringing copies of a work, *as the owner*, and henceforth provides a statutory basis for proceedings to recover possession and seizure before judgment "if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings. . . ."

In Quebec, the proceedings will be instituted under art. 734(1) of the *Code of Civil Procedure*. . . . We would recall that under that article, the seizing party is not required to argue that his debt may be put in jeopardy. [Emphasis in original; citations omitted.]

It is therefore important to carry out a contextual analysis of the requirements that must be met in order for art. 734 *C.C.P.* to apply, from the standpoint of s. 38 *C.A.*, while at the same time strictly complying with the rules laid down in the *C.C.P.* in respect of seizure before judgment.

111 In the case of a seizure that was abusive or made in bad faith, the party from whom the seizure was made will retain the option of bringing an action in damages in accordance with the ordinary rules of civil liability.

B. *Copyright*

(1) Introduction

112 Even though our legislation derives from the common law, it is important to recall the origin and significance of copyright. In 1777, P.-A. Caron de Beaumarchais, who founded the Société des auteurs dramatiques, stated:

du droit à la revindication. Par conséquent, dans la présente affaire, il faudrait casser la saisie si l'affidavit faisait état de faits qui ne soutenaient pas logiquement une conclusion de contrefaçon. Bien que la saisie avant jugement soit une procédure exceptionnelle, elle est le véhicule approprié dans ce cas, tel que le prévoit le par. 38(1) *L.d.a.* Dans un article récent, Laurent Carrière souligne l'importance du par. 38(1) dans l'application de l'art. 734 *C.p.c.* (L. Carrière, « Voies et recours civils en matière de violation de droits d'auteur au Canada », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2001), 395, p. 469-470) :

Le paragraphe 38(1) permet au titulaire du droit d'auteur de revendiquer la possession, à titre de propriétaire, des exemplaires contrefaits d'une œuvre et confère dorénavant une assise législative aux procédures de recouvrement de possession saisie avant jugement « si une loi fédérale ou une loi de la province où sont engagées les procédures le (. . .) permet ».

Au Québec, les procédures seront initiées selon le paragraphe 734(1) du *Code de procédure civile* [. . .] Rappelons qu'aux termes de cette disposition, le saisissant n'a pas à invoquer le péril dans lequel se trouve sa créance. [En italique dans l'original; renvois omis.]

Ainsi, il est important d'analyser de façon contextuelle les conditions d'application de l'art. 734 *C.p.c.* et ce, dans la perspective de l'art. 38 *L.d.a.*, tout en respectant rigoureusement les règles prescrites par le *C.p.c.* en matière de saisie avant jugement.

Enfin, en cas de saisie faite abusivement ou de mauvaise foi, la partie saisie conservera la possibilité d'intenter un recours en dommages-intérêts selon les règles usuelles de la responsabilité civile.

B. *Droit d'auteur*

(1) Introduction

Bien que l'origine de notre législation soit de common law, il est important de rappeler la genèse et l'importance du droit d'auteur. P.-A. Caron de Beaumarchais qui forma la Société des auteurs dramatiques affirmait en 1777 :

[TRANSLATION] It is said in the theatre lobby that it is not noble for authors to write for the worthless pursuit of money, they who pride themselves on their claim to fame. Indeed, they are right, fame is appealing. But they forget that nature condemns us to dine 365 times in order to bask in glory merely for a year. For the authors, they are not defending a privilege, but the sacred right of all rights to retain ownership of their works. . . .

(Preface by M. Pagnol in J. Boncompain, *Le droit d'auteur au Canada: Étude critique* (1971), at p. 9)

In Canada, it is settled law that the sole source of copyright is the *C.A.*, which "simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute": *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373, cited in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477. Nonetheless, the Act is framed in somewhat general terms and must be applied in diverse and even unprecedented situations. As Normand Tamaro pointed out (*Le droit d'auteur: Fondements et principes* (1994), at p. 5):

[TRANSLATION] In fact, although Canada's *Copyright Act* was enacted in 1921, the manner in which it is interpreted is modern, and allows the development of new techniques and modern theories surrounding the creative act to be taken into consideration.

In the event of disagreement regarding the meaning of specific provisions, it will be up to the courts to interpret them, referring to the ordinary meaning of the words and the purpose and spirit of the Act (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

In Canada, the first real *Copyright Act* was enacted in 1921 (S.C. 1921, c. 24) and came into force in 1924, although canvases were already protected by *The Copyright Act of 1875*, S.C. 1875, c. 88, an Act validated by the British Parliament by *The Canada Copyright Act, 1875* (U.K.), 38 & 39 Vict., c. 53. (For an analysis of the sources of copyright in Canada, see P.-E. Moyse, "La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?" (1998), 43 *McGill L.J.* 507.) The Act of 1921 was designed to enable Canadian authors to benefit from the protection provided by the provisions of the Berne Convention, which was adopted in 1886 and ratified

On dit au foyer des théâtres qu'il n'est pas noble aux auteurs de plaider pour le vil intérêt, eux qui se piquent de prétendre à la gloire. On a raison, la gloire est attrayante. Mais on oublie que pour en jouir seulement une année, la nature nous condamne à dîner 365 fois. Il ne s'agit pas pour les auteurs de défendre un privilège, mais le droit sacré entre tous de garder la propriété de leurs œuvres . . .

(Préface de M. Pagnol dans J. Boncompain, *Le droit d'auteur au Canada: Étude critique* (1971), p. 9)

Au Canada, il est bien établi que le droit d'auteur trouve son unique source dans la *L.d.a.*, qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif » : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373, repris dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477. Cependant, la Loi a été rédigée en termes assez généraux et est appelée à s'appliquer dans des contextes divers, voire inédits. Comme le souligne l'auteur Normand Tamaro (*Le droit d'auteur: Fondements et principes* (1994), p. 5) :

En fait, même si la loi canadienne sur le droit d'auteur a été adoptée en 1921, elle s'interprète d'une manière moderne qui permet de prendre en considération le développement des nouvelles techniques et les théories modernes entourant le geste créatif.

En cas de dispute quant à la signification de certaines dispositions d'une loi, il incombera aux tribunaux de procéder à leur interprétation, en se reportant au sens ordinaire des mots ainsi qu'à l'objet et à l'esprit de la Loi (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

Au Canada, la première véritable loi sur le droit d'auteur a été adoptée en 1921 (S.C. 1921, ch. 24) et mise en vigueur en 1924, bien que les toiles fussent déjà protégées par l'*Acte de 1875 sur la propriété littéraire et artistique*, S.C. 1875, ch. 88, loi validée par le Parlement britannique par *The Canada Copyright Act, 1875* (R.-U.), 38 & 39 Vict., ch. 53. (Pour une analyse sur les sources du droit d'auteur au Canada, voir P.-E. Moyse, « La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole? » (1998), 43 *R.D. McGill* 507.) Quant à la loi de 1921, elle a été conçue afin de permettre aux auteurs canadiens de profiter de la protection offerte par les

by Great Britain on behalf of Canada. The purpose of the Convention was to establish an international code and to create a Union of States “for the protection of the rights of authors in their literary and artistic works” (*Revised Berne Convention*, art. 1). Generally, copyright enables the owner to prevent the unauthorized plagiarism and distribution of an original work. It is therefore these acts themselves that are prohibited, without regard to their purpose, be it mercenary or otherwise. In some respects, copyright is also similar to a real right; *inter alia*, it is an exclusive right that can be set up against anyone. The intangible subject-matter that it protects distinguishes it, however, from a right in a material thing. In short, given the *sui generis* nature of copyright, we must be circumspect in proposing any analogy to other rights.

dispositions de la Convention de Berne, adoptée en 1886 et ratifiée par la Grande-Bretagne au nom du Canada. Celle-ci visait à instituer un code international et à créer une union d'États « pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques » (*Convention de Berne révisée*, art. 1). De façon générale, le droit d'auteur permet à son titulaire d'empêcher le plagiat et la dissémination non autorisée d'une œuvre originale. Ce sont donc ces actes mêmes qui sont proscrits, sans égard à leur objet, qu'il soit vénal ou autre. Le droit d'auteur s'apparente par ailleurs, à certains égards, à un droit réel, notamment en ce qu'il est exclusif et opposable à tous. L'objet intangible de sa protection le distingue cependant d'un droit sur une chose matérielle. En somme, la nature *sui generis* du droit d'auteur fait en sorte que toute analogie avec d'autres droits doit être faite avec circonspection.

115 Moreover, the purpose of copyright is not to protect the ideas or opinions expressed by the creator, but rather the various means and forms by which those ideas are communicated (J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (3rd ed. 2000), at p. 60; *Cartwright v. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.); *Stevenson v. Crook*, [1938] Ex. C.R. 299, at p. 307; *L. B. (Plastics) Ltd. v. Swish Products Ltd.*, [1979] R.P.C. 551 (H.L.)). In other words, it is the formal expression of those ideas or opinions that is protected by copyright.

Le droit d'auteur n'a par ailleurs pas pour objet de protéger les idées ou opinions exprimées par le créateur, mais plutôt les différents moyens et formes par lesquels ces idées sont communiquées (J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (3^e éd. 2000), p. 60; *Cartwright c. Wharton* (1912), 25 O.L.R. 357 (H.C.); *Stevenson c. Crook*, [1938] Ex. C.R. 299, p. 307; *L. B. (Plastics) Ltd. c. Swish Products Ltd.*, [1979] R.P.C. 551 (H.L.)). Autrement dit, c'est l'expression formelle de ces idées ou opinions qui jouit de la protection du droit d'auteur.

116 Moreover, it is important to recall that Canadian copyright law derives from multiple sources and draws on both common law tradition and continental civil law concepts. As Moyse observes, *supra*, at p. 562:

D'autre part, il est important de rappeler que les sources du droit d'auteur canadien sont multiples et s'inspirent notamment de la tradition de common law et des notions civilistes continentales. Comme le souligne l'auteur Moyse, *loc. cit.*, p. 562 :

[TRANSLATION] What the term “copy-right” very certainly reveals is the actual function of copyright. It is an exclusive right and, as it applies to the part that relates to the commercial exploitation of the work, a true monopoly on reproduction. . . . Canadian law inherited that aspect while remaining receptive to the French doctrines, particularly because of Quebec's influence. This does great credit to our law since the Canadian Parliament is more inclined than any other legislature to stay attuned to external developments in order to mould its own rules.

Ce que révèle très certainement le terme de « copy-right », c'est la fonction même du droit d'auteur. Il s'agit d'un droit exclusif et, pour ce qui est de la partie relative à l'exploitation commerciale de l'œuvre, d'un véritable monopole de reproduction. [. . .] Le droit canadien a hérité de ce trait tout en restant, du fait notamment de l'influence du Québec, réceptif aux doctrines françaises. C'est ici tout à l'honneur de notre droit puisque le législateur canadien est porté plus que tout autre à rester attentif aux développements extérieurs afin de modeler ses propres règles.

. . . Thus, in Canadian statutes, the intention is to establish both a right that is centered on the person of the author, this being derived from the civil structures of the right of ownership, and a definitely dynamic right centered on its economic function, which reflects the theories underlying the concept of monopoly.

Canadian statutes must therefore be interpreted in light of their historical context, domestic case law and legislative developments, and international conventions.

(2) Infringement: The Rights At Issue

(a) *Copyright and Moral Rights*

The C.A. provides protection for both copyright, defined by s. 3(1), and the author's moral rights, in particular in ss. 14.1 and 14.2. While the intended purposes of those rights overlap in some respects, they are nonetheless completely different legal instruments in terms of both their definition and their scope.

Copyright protects against the unlawful appropriation and distribution of creative expression. With respect to a work, that right includes the right: (i) "to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever", (ii) "to perform the work or any substantial part thereof in public", and (iii) "to publish the work or any substantial part thereof", as well as a series of other rights derived from those fundamental rights (s. 3(1) C.A.). Copyright is a patrimonial right that may be assigned, as provided in s. 13(4) C.A.

J. Herman, in "Moral Rights and Canadian Copyright Reform: The Impact on Motion Picture Creators" (1989-1990), 20 *R.D.U.S.* 407, at p. 411, analyses and defines the purpose of the concept of copyright and its relationship with society as follows:

The relationship between the artist and society may be characterized in straightforward economic terms: society places demands on its members to share with it the fruits of their intellectual labour. Artists supply those demands; however, if society recognizes an artist's right of ownership of his intellectual work, he may set

. . . On trouve ainsi dans les lois canadiennes la volonté de consacrer un droit centré autour de la personne de l'auteur — ce qui reste une émanation des structures civilistes du droit de propriété — et un droit définitivement dynamique, orienté vers sa fonction économique — ce qui reprend les théories soutenant le concept de monopole.

La législation canadienne doit donc s'interpréter à la lumière du contexte historique, des développements jurisprudentiels et législatifs internes et des conventions internationales.

(2) Contrefaçon : les droits en cause

(a) *Droit d'auteur et droits moraux*

La *L.d.a.* pourvoit à la fois à la protection du droit d'auteur défini au par. 3(1) et des droits moraux de l'auteur, notamment aux art. 14.1 et 14.2. Si les fins visées par ces droits se recoupent à certains égards, il demeure que ce sont là des instruments juridiques tout à fait différents, tant dans leur définition que dans leur portée.

Le droit d'auteur (*copyright* en anglais) protège contre l'appropriation et la dissémination illicites de l'expression créative. À l'égard d'une œuvre, ce droit comporte le droit de : (i) « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque », (ii) « d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public », (iii) « d'en publier la totalité ou une partie importante », ainsi qu'une série d'autres droits dérivés de ces droits fondamentaux (par. 3(1) *L.d.a.*). C'est un droit de nature patrimoniale qui peut faire l'objet d'une cession, comme l'indique le par. 13(4) *L.d.a.*

L'auteur J. Herman, dans « Moral Rights and Canadian Copyright Reform : The Impact on Motion Picture Creators » (1989-1990), 20 *R.D.U.S.* 407, p. 411, définit l'analyse de l'objet du concept de droit d'auteur (*copyright* en anglais) et de sa relation avec la société de la façon suivante :

[TRADUCTION] La relation entre l'artiste et la société peut être décrite en des termes économiques clairs : la société demande à ses membres de partager avec elle les fruits de leur travail intellectuel. Les artistes répondent à cette demande; toutefois, si la société reconnaît le droit de propriété d'un artiste sur son travail intellectuel, il

117

118

119

conditions and exact a price for the society's consumption of it. Copyright confers in the creator a monopoly to exploit his work in public for his own economic self-interest.

peut fixer des conditions et exiger un prix pour l'usage qu'elle en fait. Le droit d'auteur confère au créateur un monopole d'exploitation de son œuvre en public dans son propre intérêt économique.

120 Moral rights, inspired by the continental civil law concept of *droit d'auteur*, are concerned primarily with protecting the integrity and paternity of the work (s. 14.1(1) C.A.), which is then regarded as an extension of the author's personality. These are extra-patrimonial rights, which, by definition, are not assignable (s. 14.1(2) C.A.). (For an analysis on the scope and application of moral rights in Canada, see: É. Colas, "Le droit moral de l'artiste sur son œuvre" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 521; M. Goudreau, "Le droit moral de l'auteur au Canada" (1994), 25 *R.G.D.* 403.)

Pour leur part, les droits moraux, inspirés par la notion continentale civiliste du droit d'auteur, s'attachent principalement à la protection de l'intégrité et de la paternité de l'œuvre (par. 14.1(1) *L.d.a.*), celle-ci étant alors considérée comme une extension de la personnalité de l'auteur. Il s'agit donc de droits extra-patrimoniaux, par définition incessibles (par. 14.1(2) *L.d.a.*). Pour une analyse sur l'étendue et l'application des droits moraux au Canada, voir : É. Colas, « Le droit moral de l'artiste sur son œuvre » (1981), 59 *R. du B. can.* 521; M. Goudreau, « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994), 25 *R.G.D.* 403.

121 Furthermore, my colleague, Binnie J., suggests that this case arises out of the conceptual differences between "the *droit d'auteur* of the continental civiliste tradition and the English copyright tradition" (para. 6). I cannot subscribe to that view. The disposition of this case is determined solely by the aspects that derive from the English concept of copyright. The concepts of moral rights, as I will explain later, are inapplicable to the facts of this case.

Par ailleurs, mon collègue, le juge Binnie, avance que le présent litige découle des divergences conceptuelles entre : « le droit d'auteur de la tradition civiliste continentale et le *copyright* de la tradition anglaise » (par. 6). Je ne peux souscrire à ce point de vue. La disposition du présent litige est exclusivement réglée par les aspects de la notion anglaise de *copyright*. Les notions de droits moraux, comme je vais l'explicitier plus loin, sont inapplicables aux faits de la présente affaire.

122 In other words, the subject-matter of copyright, unlike moral rights, is a right in the work and not a personal right. As Stephen Stewart accurately observed in his text entitled *International Copyright and Neighbouring Rights* (2nd ed. 1989), the key factor is the work, including its material support, and not the idea expressed by the work (at pp. 7-8):

En somme, l'objet du droit d'auteur (*copyright* en anglais), contrairement aux droits moraux, est un droit sur l'œuvre et non un droit personnel. Comme le souligne avec justesse l'auteur Stephen Stewart dans son traité intitulé *International Copyright and Neighbouring Rights* (2^e éd. 1989), l'élément-clé est l'œuvre incluant son support matériel, et non l'idée de l'œuvre (aux p. 7-8) :

It is simply the right to prevent the copying of physical material and its object is to protect the owner of the copyright against any reproduction or use of that material which he has not authorised. Copyright, in its essence is a negative concept. It is the right to prevent people from dealing with something that is yours and has been improperly taken by someone else. It focuses on the material support rather than on the creation. Copyright, as the word suggests, was in its origin a right to prevent copying, that is reproduction. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le droit d'auteur est tout simplement le droit d'empêcher la reproduction d'un ouvrage matériel. Il vise à protéger son titulaire contre toute reproduction ou tout usage non autorisé de cet ouvrage. Il s'agit essentiellement d'un concept négatif. C'est le droit d'empêcher les gens d'agir sur quelque chose qui vous appartient et que quelqu'un d'autre s'est approprié. Il porte sur le support matériel plutôt que sur la création. Le droit d'auteur, comme le nom anglais de ce droit l'indique (*copyright*), était à l'origine le droit d'empêcher la production de copies, c'est-à-dire la reproduction. [Je souligne.]

Furthermore, in *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 200, Reed J. accurately stated the purpose of the C.A.:

[T]he purpose of the *Copyright Act* is and always has been to grant a monopoly. No distinction is made therein as to the purpose of the work created — for entertainment, instruction or other purposes. The legislation historically, in my view had two purposes: to encourage disclosure of works for the “advancement of learning”, and to protect and reward the intellectual effort of the author (for a limited period of time) in the work.

In light of those observations, if we are to determine whether infringement has occurred, we must examine the concept of reproduction.

(b) *Copy Made in Contravention of this Act*

Section 38(1) C.A. provides:

38. (1) Subject to subsection (2), the owner of the copyright in a work or other subject-matter may

(a) recover possession of all infringing copies of that work or other subject-matter, and of all plates used or intended to be used for the production of infringing copies, and

(b) take proceedings for seizure of those copies or plates before judgment if, under the law of Canada or of the province in which those proceedings are taken, a person is entitled to take such proceedings,

as if those copies or plates were the property of the copyright owner. [Emphasis added.]

A seizure under s. 38(1) C.A. therefore requires that there be infringing copies of works or of any other subject-matter of copyright. As I explained earlier, the outcome of this case depends entirely on the determination of the question of infringement.

Section 2 C.A. defines “infringing” as:

(a) in relation to a work in which copyright subsists, any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act,

(b) in relation to a performer’s performance in respect of which copyright subsists, any fixation or copy of a

De plus, dans l’affaire *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), p. 200, le juge Reed énonce avec justesse l’objet de la *L.d.a.* :

[L]a *Loi sur le droit d’auteur* a toujours eu pour but de créer un certain monopole. Elle ne contient aucune distinction relative à l’objectif visé par l’œuvre créée, que ce soit le divertissement, l’enseignement ou autre. À mon avis, la *Loi* avait deux buts : encourager la publication d’œuvres, pour « l’avancement de la science », et protéger et récompenser les efforts intellectuels des auteurs, pendant un certain temps.

À la lumière de ces constatations, il est donc nécessaire, afin de déterminer s’il y a eu contrefaçon, de se pencher sur le concept de reproduction.

(b) *Reproduction qui a fait l’objet d’un acte contraire à la présente loi*

Le paragraphe 38(1) *L.d.a.* dispose :

38. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le titulaire du droit d’auteur peut, comme s’il en était le propriétaire, recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d’œuvres ou de tout autre objet de ce droit d’auteur et de toutes les planches qui ont servi ou sont destinées à servir à la confection de ces exemplaires, ou engager à leur égard des procédures de saisie avant jugement si une loi fédérale ou une loi de la province où sont engagées les procédures le lui permet. [Je souligne.]

Une saisie effectuée en vertu du par. 38(1) *L.d.a.* requiert donc l’existence d’exemplaires contrefaits d’œuvres ou de tout autre objet du droit d’auteur. Comme je l’ai précédemment expliqué, l’issue du présent litige repose entièrement sur la détermination de la question de la contrefaçon.

L’article 2 *L.d.a.* définit la « contrefaçon » comme suit :

(a) À l’égard d’une œuvre sur laquelle existe un droit d’auteur, toute reproduction, y compris l’imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l’objet d’un acte contraire à la présente loi;

(b) à l’égard d’une prestation sur laquelle existe un droit d’auteur, toute fixation ou reproduction de celle-

123

124

125

126

fixation of it made or dealt with in contravention of this Act,

(c) in relation to a sound recording in respect of which copyright subsists, any copy of it made or dealt with in contravention of this Act, or

(d) in relation to a communication signal in respect of which copyright subsists, any fixation or copy of a fixation of it made or dealt with in contravention of this Act. [Emphasis added.]

ci qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

c) à l'égard d'un enregistrement sonore sur lequel existe un droit d'auteur, toute reproduction de celle-ci qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

d) à l'égard d'un signal de communication sur lequel existe un droit d'auteur, toute fixation ou reproduction de la fixation qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi. [Je souligne.]

127 The expression “or other subject-matter” in s. 38(1) C.A. refers to the concepts of performance, sound recording and communication signal referred to in paras. (b), (c) and (d) of the definition of “infringing” (McKeown, *supra*, at p. 667). It also appears from the wording of the various paragraphs that make up that definition that in order for a copy to be infringing, it must have an unlawful aspect.

L'expression « tout autre objet de ce droit d'auteur » figurant au par. 38(1) *L.d.a.* fait référence aux notions de prestation, d'enregistrement sonore et de signal de communication mentionnées aux al. b), c) et d) de la définition de contrefaçon (McKeown, *op. cit.*, p. 667). Il appert également du libellé des différents alinéas composant cette définition que la contrefaçon suppose une reproduction comportant un aspect d'illicéité.

128 “Infringing”, in relation to a work in which copyright subsists, is defined in s. 2 C.A. as “any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act”. Infringement can therefore arise from two distinct sources: (i) a copy made in contravention of the C.A. or (ii) a copy dealt with in contravention of that Act.

La contrefaçon à l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur est définie à l'art. 2 *L.d.a.* comme « toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi ». Ainsi, la contrefaçon peut découler de deux sources distinctes : (i) une reproduction faite contrairement à la *L.d.a.* ou (ii) une reproduction qui a fait l'objet d'un acte contraire à celle-ci.

129 In the case of a copy made in contravention of the Act, it is the act of copying itself that is unlawful. What that element of the definition is referring to is copies of works made in contravention of s. 3(1) C.A., which prohibits the production or reproduction of a work in any material form whatever.

Dans le cas d'une reproduction faite contrairement à la Loi, c'est l'acte de reproduction lui-même qui est illicite. Ce qui est visé par cet élément de la définition, ce sont les reproductions d'œuvres effectuées en violation du par. 3(1) *L.d.a.*, qui empêche de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque.

130 In the case of a copy dealt with in contravention of the Act, the copy itself was not necessarily an infringement of the C.A. Rather, it was dealt with in contravention of that Act. We might then ask whether the expression “copy . . . dealt with in contravention of this Act” requires the commission of acts that are contrary to s. 3(1) C.A. (s. 27 C.A.), or whether it can refer to a copy that resulted solely in

Dans le cas d'une reproduction qui a fait l'objet d'un acte contraire à la Loi, la reproduction elle-même n'a pas nécessairement constitué une violation de la *L.d.a.* Elle a plutôt fait l'objet d'un acte contraire à cette loi. L'on peut alors s'interroger quant à savoir si l'expression « reproduction [ayant] fait l'objet d'un acte contraire à la [. . .] loi » requiert la commission d'actes contraires au par.

an infringement of the author's moral rights (s. 28.1 C.A.).

The respondent maintains that a copy that infringes moral rights results in infringement, while the appellants maintain that only an infringement of the copyright under s. 3 C.A. (the right to produce, reproduce, perform or publish) can do that. With all due respect, I am of the view that an appropriate interpretation of the Act leads to the conclusion that a mere infringement of moral rights cannot constitute infringement. An infringement of the copyright defined in s. 3 C.A. is required.

First, infringement of a work, in its most common sense, is synonymous with plagiarism or unlawful appropriation. Generally speaking, we consider that infringing therefore requires copying or unlawful appropriation regardless of any other concurrent wrongful act (for example, an infringement of moral rights). In my view, it is that definition that has been adopted in the Act.

Section 38(1) C.A. provides that the owner of the copyright may recover possession of all infringing copies of that work or other subject-matter. This means that the right to recover possession of infringing copies is given to the owner of the copyright and not to the author himself or herself. The owner of the copyright and the author may be one and the same person or two different persons. In the latter case, it would be illogical for a copyright owner other than the author himself or herself to be entitled to recover possession of copies of a work the reproduction of which was an infringement only of the author's moral rights. Although, as I observed earlier, those rights attach solely to the person of the author and may not be assigned, the expanded interpretation of the expression "copy . . . dealt with in contravention of [the] Act" proposed by the respondent would lead to just that outcome.

Furthermore, the definition of infringement cited refers to "a work in which copyright subsists". It

3(1) *L.d.a.* (art. 27 *L.d.a.*), ou si elle peut faire référence à une reproduction ayant uniquement donné lieu à une violation des droits moraux de l'auteur (art. 28.1 *L.d.a.*).

L'intimé soutient qu'une reproduction violant les droits moraux donne lieu à contrefaçon, alors que les appelants soutiennent que seule une violation du droit d'auteur de l'art. 3 *L.d.a.* (le droit de produire et reproduire, le droit de représenter et le droit de publier) peut en faire autant. En toute déférence, je suis d'avis qu'une interprétation appropriée de la Loi mène à la conclusion qu'une simple violation des droits moraux ne peut équivaloir à contrefaçon. Une violation du droit d'auteur décrit à l'art. 3 *L.d.a.* est requise.

D'abord, dans son acception la plus usuelle, la contrefaçon d'une œuvre est synonyme de plagiat, ou d'appropriation illicite. L'on considère donc généralement que pour qu'il y ait contrefaçon, il faut qu'il y ait copie ou appropriation illicite, indépendamment de tout autre délit concomitant (par exemple une violation des droits moraux). Selon moi, c'est cette définition que la Loi adopte.

Le paragraphe 38(1) *L.d.a.* énonce que le titulaire du droit d'auteur peut recouvrer la possession de tous les exemplaires contrefaits d'œuvres ou de tout autre objet de ce droit d'auteur. Ainsi, le droit de prendre possession d'exemplaires contrefaits est conféré au titulaire du droit d'auteur et non à l'auteur lui-même. Or, le titulaire du droit d'auteur et l'auteur peuvent être une seule et même personne autant que deux personnes différentes. Dans ce dernier cas, il serait peu logique qu'un titulaire du droit d'auteur autre que l'auteur lui-même puisse recouvrer la possession d'exemplaires d'une œuvre dont la reproduction aurait uniquement fait l'objet d'une violation des droits moraux de l'auteur. Car, comme je l'ai précédemment évoqué, ces droits s'attachent exclusivement à la personnalité de l'auteur et sont incessibles. C'est pourtant à ce résultat que conduirait l'interprétation élargie de l'expression « reproduction [ayant] fait l'objet d'un acte contraire à la [. . .] loi » proposée par l'intimé.

Par ailleurs, la définition de contrefaçon à laquelle la loi fait référence mentionne « une œuvre

131

132

133

134

also seems that only where there is an infringement of copyright will the measures described in s. 38(1) C.A. be justified. Therefore, in the case of a work, a “copy . . . dealt with in contravention of [the] Act” refers only to a copy dealt with in contravention of s. 3(1) C.A. The statutory history of the provisions in question confirms that conclusion: the provisions relating to moral rights were added in 1988 (R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), formerly S.C. 1988, c. 15), while the meaning of s. 38(1) C.A. and of the definition of “infringing” have always been the same, for all practical purposes, since the Act was enacted in 1921.

sur laquelle existe un droit d’auteur ». Aussi, il semble que ce soit uniquement la présence d’une violation du droit d’auteur qui justifie l’octroi des mesures comprises au par. 38(1) *L.d.a.* Dans le cas d’une œuvre, par conséquent, une « reproduction [ayant] fait l’objet d’un acte contraire à la [. . .] loi » fait uniquement référence à une reproduction ayant fait l’objet d’un acte contraire au par. 3(1) *L.d.a.* L’historique législatif des dispositions en cause confirme cette conclusion. En effet, les dispositions concernant les droits moraux ont été ajoutées en 1988 (L.R.C. 1985, ch. 10 (4^e suppl.), auparavant L.C. 1988, ch. 15), alors que le sens du par. 38(1) *L.d.a.* et de la définition de contrefaçon sont, à toutes fins pratiques, toujours demeurés identiques depuis l’adoption de la Loi en 1921.

135 Nevertheless, as I will explain later in the analysis, I am of the view that in this case the appellants unlawfully reproduced the respondent’s works in a material form in breach of s. 3(1) C.A. A more in-depth analysis is therefore required in order to determine the scope of s. 3(1) C.A.

Néanmoins, comme je l’expliquerai plus loin dans l’analyse, je suis d’avis qu’en l’espèce les appelants ont illégalement procédé à la reproduction des œuvres de l’intimé sous une forme matérielle quelconque en violation du par. 3(1) *L.d.a.* Une analyse plus approfondie est donc nécessaire afin de cerner la portée de l’application du par. 3(1) *L.d.a.*

(c) *Application of Section 3(1) C.A.*

(c) *Application du par. 3(1) L.d.a.*

136 Section 3(1) C.A. provides:

Le paragraphe 3(1) *L.d.a.* dispose :

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof . . . [Emphasis added.]

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante . . . [Je souligne.]

137 I find that there are three distinct concepts in this subsection, which are crucial in resolving this case. First, s. 3(1) confers the “sole right to produce or reproduce”; second, it protects the work in its entirety “or any substantial part thereof”; third, it specifies that the protection applies to the work “in any material form whatever”. Let us examine what these concepts mean.

Je retiens de ce paragraphe trois concepts distincts qui s’avèrent cruciaux pour la résolution du présent litige. D’abord, le par. 3(1) accorde le « droit exclusif de produire ou reproduire »; ensuite, il protège l’intégralité « ou une partie importante de l’œuvre »; enfin il spécifie que la protection s’étend à l’œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». Voyons comment s’articulent ces concepts.

(i) The Sole Right to Produce or Reproduce: Definition

(i) Le droit exclusif de produire ou reproduire : définition

138 My colleague, Binnie J., accepts the appellants’ arguments and adopts a narrow interpretation of

Mon collègue, le juge Binnie, accepte les prétentions des appelants et adopte une interprétation

the concept of reproduction. Reproduction can only occur if there is multiplication. With respect, I do not agree with that interpretation. It is suggested that the verb “reproduce” implies an increase in the total number of copies. At first glance, that is not an interpretation that is readily supported by the ordinary meaning of that verb. I note that the *Canadian Oxford Dictionary* (1998) defines it as follows:

. . . 1. produce a copy or representation of. 2. . . . cause to be seen or heard etc. again 5. . . . give a specified quality or result when copied [Emphasis added.]

It appears that the primary and essential meaning of the word “reproduce” as it appears in s. 3(1) C.A. is “produce a copy . . . of” or “cause to be seen . . . again” or “give a specified quality or result when copied”. Accordingly, in order for a work to be reproduced, there is no requirement whatsoever to establish that there has been an increase in the total number of copies of the work. The nature of the protection that copyright confers confirms that interpretation.

As Reed J. stated in *Apple Computer, supra*, at p. 193, aff’d [1998] 1 F.C. 673 (C.A.), and by this Court, [1990] 2 S.C.R. 209, which we would recall adopted the reasons of Reed J. in their entirety, the concept of reproduction must be interpreted broadly. The legislation is written in general terms so as to include new reproduction technologies:

[T]he opening words of subsection 1(2), now section 3 of the Act, were purposely drafted broadly enough to encompass new technologies which had not been thought of when the Act was drafted.

The primary purpose of s. 3(1) C.A. is to enable the author to profit from his or her work. Despite the fact that the legislation was written early in the last century, Parliament’s use of general terms allows the

restrictive de la notion de reproduction. Il ne pourrait y avoir reproduction que s’il y a multiplication. Avec déférence, je ne peux souscrire à une telle interprétation. Le verbe « reproduire » supposerait une augmentation du nombre total de copies. C’est là, de prime abord, une interprétation que le sens ordinaire de ce verbe soutient plutôt mal. Je note que *Le Nouveau Petit Robert* (2000) le définit comme suit :

. . . 1539, « produire de nouveau » [. . .] 1. Répéter, rendre fidèlement, donner l’équivalent de (qqch.). [. . .] v. imiter, représenter; rendre. [. . .] 2. Faire que (une chose déjà produite) paraisse de nouveau. [. . .] Créer, faire exister des choses semblables ou identiques à (un modèle), v. copier [. . .] imprimer, lithographier, photocopier, photographier, polycopier. 3. PAREXT. Constituer une réplique, une image de (un original). [Je souligne; en caractère gras dans l’original.]

Ainsi, il appert que le sens premier et essentiel du terme « reproduire » tel que retrouvé au par. 3(1) *L.d.a.* est « produire de nouveau », ou encore « répéter », « copier », « rendre fidèlement » ou « donner l’équivalent ». En ce sens, pour qu’une œuvre soit reproduite, il n’est absolument pas nécessaire de démontrer une augmentation du nombre total de copies de celle-ci. La nature de la protection octroyée par droit d’auteur vient confirmer une telle interprétation.

En effet, comme l’affirmait le juge Reed, toujours dans l’affaire *Apple Computer, supra*, p. 193, conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), et par notre Cour, [1990] 2 R.C.S. 209, qui rappelons-le adopta intégralement les motifs du juge Reed, la notion de reproduction doit être interprétée libéralement. La législation est rédigée en termes généraux afin d’inclure les technologies nouvelles de reproduction :

[L]es premiers mots du paragraphe 1(2), devenu l’article 3 de la Loi, ont été rédigés intentionnellement de façon assez générale pour comprendre les technologies nouvelles qui n’avaient pas encore été conçues au moment de l’adoption de la Loi.

Le paragraphe 3(1) *L.d.a.* a comme but premier de permettre à l’auteur de bénéficier des fruits de son œuvre. Malgré le fait que la législation ait été rédigée au début du dernier siècle, l’utilisation de

139

140

141

C.A. to evolve and adapt to new social and technological circumstances.

(ii) Reproduction of a Substantial Part of the Work

142

To grasp the essence of the concept of reproduction, the Act must be read bearing in mind that Parliament did not protect the right only to reproduce the work as a whole but also to reproduce a substantial part of the work. Parliament does not speak in vain, and if it specified in s. 3(1) that it is prohibited to reproduce not only a work in its entirety but also “any substantial part thereof”, we must therefore consider not only the quantitative aspect, but also the qualitative aspect. As Teitelbaum J. pointed out in *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 F.C. 306 (T.D.), at para. 50:

The term “substantial part” is not defined in the *Copyright Act*. Case law has held that the quality more than the simple quantity of the reproduction is key: Justice Richard in *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.), at pages 268-269 stated that the reproduction of a substantial part is a question of fact in which the Court will consider whether the alleged infringer has taken the distinct traits of the original work. [Emphasis added.]

143

An analysis of the qualitative aspect is therefore an essential element of the analysis under s. 3(1) C.A. If we consider only the quantitative aspect, any individual could in fact appropriate a substantial part of a work and reproduce it on a large scale, and claim that the work had not been multiplied and therefore the C.A. had been complied with. Such a restrictive interpretation would be contrary to the aim and purpose of the C.A. As Tamaro, *supra*, at p. 93, pointed out in his text on copyright:

[TRANSLATION] The right to reproduce the work or a substantial part thereof means to recreate the work in

termes généraux par le législateur permet à la *L.d.a.* d'évoluer et de s'adapter aux nouvelles réalités sociales et technologiques.

(ii) La reproduction d'une partie importante de l'œuvre

Pour saisir l'essence de la notion de reproduction, il faut interpréter la loi en gardant à l'esprit que le législateur n'a pas uniquement protégé le droit de reproduire la totalité de l'œuvre, mais également une partie importante de celle-ci. En effet, le législateur ne parle pas pour rien dire et s'il a spécifié au par. 3(1) qu'il est prohibé non seulement de reproduire la totalité d'une œuvre mais également « une partie importante de l'œuvre », il faut donc tenir compte non pas uniquement de l'aspect quantitatif, mais également de l'aspect qualitatif. Ainsi, comme le soulignait le juge Teitelbaum, dans l'affaire *Compagnie Générale des Établissements Michelin—Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306 (1^{re} inst.), par. 50 :

L'expression « partie importante » n'est pas définie dans la *Loi sur le droit d'auteur*. La jurisprudence a décidé que la qualité, davantage que la simple quantité, est l'élément clef de la reproduction : dans *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 268 et 269, le juge Richard a dit que la reproduction d'une partie importante est une question de fait à l'égard de laquelle la Cour examine si le contrefacteur présumé s'est approprié les traits distincts de l'œuvre originale. [Je souligne.]

Ainsi, l'analyse de l'aspect qualitatif est donc un élément essentiel de l'analyse du par. 3(1) *L.d.a.* En effet, si on se limite à l'aspect quantitatif, alors n'importe quel individu pourrait s'approprier une partie importante d'une œuvre et la reproduire à grande échelle tout en prétendant qu'il n'y a pas de multiplication de l'œuvre et donc respect de la *L.d.a.* Une telle interprétation restrictive serait contraire au but et à l'objet de la *L.d.a.* Comme le souligne l'auteur Tamaro, *op. cit.*, p. 93, dans son traité sur le droit d'auteur :

Le droit de reproduire l'œuvre ou une partie importante de celle-ci signifie alors reprendre l'œuvre sous

a modified form. This brings us back to the concept of “substantial part of a work”, which implies that the right to reproduce a work includes the right to reproduce it in all its essential parts. [Emphasis added.]

The narrow analysis, limited as it is to the quantitative aspect, is therefore not consistent with a teleological interpretation of the protection given to a substantial part of the work. The qualitative aspect of a work is protected by s. 3(1) C.A., and a restrictive analysis based solely on multiplication of the work could not provide the work with the necessary protection and would ignore the concept of “substantial part thereof”, which is protected by s. 3(1) C.A.

(iii) Reproduce in any Material Form Whatever

In the view of Binnie J. “[t]he process began with a single poster and ended with a single poster” (para. 38). I do not agree with that view. The concept of “work” refers to any materialized and original form of expression (Tamaro, *supra*, at p. 84). The work is, so to speak, the physical outcome of the creative process. Fixation of the work in a medium is a condition *sine qua non* of the production of a work. Therefore, “producing” a work refers to the initial materialization and “reproducing” it refers to any subsequent material fixation that is modelled (in the causal sense) on its first fixation.

“[R]eproduc[ing] [a] work . . . in any material form whatever” therefore simply means “rematerializing” what already existed in a first, original material form. A person who models a subsequent materialization on the original materialization therefore reproduces the work in a material form and has therefore produced the work a second time.

Since material fixation is essential for the production of a work, it is also essential for reproduction of the work. Fixation of the work in a new medium is therefore the fundamental element of the act of “reproduc[ing] . . . in any material form whatever”. However, while the work is an original creation, the reproduction of the work is necessarily not.

une forme modifiée. Ceci nous ramène à la notion de partie importante d’une œuvre, qui laisse entendre que le droit de reproduire une œuvre comporte le droit de la reproduire quant à toutes ses parties essentielles. [Je souligne.]

Donc, l’analyse restrictive se limitant à l’aspect quantitatif ne peut se concilier avec une interprétation téléologique de la protection conférée à une partie importante de l’œuvre. L’aspect qualitatif d’une œuvre est protégé par le par. 3(1) *L.d.a.* et une analyse restrictive uniquement basée sur la multiplication de l’œuvre ne saurait lui octroyer la protection nécessaire et ignorerait le concept de « partie importante de l’œuvre » qui se trouve protégé par le par. 3(1) *L.d.a.*

(iii) Reproduire sous une forme matérielle quelconque

Pour le juge Binnie, « [I]à où on avait une seule affiche au départ, on a toujours une seule affiche » (par. 38). Je ne peux partager son opinion. La notion d’« œuvre » renvoie à toute forme d’expression matérialisée et originale (Tamaro, *op. cit.*, p. 84). L’œuvre est, pour ainsi dire, l’aboutissement matériel du processus de création. La fixation à un support matériel constitue une condition *sine qua non* de la production d’une œuvre. Ainsi, « produire » une œuvre fait référence à une première matérialisation et la « reproduire » à toute fixation matérielle ultérieure qui s’inspire (au sens causal) de la première fixation.

Par conséquent, « reproduire [une] œuvre, sous une forme matérielle quelconque » équivaut simple-ment à « rematérialiser » ce qui existait déjà sous une première forme matérielle. Celui qui s’inspire de la matérialisation originale afin de procéder à une matérialisation subséquente reproduit donc l’œuvre sous une forme matérielle quelconque. Il fait alors naître l’œuvre une seconde fois.

La fixation matérielle étant essentielle à la production d’une œuvre, elle l’est aussi à sa reproduction. La fixation à un nouveau support matériel constitue donc l’élément fondamental de l’acte de « reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque ». Cependant, alors que l’œuvre est originale, sa reproduction, elle, ne l’est forcément plus.

144

145

146

147

Reproducing a work therefore consists mainly of the subsequent non-original material fixation of a first original material fixation. That type of conduct amounts to plagiarism and constitutes an infringement of the rights of the copyright owner under s. 3(1) C.A.

148

It may be pointed out that the expressions “reproduce a work” and “reproduce a work in any material form” are pleonastic since in all cases, reproducing a work involves a new materialization derived from the original one. However, s. 3(1) does not say only “reproduce . . . in a material form”; rather, it says “reproduce [a] work . . . in any material form whatever” (emphasis added). That is an appropriate and carefully worded recognition that a work may be reproduced even if the new medium is different.

149

Having regard to the foregoing, it is clear that multiplication of the number of copies of a work is not an essential element of the act of “reproduc[ing] . . . in any material form whatever”. It does not matter that the process which produces a new materialization eliminates another; all that matters is that a new act of fixation occurs. Therefore, what we must count in order to determine whether a work has been reproduced is not the total number of copies of the work in existence after the rematerialization, but the number of materializations that occurred over time.

150

On that point, the analysis by Hugessen J.A. made in *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computer Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), at p. 694, of the concept of “in any material form whatever” is directly relevant to the disposition of this case:

We have already seen that the statute defines copyright as being, amongst other things, the sole right to produce or reproduce in any material form. It is, in my opinion, possible to read those words as including by necessary implication the sole right to produce the means of reproduction of the work or, to put the matter another way, the sole right to produce anything used or intended to be used to reproduce the work. When the opening words of subsection 3(1) are read in the context of the remainder of that subsection and of other sections of the *Copyright Act*, it is

Reproduire une œuvre consiste donc essentiellement en la fixation matérielle ultérieure et non originale d'une première fixation matérielle originale. Un tel comportement relève du plagiat et constitue une violation des droits du titulaire du droit d'auteur trouvés au par. 3(1) *L.d.a.*

L'on fera peut-être remarquer que les expressions « reproduire une œuvre » et « reproduire une œuvre, sous une forme matérielle » sont pléonastiques. Car reproduire une œuvre implique dans tous les cas une nouvelle matérialisation issue de la matérialisation d'origine. Cependant, le par. 3(1) ne se limite pas à l'expression « reproduire [. . .] sous une forme matérielle »; il parle plutôt de « reproduire [. . .] [une] œuvre, sous une forme matérielle quelconque » (je souligne). Cette phraséologie est utile et judicieuse en ce qu'elle reconnaît qu'une œuvre peut être reproduite même si le nouveau support matériel est différent.

Cela étant, il devient clair qu'une multiplication du nombre de copies d'une œuvre ne constitue pas un élément essentiel de l'acte de « reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque ». Peu importe que le procédé qui donne lieu à une nouvelle matérialisation en fasse par ailleurs disparaître une autre; tout ce qui importe, c'est que survienne un nouvel acte de fixation. Ainsi, ce que l'on compte afin de déterminer s'il y a eu reproduction, ce n'est pas le nombre total de copies de l'œuvre en existence suite à la rematérialisation, mais bien le nombre de matérialisations survenues dans le temps.

À cet égard, l'analyse que fait le juge Hugessen dans l'affaire *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), p. 694, du concept « sous une forme matérielle quelconque » est fort pertinente à la solution du présent litige :

Nous avons déjà vu que la loi définit le droit d'auteur comme désignant, entre autres, le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque. J'estime qu'il est possible d'interpréter ces termes de manière à leur faire comprendre par déduction nécessaire le droit exclusif de produire le support sur lequel cette œuvre sera reproduite ou, pour exprimer les choses autrement, le droit exclusif de produire tout ce qui peut être utilisé ou être destiné à être utilisé dans la reproduction de l'œuvre visée. J'estime qu'une telle

my view that such interpretation is not only possible but is required. [Emphasis added.]

That is the only interpretation that is compatible with the three elements that we analysed in relation to s. 3(1) C.A. As Tamaro, *supra*, at p. 93, said:

[TRANSLATION] If it were otherwise, anyone would be entitled to make a new material fixation of a work, in a modified form, or a fixation of the work on a different medium. That is no longer the case and the owner of the right to reproduce a work has the sole right to authorize an adaptation of the work; in that case, we refer, for example, to a derivative work, an adaptation or a reproduction that has been transformed.

Furthermore, whether we are dealing with an unlawful reproduction is a question of fact that must be determined based on the facts in each case. In *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), at p. 283, Lord Evershed pointed out:

[W]hat amounts in any case to substantial reproduction . . . cannot be defined in precise terms but must be a matter of fact and degree. It will, therefore, depend, not merely on the physical amount of the reproduction, but on the substantial significance of that which is taken. [Emphasis added.]

It is useful to recall that a reproduction of an article derived from the work is also an unlawful reproduction. In *King Features Syndicate Inc. v. O. and M. Kleemann, Ltd.*, [1940] 2 All E.R. 355 (Ch. Div.), at p. 359, Simonds J. said:

It must be immaterial whether the infringing article is derived directly or indirectly from the original work. The standard is objective. The question is whether or not the original work, or a substantial part thereof, has been reproduced. If it has been, then it is no answer to say that it has been copied from a work which was itself, whether licensed or unlicensed, a copy of the original. For this proposition there is ample authority . . . in *Ex p. Beal* . . . :

interprétation non seulement est possible mais s'impose lorsque les termes introductifs du paragraphe 3(1) se trouvent replacés dans le contexte de l'ensemble de ce paragraphe et des autres articles de la *Loi sur le droit d'auteur*. [Je souligne.]

Seule une telle interprétation peut s'harmoniser avec les trois éléments qui ont fait l'objet de notre analyse quant au par. 3(1) *L.d.a.* Comme l'affirme l'auteur Tamaro, *op. cit.*, p. 93 :

S'il en allait autrement, une nouvelle fixation matérielle d'une œuvre sous une forme modifiée, ou encore sa fixation sur un médium différent, serait permise à tous. Nous n'en sommes plus là, et le titulaire du droit de reproduire une œuvre dispose du droit exclusif d'autoriser une adaptation de son œuvre; on parlera alors, par exemple, d'une œuvre dérivée, d'une adaptation ou d'une reproduction transformée.

De plus, le fait de déterminer si l'on est en présence d'une reproduction illégale est une question de fait et doit s'apprécier selon les faits de chaque cas. Lord Evershed dans l'affaire *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), p. 283, soulignait que :

[TRADUCTION] [C]e qui constitue dans un cas d'espèce la reproduction d'une partie importante [. . .] ne peut être défini de façon précise; il s'agit plutôt d'une question de fait et de degré. Cela dépendra donc non seulement de l'étendue matérielle de la reproduction, mais aussi de l'importance réelle de ce qu'on s'est approprié. [Je souligne.]

Enfin, il est propice de rappeler, qu'une reproduction d'un article dérivé de l'œuvre est également une reproduction illicite. Le juge Simonds dans l'affaire *King Features Syndicate Inc. c. O. and M. Kleemann, Ltd.*, [1940] 2 All E.R. 355 (Ch. Div.), p. 359, affirmait :

[TRADUCTION] Ne doit pas entrer en ligne de compte la question de savoir si l'article contrefait provient directement ou indirectement de l'œuvre originale. Le critère applicable est objectif. Il s'agit de savoir si l'œuvre originale, ou une partie importante de cette dernière, a été reproduite. Si tel est le cas, le fait de dire qu'elle a été copiée d'une œuvre produite avec ou sans licence, elle-même copiée de l'original, ne constitue pas une réponse valable. La jurisprudence appuie amplement cette proposition. [. . .] dans *Ex p. Beal* [. . .] :

151

152

153

When the subject of a picture is copied, it is of no consequence whether that is done directly from the picture itself or through intervening copies . . .

This view of copyright law has never, I think, been doubted, and is plain common sense. [Citations omitted.]

154

Therefore, contrary to what my colleague, Binnie J., says, at para. 65, I am of the view that based on s. 3(1) C.A., the analysis is the same whether the reproduction was made from an original work or a copy. In both cases, we must determine whether there has been a reproduction of the work or a substantial part of the work.

155

It is also important to distinguish between the medium, which is protected by s. 3(1) C.A. and is inextricably connected to the work, and the concept of "structure" in s. 28.2(3) C.A. My colleague interprets the English version of s. 28.2(3)(a), which provides: "a change in . . . the physical structure containing a work . . . shall not, by that act alone, constitute . . . modification of the work", and holds that a modification of the work is an infringement of an author's moral rights rather than his or her economic rights (paras. 17 and 60). I cannot agree with that view. Such an interpretation would be contrary to the intent of Parliament. First, we need to compare the two versions of s. 28.2(3):

28.2 . . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi.

28.2 . . .

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

Quand l'objet d'une image est reproduit, il n'est pas important de se demander si la reproduction est faite directement à partir de l'image ou au moyen d'autres copies . . .

Ce point de vue en matière de droit d'auteur n'a jamais été mis en doute, je crois, et il relève du gros bon sens. [Renvois omis.]

Ainsi, contrairement à ce que soutient mon collègue, le juge Binnie, au par. 65, je suis d'avis qu'en se basant sur le par. 3(1) *L.d.a.*, l'analyse demeure la même que la reproduction soit tirée de l'œuvre originale ou d'une copie. Il faut, dans les deux cas, se demander s'il s'agit d'une reproduction de l'œuvre ou d'une partie importante de cette dernière.

Par ailleurs, il est important de distinguer entre le support matériel protégé par le par. 3(1) *L.d.a.* et qui est inextricablement lié à l'œuvre, et la notion de « structure » qui se retrouve au par. 28.2(3) *L.d.a.* Mon collègue interprète la version anglaise de l'al. 28.2(3)(a) qui précise que : « *a change in [. . .] the physical structure containing a work [. . .] shall not, by that act alone, constitute [. . .] modification of the work* » et il soutient qu'une modification de l'œuvre est une violation des droits moraux de l'auteur et non de ses droits économiques (par. 17 et 60). Je ne peux souscrire à ce point de vue. Une telle interprétation serait contraire à l'intention du législateur. Il est important de commencer en comparant les deux versions du par. 28.2(3) :

28.2 . . .

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work.

28.2 . . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work. [Emphasis added.]

Two comments must be made. First, my colleague places the emphasis on the expression “shall not”. A comparative analysis shows that Parliament emphasizes, rather, “shall not, by that act alone”, which corresponds to “*ne constitue pas nécessairement*” in the French version. By using the negative, it allows authors to show that a change in structure can amount to a modification of the work and cause prejudice to the author’s honour or reputation, therefore infringing his or her moral rights.

Second, my colleague seems to want to give the concept of “physical structure containing a work”, which Parliament rendered as “*la structure qui . . . contient [l’œuvre]*”, a meaning that cannot stand up to an analysis of the concept of “work” (*œuvre* in French). In my opinion, by referring to the concept of physical structure rather than medium (s. 3(1) C.A.), Parliament is making a vital distinction and is instead referring, in s. 28.2(3) C.A., to a physical structure that is superimposed onto the work. As Binnie J. pointed out in his analysis of copyright, copyright protects only works, not ideas. As I explained earlier, a work necessarily includes the medium. A change to the medium is prohibited by s. 3(1) C.A., while a change to a physical structure containing the work will be prohibited by s. 28.2(3) if the author establishes that the new physical structure causes prejudice to the integrity of his or her work.

In determining the meaning of “reproduc[ing] . . . in any material form whatever”, it is completely irrelevant that the consequence of one materialization destroys another. Obviously, when a person reproduces a work and at the same time destroys a copy of it, we assume that the person derives some benefit from doing so. In this case, for example, the appellants sold the canvas-backed reproductions of the respondent’s works at a much

toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi. [Je souligne.]

Deux commentaires s’imposent. Dans un premier temps, mon collègue met l’accent sur le terme « *shall not* ». Or, une analyse comparée démontre que le législateur insiste plutôt sur le concept de « *shall not, by that act alone* » qui correspond à « *ne constitue pas nécessairement* » dans la version française. En employant le négatif, il permet aux auteurs de démontrer qu’un changement de structure peut constituer une modification de l’œuvre et porter préjudice à l’intégrité de l’auteur, violant ainsi ses droits moraux.

Dans un second temps, mon collègue semble vouloir donner au concept de « *physical structure containing a work* » que le législateur rend par « *la structure qui [. . .] contient [l’œuvre]* » une signification qui ne peut résister à une analyse du concept d’œuvre (*work* en anglais). À mon avis, en se référant au concept de structure et non au concept de support matériel (par. 3(1) *L.d.a.*), le législateur apporte une distinction vitale et fait plutôt référence, au par. 28.2(3) *L.d.a.*, à une structure qui est superposée à l’œuvre. Comme le juge Binnie l’a souligné dans son analyse du droit d’auteur (*copyright* en anglais), ce dernier ne protège pas les idées mais seulement les œuvres. Une œuvre, comme je l’ai expliqué précédemment, inclut nécessairement le support matériel. Une modification du support matériel est prohibée par le par. 3(1) *L.d.a.*, tandis que la modification d’une structure qui contient l’œuvre sera prohibée par le par. 28.2(3) si l’auteur démontre que la nouvelle structure porte préjudice à l’intégrité de son œuvre (*work*).

Enfin, qu’une matérialisation ait pour conséquence d’en détruire une autre est sans pertinence aucune quant il s’agit de déterminer ce que signifie « reproduire [. . .] sous une forme matérielle quelconque ». Évidemment, lorsqu’une personne reproduit une œuvre tout en détruisant une copie, on suppose qu’elle y trouve un quelconque avantage. Par exemple, en l’espèce, les appelants vendaient les entoilages d’œuvres de l’intimé beaucoup plus cher

156

157

158

higher price than the paper-backed reproductions. However, there would be unlawful reproduction even if the re-materialization process resulted in an economic loss as a result of the destruction of another copy.

(3) Transfer to Canvas and Infringement

159

We must now address the issue on which the entire case is predicated: whether transferring a poster representing a work onto canvas constitutes infringement. In order for infringement to have occurred, there must have been an infringement of the copyright conferred under s. 3(1) C.A. Section 27 C.A. defines such an infringement as “do[ing], without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do”. In short, in order for infringement to have occurred, a work must have been plagiarized or unlawfully appropriated. In the case of a painting, infringement will occur, *inter alia*, when the painting as a whole or any substantial part thereof is reproduced in any material form whatever, in the words of s. 3(1) C.A.

160

The respondent had given his publishers, in particular É.G.I., very detailed authorization for the reproduction of his works. The evidence established that the posters that were transferred onto canvas by the appellants were all purchased from É.G.I.

161

The appellants argued that transferring the paper-backed reproductions of the respondent's works onto canvas was not an infringement of the respondent's copyright. They submitted, first, that the contract between the respondent and É.G.I. allowed the works to be reproduced in any material form whatsoever. Second, they argued that transferring posters onto canvas did not ultimately result in an increase in the total number of copies of the work, and accordingly, they had not reproduced the works, in any material form whatever, in breach of s. 3(1) C.A.: they had merely transferred the image represented from one medium to another, and this was not contrary to the Act.

162

We must therefore first determine the scope of the reproduction rights that were granted, which will

que les reproductions papier. Cependant, il y aurait reproduction illicite même si le procédé de rematérialisation causait une perte économique par la destruction d'une autre copie.

(3) Entoilage et contrefaçon

Il reste maintenant à traiter la question qui constitue toute l'assise du présent litige : l'entoilage d'une affiche papier représentant une œuvre donne-t-il lieu à un acte de contrefaçon? Pour qu'il y ait contrefaçon il faut qu'il y ait eu violation du droit d'auteur conféré par le par. 3(1) *L.d.a.* L'article 27 *L.d.a.* définit une telle violation comme « l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir ». En somme, pour qu'il y ait contrefaçon, il faut qu'il y ait plagiat ou appropriation illicite d'une œuvre. Dans le cas d'une peinture, il y aura notamment contrefaçon lorsque la totalité ou partie importante de celle-ci aura été reproduite sous une forme matérielle quelconque au sens du par. 3(1) *L.d.a.*

L'intimé a autorisé de façon très détaillée la reproduction de ses œuvres par ses éditeurs (notamment É.G.I.). La preuve établit que les affiches papier entoilées par les appelants ont toutes été achetées de É.G.I.

Les appelants plaident que les entoilages des reproductions papier des œuvres de l'intimé n'ont pas donné lieu à des violations du droit d'auteur de celui-ci. Ils soutiennent, d'une part, que le contrat entre l'intimé et É.G.I. permettait de reproduire les œuvres sous toute forme matérielle que ce soit. Ils plaident par ailleurs que l'entoilage ne donne pas lieu, en fin de compte, à une augmentation du nombre total de copies de l'œuvre. Aussi n'auraient-ils pas reproduit les œuvres sous une forme matérielle quelconque en contravention du par. 3(1) *L.d.a.* Ils n'auraient fait subir qu'un simple transfert de support à l'image représentée, ce qui ne serait pas contraire à la Loi.

Il s'agit donc d'abord de déterminer l'étendue des droits de reproduction qui ont été accordés, ce

at the same time establish the scope of the rights that the respondent retained. That determination calls for a simultaneous examination of certain provisions of the Act and the terms of the contract between the respondent and É.G.I. We will then need to determine whether transferring an image from one medium to another amounts to “produc[ing] or reproduc[ing] the work or any substantial part thereof in any material form whatever” within the meaning of s. 3(1) C.A.

(4) Construction of the Contract

Section 13(4) of the Act provides that the owner of the copyright may assign it, or grant any interest in it by licence:

13. . . .

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent. [Emphasis added.]

A copyright owner may therefore dispose of his or her right, either wholly or partially, and either generally or subject to certain limitations, *inter alia*, with respect to the medium. However, he or she retains the residue of the sole reproduction rights that were not assigned.

My colleague, Binnie J., relies on the testimony of the respondent Théberge to show that the nature of the copyright infringements was not economic, but moral, and that consequently s. 3(1) does not apply. The respondent's testimony is, however, not relevant to the disposition of this case. The respondent is an artist; he is not a lawyer. He is not an expert in intellectual property. However, he signed a contract setting out the terms in which he authorized the reproduction of his works. The contract is unequivocal and has not been challenged. It is the contract, and

qui établira du même coup l'étendue des droits que l'intimé a conservés. Cette détermination requiert un examen simultané de certaines dispositions de la Loi et des termes du contrat entre l'intimé et É.G.I. Il s'agira ensuite de déterminer si transférer l'image d'un support matériel à un autre équivaut à « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » au sens du par. 3(1) *L.d.a.*

(4) Interprétation du contrat

Le paragraphe 13(4) de la loi prévoit la possibilité pour le titulaire du droit d'auteur de le céder ou de concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans celui-ci :

13. . . .

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. [Je souligne.]

Le titulaire du droit d'auteur peut ainsi disposer de son droit en totalité ou en partie, d'une façon générale ou en mettant certaines restrictions, notamment quant au support matériel. Il conserve cependant le reliquat des droits exclusifs de reproduction qu'il n'a pas cédés.

Mon collègue, le juge Binnie, s'appuie sur le témoignage de l'intimé Théberge afin de démontrer que la nature des violations au droit d'auteur est non pas économique mais morale et par le fait même que le par. 3(1) ne trouve pas application. Or, le témoignage de l'intimé n'est pas pertinent pour la solution du présent litige. L'intimé est un peintre, il n'est pas un juriste. Il n'est pas un spécialiste en matière de propriété intellectuelle. Il a cependant signé un contrat dans lequel il a énoncé les conditions auxquelles il a autorisé la reproduction de ses œuvres. Le contrat est sans équivoque et n'est pas remis en

163

164

not the respondent's testimony, that must be analysed.

165

In fact, that part of the respondent's testimony also supports the finding that infringement had occurred, having regard to the concept of copyright under s. 3(1) C.A., since that definition hinges on the negative economic impact that the marketing of reproductions in breach of that right would have on the author's original works. As McKeown, *supra*, stated, at pp. 426-27:

In considering whether a substantial part has been taken, particular emphasis must be given to the fact that the defendant's work competes with the plaintiff's work, or may serve as a substitute for it, or will interfere with a work that the plaintiff may publish in the future.

166

Prima facie, the question of the legal nature of the contract between the respondent and É.G.I. might generate some disagreement. We might well ask whether it comprised an assignment or a mere concession (or licence). In the first case, it would amount to the assignment of the sole right, which may be set up against everyone to produce and reproduce in any material form whatever, while in the second case, it would amount only to the grant of a personal "interest", and the respondent would retain his right in full. The limitation on the number of paintings, in particular, suggests that this was a mere concession, or licence. In any event, I do not believe that this kind of characterization is necessary for the purposes of this case. We may conclude, simply by reviewing the contractual provisions with respect to the authorized medium, that the respondent never intended to assign in full his right to reproduce the works in question in any material form whatever. The only right that he assigned was the right to reproduce his works on paper, thereby excluding reproduction in any other material form.

167

The contract must be interpreted in accordance with the general requirements of arts. 1425 to 1432 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."). The following articles are particularly relevant:

question. C'est ce dernier qu'il faut analyser et non pas le témoignage de l'intimé.

D'ailleurs, cette partie du témoignage de l'intimé vient aussi appuyer l'existence d'une contrefaçon eu égard à la notion de droit d'auteur (*copyright* en anglais) selon le par. 3(1) *L.d.a.* puisqu'il évoque l'impact économique négatif qu'auront, par une commercialisation abusive, les reproductions sur les œuvres originales de l'auteur. Comme le souligne l'auteur McKeown, *op. cit.*, p. 426-427 :

[TRADUCTION] Lors de l'examen de la question de savoir si le défendeur s'est approprié une partie importante de l'œuvre du demandeur, il faut mettre l'accent sur le fait que l'œuvre du défendeur entre en concurrence avec celle du demandeur, qu'elle peut lui être substituée ou qu'elle nuira à une œuvre que le demandeur peut publier dans le futur.

De prime abord, la question de la nature juridique du contrat entre l'intimé et É.G.I. pourrait susciter un certain débat. En effet, on peut se demander s'il s'agit d'une cession ou d'une simple concession (ou licence). Dans le premier cas, il s'agirait de la cession du droit exclusif et opposable à tous de produire et reproduire sous quelque forme matérielle que ce soit, alors que dans l'autre, il ne s'agirait que de l'octroi d'un « intérêt » personnel, l'intimé conservant par ailleurs tout son droit. L'imposition de tirages limités, notamment, suggère qu'il s'agit ici d'une simple concession, ou licence. Quoi qu'il en soit, je ne crois pas qu'il s'avère nécessaire de procéder à une telle caractérisation aux fins du présent litige. Un simple examen des dispositions contractuelles visant le support matériel autorisé suffit pour conclure que l'intimé n'a jamais eu l'intention de céder la totalité de son droit de reproduire les œuvres visées sous une forme matérielle quelconque. Tout ce qu'il a cédé, c'est le droit de reproduire ces œuvres sur support papier, excluant par le fait même la reproduction sous toute autre forme matérielle.

Le contrat doit s'interpréter selon les directives générales offertes aux art. 1425 à 1432 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). Les dispositions suivantes sont particulièrement pertinentes :

1425. The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract.

1426. In interpreting a contract, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage, are all taken into account.

1427. Each clause of a contract is interpreted in light of the others so that each is given the meaning derived from the contract as a whole.

1429. Words susceptible of two meanings shall be given the meaning that best conforms to the subject matter of the contract.

1431. The clauses of a contract cover only what it appears that the parties intended to include, however general the terms used.

The contract is called [TRANSLATION] “Right To Publish and Distribute” and begins with the following statement:

[TRANSLATION] The ARTIST hereby assigns to the PUBLISHER the RIGHT TO PUBLISH the PRODUCTS described from the WORK described herein, based on the authorized PRINTINGS and in consideration of the COMPENSATION and the TERMS hereinafter set out. [Emphasis added.]

This is therefore, *prima facie*, the grant of a right to publish certain products produced from the original work, not an unqualified right to distribute copies of that work in any material form whatever (art. 1431 C.C.Q.).

The contractual provisions, when construed as a whole, show that the right conferred is limited solely to reproduction on paper products (posters, cards or other stationery products). No mention was made of the possibility of marketing products on any medium other than paper. The rights granted therefore do not include the right to affix an image representing the respondent’s work onto a canvas. Several elements of the contract support that conclusion.

First, under the heading [TRANSLATION] “Product(s)”, it states: [TRANSLATION] “Reproduction 50 x 60cm - 19.7 x 23.6. - No. 6304 and/or cards

1425. Dans l’interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes utilisés.

1426. On tient compte, dans l’interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l’interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu’il peut avoir reçue, ainsi que des usages.

1427. Les clauses s’interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble du contrat.

1429. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

1431. Les clauses d’un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

Le contrat s’intitule « Droit de publication et de diffusion » et débute par la mention suivante :

Par les présentes, l’ARTISTE cède à l’ÉDITEUR le DROIT DE PUBLIER les PRODUITS décrits à partir de l’ŒUVRE mentionnée, selon les TIRAGES autorisés et moyennant les COMPENSATIONS et les CONDITIONS ci-indiquées. [Je souligne.]

Il s’agit donc de prime abord de l’octroi d’un droit de publier certains produits confectionnés à partir de l’œuvre originale, et non d’un droit non qualifié de diffuser des copies de cette œuvre sous quelque aspect matériel que ce soit (art. 1431 C.c.Q.).

Une interprétation de l’ensemble des dispositions contractuelles montre que le droit conféré se limite à la seule reproduction sur produits papier (affiches, cartes ou autres produits de papeterie). Il n’y est nullement question de la possibilité de commercialiser des produits dont le support serait autre que du papier. Les droits accordés n’incluent donc pas celui d’apposer une image représentant une œuvre de l’intimé sur une toile. Plusieurs éléments du contrat appuient cette conclusion.

D’abord, sous la rubrique « Le(s) produit(s) », il est mentionné : « Reproduction 50 x 60cm - 19,7 x 23,6. No. 6304 et/ou cartes et/ou papeterie » (je

168

169

170

and/or stationery” (emphasis added). Second, under the heading [TRANSLATION] “Printing(s)”, it specifies [TRANSLATION] “Maximum ten thousand (10,000) reproductions and/or one hundred thousand (100,000) cards and/or stationery as advised”. And third, under the heading [TRANSLATION] “Compensation”, it stipulates that [TRANSLATION] “the publisher will give the artist, free of charge, twenty-five (25) reproductions and/or one hundred (100) cards as artist’s proofs” (emphasis added).

171

The use in the contract of the term “reproduction” might, *prima facie*, create some ambiguity since that word carries more than one meaning. In its most general sense, it may simply refer to any item that has been copied from an original. However, when we look at the context specific to the contract between the respondent and É.G.I. (art. 1429 C.C.Q.), it is clear that this is not the meaning that was intended.

172

First, the nature of the contract must be considered (art. 1426 C.C.Q.): it is a contract between the respondent and a publisher whose business consists of publishing reproductions on paper. It would therefore be illogical for the contract to allow any “reproduction” of the work in the most general meaning of the word. Second, the notation “No. 6304” that follows the dimensions of the authorized reproductions and is part of the description of those reproductions seems to suggest that a specific standard of paper or sheet of paper has been selected. And third, when we see that the publisher agreed to give the artist 25 of those “reproductions”, free of charge, the only conclusion we can reach is that what is referred to as “reproductions” is in fact paper posters: it would defy all logic to suggest that the respondent could have agreed to be given 25 “reproductions” of his works, in the broadest sense, as compensation. In short, there is no doubt, in my opinion, that the respondent had authorized only the reproductions on paper medium, in the sense of “poster”.

173

There are other provisions in the contract that support that interpretation even more definitely. First, art. 9 of the contract, entitled [TRANSLATION] “Other stationery products”, stipulates:

souligne). Ensuite, la rubrique « Le(s) tirage(s) » mentionne « Maximum dix mille (10 000) reproductions et/ou cent mille (100 000) cartes et/ou papeterie selon avis ». Enfin, sous la rubrique « Les compensations », il est stipulé que « [l]’éditeur remettra gratuitement à l’artiste vingt-cinq (25) reproductions et/ou cent (100) cartes à titre d’épreuves d’artiste » (je souligne).

L’utilisation au contrat du terme « reproduction » peut, à première vue, susciter une certaine ambiguïté, puisque celui-ci porte plus d’une signification. Dans son acception la plus générale, il peut simplement faire référence à tout objet copié d’un original. Cependant, sitôt qu’on prend acte du contexte propre au contrat entre l’intimé et É.G.I. (art. 1429 C.c.Q.), on découvre que ce n’est pas là le sens qu’il faut lui donner.

D’abord, la nature du contrat doit être prise en compte (art. 1426 C.c.Q.) : il s’agit d’un contrat entre l’intimé et un éditeur dont l’entreprise consiste à publier des reproductions papier. Il serait donc plutôt incongru que le contrat permette toute « reproduction » de l’œuvre au sens le plus général du terme. Ensuite, la mention « No. 6304 » qui suit les dimensions des reproductions autorisées et fait partie de la description de ces mêmes reproductions semble suggérer le choix d’un certain standard de papier ou de feuille. Enfin, lorsqu’on constate que l’éditeur s’est engagé à remettre gratuitement à l’artiste 25 de ces « reproductions », on ne peut que conclure que ce que l’on nomme « reproduction », ce sont en fait des affiches papier. Ce serait en effet défier toute logique que de suggérer que l’intimé ait pu acquiescer à ce que lui soient remises 25 « reproductions », au sens le plus large, de ses œuvres à titre de compensation. En somme, il ne fait à mon avis aucun doute que seules des reproductions sur support papier, au sens d’affiches ou de « posters », ont été autorisées par l’intimé.

D’autres dispositions du contrat viennent asseoir cette interprétation encore plus solidement. D’abord, la clause 9 du contrat, intitulée « Autres produits de papeterie » stipule :

[TRANSLATION] The publisher is authorized to produce other stationery products (e.g., calendars, agendas, address books, writing paper, wrapping paper, gift boxes, etc.) if it informs the artist of the quantities published and sales generated, and if it pays him royalties equivalent to the royalties agreed to herein. [Emphasis added.]

The use of the expression “other stationery products” implies that the products that are expressly authorized are also stationery products. In order for there to be “other” stationery products, there would have to be products of that nature in the first place.

Moreover, art. 19, entitled [TRANSLATION] “Free use of the product”, stipulates:

[TRANSLATION] The product is offered for sale without restriction as to use, *i.e.* it may be framed, laminated or combined with other products and such uses shall not be considered to have generated products or sub-products other than those provided for in this contract. [Emphasis added.]

The fact that the product may be framed, laminated or combined with other products also suggests that the product is in fact a stationery product. I also note that the authorized medium is not physically altered and is still paper, in the case both of framing and of laminating the product or combining it with other products. The following distinctions must therefore be made: (1) framing, lamination and any other type of arrangement, which leaves the paper medium intact and identifiable, and (2) transferring onto canvas, which results in a complete substitution of medium.

The appellants’ final argument was that the provision in art. 19 that the “product is offered for sale without restriction as to use” allows for paper reproductions to be transferred onto canvas. I see two fatal objections to that argument, however.

First, it is the paper product that is offered for sale without restriction as to use; in other words, the paper product may be used in different ways. However, this does not imply that its fundamental nature could be altered. On the contrary: the rights assigned by contract certainly do not include the ability to alter the authorized product by changing

L'éditeur est autorisé à produire d'autres produits de papeterie (ex. calendrier, agenda, carnet d'adresses, papier à lettre, papier d'emballage, boîte-cadeau, etc.) s'il fait rapport à l'artiste des quantités publiées et des ventes réalisées, et s'il lui verse des royalties équivalentes à celles ici convenues. [Je souligne.]

L'utilisation de l'expression « autres produits de papeterie » laisse croire que les produits expressément autorisés sont également des produits de papeterie. Car, pour qu'il y ait « d'autres » produits de papeterie, il faut qu'il y ait eu de tels produits au départ.

Par ailleurs, la clause 19, intitulée « Libre utilisation du produit », stipule :

Le produit est mis en vente sans restriction d'utilisation, *i.e.* qu'il peut être encadré, laminé ou regroupé avec d'autres produits sans que ces utilisations ne soient considérées comme ayant généré des produits ou sous-produits autres que ceux prévus à ce contrat. [Je souligne.]

Or, la possibilité d'encadrer, laminer ou regrouper le produit avec d'autres indique également que le produit en est un de papeterie. Je note également que tant dans le cas de l'encadrement que dans ceux du laminage ou du regroupement avec d'autres produits, le support autorisé ne subit pas de modification matérielle, demeurant du papier. Aussi faut-il distinguer : (1) l'encadrement, le laminage et toute autre forme d'arrangement, qui laissent le support papier intact et discernable, et (2) l'entoilage, qui donne lieu à une substitution totale de support matériel.

Finalement, les appelants ont plaidé que la stipulation selon laquelle le « produit est mis en vente sans restriction d'utilisation », la clause 19 du contrat, permet l'entoilage de reproductions papier. Je trouve cependant deux objections fatales à cette proposition.

D'une part, c'est le produit papier qui est mis en vente sans restriction d'utilisation; autrement dit, ce produit papier peut être utilisé de différentes façons. Cependant, ceci n'entraîne pas la possibilité de modifier sa nature première, bien au contraire. Les droits cédés par contrat n'incluent certainement pas la possibilité de dénaturer le produit autorisé en en

174

175

176

its medium. Unlike the process of transferring an image to canvas, neither framing nor lamination results in that kind of change to the nature of the paper product. Furthermore, as I explained in greater detail in the previous section of the analysis, they also do not result in a “copy of the work in any material form whatever”.

changeant le support. Contrairement à l’entoilage, ni l’encadrement, ni le laminage ne donnent lieu à une telle dénaturation du produit papier. Aussi, comme je l’ai expliqué plus en détail dans la section précédente de l’analyse, ils ne donnent pas lieu à une « reproduction de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque ».

177 Second, art. 19 stipulates that “[t]he product is offered for sale without restriction as to use, *i.e.* it may be framed, laminated or combined with other products” (emphasis added). While the abbreviation “*e.g.*” (“for example”) could leave room for some extrapolation, the abbreviation “*i.e.*” (“that is”) has a clear restrictive meaning. Accordingly, the sale of the paper product without restriction as to use is strictly limited to framing, laminating and combining with other products. The ability to do something else, specifically, to transfer the product onto canvas, cannot be inferred from that enumeration.

D’autre part, la clause 19 stipule que « [l]e produit est mis en vente sans restriction d’utilisation, *i.e.* qu’il peut être encadré, laminé ou regroupé avec d’autres produits » (je souligne). Or, si l’abréviation « *e.g.* » (par exemple) est susceptible de laisser place à une certaine extrapolation, « *i.e.* » (c’est-à-dire) comporte un sens limitatif clair. Ainsi, la mise en vente du produit papier sans restriction d’utilisation se limite strictement à l’encadrement, au laminage et au regroupement avec d’autres produits. L’on ne saurait inférer de cette énumération la possibilité de faire autre chose, notamment d’entourer le produit.

178 In short, the rights given by the respondent to his publisher, É.G.I., do not include the right to make copies of his works regardless of medium. What was granted was the right to distribute a certain number of reproductions of works on paper. The “products” referred to in the contract are exclusively stationery products. Therefore, the rights granted by the assignment involve certain restrictions as to the medium. In my opinion, that interpretation is the one that reveals the true intention of the parties to the contract.

En somme, les droits accordés par l’intimé à son éditeur É.G.I. ne comportent pas celui de faire des copies de ses œuvres sans égard au support matériel. Ce qui est concédé c’est le droit de diffuser un certain nombre de reproductions des œuvres sur support papier. Les « produits » auxquels il est fait référence au contrat sont exclusivement des produits de papeterie. Ainsi, les droits octroyés par la cession comportent certaines restrictions quant au support. À mon avis, c’est cette interprétation qui révèle la véritable intention des parties au contrat.

179 As a result, I conclude that by expressly confining the rights that were assigned to producing reproductions of his works on paper, the respondent retained all his rights to produce reproductions on any other medium whatsoever. By transferring authorized reproductions of the respondent’s works onto canvas, the appellants “produce[d] or reproduce[d] [those] work[s] or any substantial part thereof in any material form whatever”, contrary to s. 3(1) C.A.

Par conséquent, je conclus qu’en limitant expressément les droits cédés à des reproductions de ses œuvres sur support papier, l’intimé a conservé tous ses droits de reproduction sur quelque autre support que ce soit. En procédant à l’entoilage des reproductions papier autorisées des œuvres de l’intimé, les appelants ont « produit[t] ou reproduit[t] la totalité ou une partie importante de [ces] œuvre[s], sous une forme matérielle quelconque » en contravention du par. 3(1) *L.d.a.*

VII. Conclusion

VII. Conclusion

180 In short, by transferring posters of the respondent’s works onto canvas, the appellants did in fact

En somme, en entourant des affiches papier des œuvres de l’intimé, les appelants ont bel et bien

reproduce the respondent's works or a substantial part thereof in any material form whatever, contrary to s. 3(1) C.A. The fact that the respondent did not consent means that his copyright was infringed. The appellants had therefore engaged in infringement and the respondent was entitled to seize the canvas-backed reproductions under art. 734(1) C.C.P. and s. 38(1) C.A.

VIII. Disposition

I would therefore dismiss the appeal and uphold the seizure before judgment with respect to the canvas-backed reproductions, with costs.

Appeal allowed with costs in the cause, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Galerie d'Art Yves Laroche inc. and Éditions Multi-Graph ltée: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitors for the appellants Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Galerie d'Art Laroche, Denis inc. and Serge Rosa: Chiara & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Laurin, Lamarre, Linteau & Montcalm, Montréal.

reproduit les œuvres de l'intimé ou une partie importante de celles-ci sous une forme matérielle quelconque en contravention du par. 3(1) L.d.a. L'absence de consentement de l'intimé fait en sorte que son droit d'auteur a été violé. Les appelants se sont ainsi adonnés à des actes de contrefaçon et l'intimé était en droit de saisir les entoilages conformément aux dispositions du par. 734(1) C.p.c. et du par. 38(1) L.d.a.

VIII. Dispositif

Je rejeterais donc l'appel et maintiendrais la saisie avant jugement quant aux entoilages, avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens suivant l'issue de l'instance, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents.

Procureurs des appelantes Galerie d'Art Yves Laroche inc. et Éditions Multi-Graph ltée : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureurs des appelants Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Galerie d'Art Laroche, Denis inc. et Serge Rosa : Chiara & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Laurin, Lamarre, Linteau & Montcalm, Montréal.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2002 Vol. 2

3^e cahier, 2002 Vol. 2

Cited as [2002] 2 S.C.R. 411-600

Renvoi [2002] 2 R.C.S. 411-600

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques	NICOLA SUTTON
CHANTAL DEMERS	SALLY GRIFFIN	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
RODRIGO ESCAYOLA	ARCHIBALD MCDONALD	TIMOTHY WILSON
ANDRES GARIN	MARY JANE SINCLAIR	
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	
	JACQUELINE STENCEL	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex559

Communications law — Radiocommunications — Direct-to-home distribution of television programming — Decoding in Canada of encrypted signals originating from foreign satellite distributor — Whether s. 9(1)(c) of Radiocommunication Act prohibits decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 9(1)(c).

Statutes — Interpretation — Principles — Contextual approach — Grammatical and ordinary sense — “Charter values” to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity.

Appeals — Constitutional questions — Factual record necessary for constitutional questions to be answered.

Berry v. Pulley493

Labour relations — Trade unions — Members — Nature of obligations existing between members of a trade union — Action for breach of contract brought by union members against other union members — Whether union member may be personally liable to other members in breach of contract action based on terms of union constitution — Whether web of contracts exists between union members and, if so, whether it can form the basis for a breach of contract claim against union members.

Gronnerud (Litigation Guardians of) v. Gronnerud Estate417

Estates — Administration — Public Trustee — Property of dependent adults — Court of Appeal appointing Public Trustee as litigation guardian and property guardian for dependent adult — Criteria to be used in appointing or replacing litigation and property guardians — Whether Court of Appeal had jurisdiction to preclude Public Trustee from pursuing matrimonial property claim — If so, whether Court of Appeal properly exercised that jurisdiction — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, c. D-25.1, s. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1, s. 29(6).

R. v. Carlos411

Criminal law — Firearms — Careless storage of firearms — Storage of firearms in contravention of regulations — Actus reus of offences — Whether firearms “stored” within meaning of s. 86(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 86(1).

R. v. Hibbert445

Criminal law — Evidence — Identification — Alibi — Accused convicted of attempted murder — Trial judge

Continued on next page

SOMMAIRE

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex559

Droit des communications — Radiocommunication — Distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe — Décodage au Canada de signaux encodés émanant de distributeurs étrangers utilisant des satellites — L'article 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de tous les signaux encodés émis par des satellites, sous réserve d'une exception limitée, ou prohibe-t-il seulement le décodage de signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires de licence? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 9(1)c).

Lois — Interprétation — Principes — Approche contextuelle — Sens ordinaire et grammatical — Recours aux « valeurs de la Charte » comme principe d'interprétation seulement en cas d'ambiguïté véritable.

Appels — Questions constitutionnelles — Refus de répondre aux questions constitutionnelles pour cause d'absence de fondement factuel.

Berry c. Pulley493

Relations du travail — Syndicats — Membres — Nature des obligations existant entre les membres d'un syndicat — Action pour rupture de contrat intentée par des syndiqués contre d'autres syndiqués — Un syndiqué peut-il être tenu personnellement responsable envers d'autres syndiqués dans une action pour rupture de contrat, fondée sur le texte des statuts du syndicat? — Existe-t-il une série de contrats entre les syndiqués et, dans l'affirmative, cette relation peut-elle justifier une action pour rupture de contrat contre des syndiqués?

Gronnerud (Tuteurs à l'instance de) c. Succession Gronnerud417

Successions — Administration — Curateur public — Biens des adultes à charge — Nomination par la Cour d'appel du curateur public en qualité de tuteur à l'instance et de tuteur aux biens d'une adulte à charge — Critères de nomination et de remplacement des tuteurs à l'instance et aux biens — La Cour d'appel avait-elle compétence pour empêcher le curateur public de poursuivre la demande relative aux biens matrimoniaux — Le cas échéant, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement cette compétence? — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, ch. D-25.1, art. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, ch. P-43.1, art. 29(6).

R. c. Carlos411

Droit criminel — Armes à feu — Entreposage négligent d'armes à feu — Entreposage d'armes à feu en contravention des règlements — Actus reus des infractions — Les armes à feu ont-elles été « entreposées » au sens de l'art. 86(1) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

erring in instructing jury that they could infer guilt from disbelieved alibi — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether Court of Appeal erred in finding no reversible error in trial judge's instructions on issue of identification — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. S.G.F.416

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter — Verdict supported by careful reasons of trial judge and not unreasonable.

R. v. V.C.A.S.414

Criminal law — Sexual assault — Accused's conviction for sexual assault upheld by Court of Appeal — No reason to interfere with Court of Appeal's judgment.

Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance).....522

Practice — Federal Court of Canada — Filing of confidential material — Environmental organization seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance to Crown corporation for construction and sale of nuclear reactors — Crown corporation requesting confidentiality order in respect of certain documents — Proper analytical approach to be applied to exercise of judicial discretion where litigant seeks confidentiality order — Whether confidentiality order should be granted — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Hibbert445

Droit criminel — Preuve — Identification — Alibi — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Juge du procès commettant une erreur en informant le jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la juge du procès n'avait commis aucune erreur justifiant une annulation dans ses directives sur la question de l'identification? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. S.G.F.416

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Accusé reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement sa fillette — Verdict, étayé par de solides motifs du juge du procès, non déraisonnable.

R. c. V.C.A.S.414

Droit criminel — Agression sexuelle — Confirmation par la Cour d'appel de la condamnation de l'accusé pour agression sexuelle — Aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel.

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)522

Pratique — Cour fédérale du Canada — Production de documents confidentiels — Contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental de la décision du gouvernement fédéral de donner une aide financière à une société d'État pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires — Ordonnance de confidentialité demandée par la société d'État pour certains documents — Analyse applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire sur une demande d'ordonnance de confidentialité — Faut-il accorder l'ordonnance? — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Allen Michael Carlos *Respondent***INDEXED AS: R. v. CARLOS****Neutral citation: 2002 SCC 35.**

File No.: 28748.

2002: April 17.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE YUKON TERRITORY*Criminal law — Firearms — Careless storage of firearms — Storage of firearms in contravention of regulations — Actus reus of offences — Whether firearms “stored” within meaning of s. 86(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 86(1).***Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 86(1).

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal (2001), 155 C.C.C. (3d) 459, 48 C.R. (5th) 57, 155 B.C.A.C. 95, 254 W.A.C. 95, [2001] Y.J. No. 69 (QL), 2001 YKCA 6, dismissing the Crown’s appeal from a judgment of the Yukon Territorial Court, [2000] Y.J. No. 113 (QL), 2000 YTTC 519, acquitting the accused on one count of careless storage of a firearm and two counts of storing a firearm contrary to regulations. Appeal allowed.

Graham R. Garton, Q.C., and David A. McWhinnie, for the appellant.*Richard A. Fritze*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — This is an appeal as of right by the Crown.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Allen Michael Carlos *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. CARLOS****Référence neutre : 2002 CSC 35.**

N° du greffe : 28748.

2002 : 17 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU TERRITOIRE
DU YUKON*Droit criminel — Armes à feu — Entreposage négligent d’armes à feu — Entreposage d’armes à feu en contravention des règlements — Actus reus des infractions — Les armes à feu ont-elles été « entreposées » au sens de l’art. 86(1) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1).***Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du territoire du Yukon (2001), 155 C.C.C. (3d) 459, 48 C.R. (5th) 57, 155 B.C.A.C. 95, 254 W.A.C. 95, [2001] Y.J. No. 69 (QL), 2001 YKCA 6, qui a rejeté l’appel du ministère public contre un jugement de la Cour territoriale du Yukon, [2000] Y.J. No. 113 (QL), 2000 YTTC 519, qui avait acquitté l’accusé relativement à un chef d’accusation d’entreposage négligent d’une arme à feu et de deux chefs d’accusation d’entreposage d’armes à feu en contravention des règlements. Pourvoi accueilli.

Graham R. Garton, c.r., et David A. McWhinnie, pour l’appelante.*Richard A. Fritze*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE ARBOUR — Le présent appel est interjeté de plein droit par le ministère public.

2 Accepting, as we must, the findings of fact made by the trial judge, we disagree with the majority of the Yukon Territory Court of Appeal ((2001), 155 C.C.C. (3d) 459, 2001 YKCA 6) that the *actus reus* of storage, within the meaning of s. 86(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has not been made out.

3 There is no requirement in that section that the accused plan a long-term or permanent storage. The trial judge found that the respondent deposited a loaded .357 Magnum in an ill-planned temporary hiding spot. In all the circumstances, in our view, this amounted to storage within the meaning of s. 86(1) of the *Code*. The same applies to the temporary placing of the two loaded handguns inside a locked safe.

4 In the circumstances of this case, where the respondent, as he put it, rapidly set aside and hid his loaded firearms, in a panicked state, intending to retrieve them shortly thereafter, the facts amply support the conclusion that he stored them within the meaning of that section.

5 There are obviously circumstances where a short interruption in the use or handling of firearms would still constitute use or handling rather than storage. In this case, however, the respondent took steps to put away and hide his weapons such that the proper characterization of his actions was that he stored them, albeit temporarily, rather than continue his use and handling of the firearms in plain view of the police.

6 We are of the view that the storage was careless in one case, and in contravention of the regulations in the other two. We therefore agree with Ryan J.A. dissenting in the Court of Appeal that the acquittals must be set aside and convictions entered on all three counts. The matter is remitted to the trial judge for sentencing.

Judgment accordingly.

Après avoir accepté, comme il se doit, les conclusions de fait du juge du procès, nous ne partageons pas l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel du territoire du Yukon ((2001), 155 C.C.C. (3d) 459, 2001 YKCA 6) que l'*actus reus* de l'entreposage, au sens du par. 86(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'a pas été prouvé.

Ce paragraphe n'exige nullement que l'accusé prévoie un entreposage à long terme ou permanent. Le juge du procès a conclu que l'intimé avait caché un pistolet Magnum de calibre .357 dans un endroit temporaire mal choisi. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, nous estimons qu'il s'agissait d'une forme d'entreposage au sens du par. 86(1) du *Code*. Cela vaut autant en ce qui concerne le fait d'avoir placé temporairement les deux armes de poing chargées dans un coffre-fort verrouillé.

Dans les circonstances de la présente affaire, où l'intimé, pris de panique, s'est empressé, selon ses propres paroles, de ranger et cacher ses armes chargées avec l'intention de les récupérer peu après, les faits étayent amplement la conclusion qu'il les a entreposées au sens de ce paragraphe.

Il existe des circonstances manifestes où une brève interruption de l'utilisation ou de la manipulation d'armes à feu constitue néanmoins une utilisation ou manipulation et non un entreposage. En l'espèce, toutefois, l'intimé a pris des mesures pour ranger et cacher ses armes de sorte qu'il convient de considérer qu'il les a entreposées, quoique temporairement, au lieu de continuer à les utiliser et à les manipuler sous les yeux des policiers.

Nous sommes d'avis que l'entreposage était négligent dans un cas, et contraire aux règlements dans les deux autres cas. Nous sommes donc d'accord avec madame le juge Ryan, dissidente en Cour d'appel, pour dire que les acquittements doivent être annulés et que des déclarations de culpabilité doivent être inscrites relativement aux trois chefs d'accusation. L'affaire est renvoyée au juge du procès pour qu'il prononce la sentence.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney
General of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'appelante : Le sous-procureur
général du Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Richard A. Fritze,
Sherwood Park, Alberta.*

*Procureur de l'intimé : Richard A. Fritze,
Sherwood Park, Alberta.*

V.C.A.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent**INDEXED AS: R. v. V.C.A.S.****Neutral citation: 2002 SCC 36.**

File No.: 28671.

2002: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Sexual assault — Accused's conviction for sexual assault upheld by Court of Appeal — No reason to interfere with Court of Appeal's judgment.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (2001), 156 Man. R. (2d) 198, 246 W.A.C. 198, [2001] M.J. No. 249 (QL), 2001 MBCA 85, upholding the accused's conviction for sexual assault. Appeal dismissed, LeBel J. dissenting.

Mark Wasyliw and Greg Brodsky, Q.C., for the appellant.

Gregg Lawlor, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right.

2 At the outset, it is important to note the essential supervisory role of courts of appeal in carefully scrutinizing the reasonableness of verdicts. In this respect, we are mindful of the cogent factors identified by Twaddle J.A., dissenting in the Manitoba Court of Appeal in this case. However, in the final analysis, we do not see any reason to differ with the disposition arrived at by Helper J.A. for the

V.C.A.S. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée**RÉPERTORIÉ : R. c. V.C.A.S.****Référence neutre : 2002 CSC 36.**

N° du greffe : 28671.

2002 : 17 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Agression sexuelle — Confirmation par la Cour d'appel de la condamnation de l'accusé pour agression sexuelle — Aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (2001), 156 Man. R. (2d) 198, 246 W.A.C. 198, [2001] M.J. No. 249 (QL), 2001 MBCA 85, qui a confirmé la condamnation de l'accusé pour agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge LeBel est dissident.

Mark Wasyliw et Greg Brodsky, c.r., pour l'appellant.

Gregg Lawlor, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit en l'espèce d'un appel de plein droit.

Il importe, au départ, de noter le rôle de surveillance essentiel que jouent les cours d'appel en examinant attentivement le caractère raisonnable des verdicts. À cet égard, nous sommes conscients des facteurs pertinents que le juge Twaddle, dissident en Cour d'appel du Manitoba, a relevés en l'espèce. En dernière analyse, toutefois, nous ne voyons aucune raison de ne pas souscrire à la décision

majority of the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is dismissed. LeBel J., dissenting, would have allowed the appeal substantially for the reasons of Twaddle J.A., and quashed the conviction for sexual assault.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Brodsky & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

rendue par le juge Helper, au nom de la Cour d'appel à la majorité. L'appel est donc rejeté. Le juge LeBel, dissident, aurait accueilli l'appel essentiellement pour les mêmes raisons que le juge Twaddle et il aurait annulé la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Brodsky & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Justice Manitoba, Winnipeg.

S.G.F. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. S.G.F.

Neutral citation: 2002 SCC 37.

File No.: 28692.

2002: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Sexual assault — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter — Verdict supported by careful reasons of trial judge and not unreasonable.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 153 B.C.A.C. 86, 251 W.A.C. 86, [2001] B.C.J. No. 947 (QL), 2001 BCCA 320, upholding the accused's conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

Michael Klein, for the appellant.

Jennifer Duncan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ GONTHIER J. — This appeal comes to us as of right. Like the majority of the Court of Appeal, we are all of the view that the verdict of the trial judge, which is supported by careful reasons, was not unreasonable. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Michael Klein, Vancouver.

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

S.G.F. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. S.G.F.

Référence neutre : 2002 CSC 37.

N° du greffe : 28692.

2002 : 22 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Agression sexuelle — Accusé reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement sa fillette — Verdict, étayé par de solides motifs du juge du procès, non déraisonnable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 153 B.C.A.C. 86, 251 W.A.C. 86, [2001] B.C.J. No. 947 (QL), 2001 BCCA 320, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Michael Klein, pour l'appellant.

Jennifer Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Il s'agit d'un appel de plein droit. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous sommes tous d'avis que le verdict du juge du procès, étayé par de solides motifs, n'était pas déraisonnable. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant : Michael Klein, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Cherie Gronnerud, by her litigation guardians, Glenn Gronnerud and Judith Ann Farr, and the Public Trustee for Saskatchewan, as litigation guardian of Cherie Gronnerud *Appellants*

v.

Harold Robert (Bud) Gronnerud, as Executor of the Estate of Harold Russell Gronnerud *Respondent*

INDEXED AS: GRONNERUD (LITIGATION GUARDIANS OF) v. GRONNERUD ESTATE

Neutral citation: 2002 SCC 38.

File No.: 27993.

2001: December 6; 2002: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Estates — Administration — Public Trustee — Property of dependent adults — Court of Appeal appointing Public Trustee as litigation guardian and property guardian for dependent adult — Criteria to be used in appointing or replacing litigation and property guardians — Whether Court of Appeal had jurisdiction to preclude Public Trustee from pursuing matrimonial property claim — If so, whether Court of Appeal properly exercised that jurisdiction — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, c. D-25.1, s. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1, s. 29(6).

Cherie and Harold Gronnerud were married for 57 years and raised four children, Bud, Judy, Glenn and Jim, on a family farm. Cherie, currently in a government-sponsored institution, suffers from illnesses including Alzheimer's disease and requires the highest level of assistance. The courts have held that the government-sponsored institution best serves her needs. In 1967, she executed a will leaving most of her assets to Bud and expressing hope that the farm would remain intact. In 1996, she signed a power of attorney in favour of Bud. After it was determined, in 1997, that she had incurable

Cherie Gronnerud, représentée par ses tuteurs à l'instance, Glenn Gronnerud et Judith Ann Farr, et le curateur public de la Saskatchewan, tuteur à l'instance de Cherie Gronnerud *Appellants*

c.

Harold Robert (Bud) Gronnerud, en qualité d'exécuteur testamentaire de Harold Russell Gronnerud *Intimé*

RÉPERTORIÉ : GRONNERUD (TUTEURS À L'INSTANCE DE) c. SUCCESSION GRONNERUD

Référence neutre : 2002 CSC 38.

N° du greffe : 27993.

2001 : 6 décembre; 2002 : 25 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Successions — Administration — Curateur public — Biens des adultes à charge — Nomination par la Cour d'appel du curateur public en qualité de tuteur à l'instance et de tuteur aux biens d'une adulte à charge — Critères de nomination et de remplacement des tuteurs à l'instance et aux biens — La Cour d'appel avait-elle compétence pour empêcher le curateur public de poursuivre la demande relative aux biens matrimoniaux — Le cas échéant, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement cette compétence? — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, ch. D-25.1, art. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, ch. P-43.1, art. 29(6).

Cherie et Harold Gronnerud ont été mariés pendant 57 ans et ils ont élevé quatre enfants, Bud, Judy, Glenn et Jim, sur une ferme familiale. Cherie, qui réside actuellement dans un établissement public, souffre de plusieurs maladies, dont la maladie d'Alzheimer, et elle a besoin d'une aide maximale. Les tribunaux ont statué que c'est un établissement public qui répond le mieux à ses besoins. En 1967, elle a signé un testament dans lequel elle léguait la quasi-totalité de ses biens à Bud et exprimait le désir que la ferme demeure intacte. En 1996, elle a signé une procuration en faveur de Bud. Après confirmation, en 1997,

Alzheimer's, Harold signed a will leaving the majority of his estate to Bud and naming him executor. Harold left his wife Cherie a \$100,000 trust fund. When Harold died in July 1999, leaving an estate valued at roughly \$1.5 million, Cherie owned only her personal belongings and a small bank account. A dispute arose about how to administer Harold's estate. Bud and Judy were appointed as Cherie's personal and property guardians. Judy and Glenn were appointed as her litigation guardians. Judy and Glenn commenced actions on Cherie's behalf under *The Matrimonial Property Act, 1997* and *The Dependants' Relief Act, 1996*. A successful action would have resulted in the farm being sold. The Court of Appeal substituted the Public Trustee as Cherie's property and litigation guardian and prohibited the Public Trustee from continuing the action under *The Matrimonial Property Act*.

Held (L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: The Court of Appeal was correct to appoint the Public Trustee as Cherie's litigation and property guardian. It had jurisdiction to prohibit the matrimonial property claim and properly exercised its jurisdiction.

A litigation guardian is responsible for commencing, maintaining or defending an action on behalf of a person. Under Rule 49(1) of *The Queen's Bench Rules* of Saskatchewan, the court can remove a litigation guardian and appoint a substitute in the best interests of the dependent adult. One criterion for appointing a litigation guardian requires the candidate to be indifferent as to the outcome of the proceedings. The requirement for indifference protects the best interests of the dependent adult. A litigation guardian must be free of conflict of interest and capable of providing an unbiased assessment of the dependent adult's legal situation and the appropriate course of action. A family member generally may be desirable but there are exceptions such as family members who are involved in disputes over an estate. Judy and Glenn are not indifferent and cannot act in Cherie's best interests.

A property guardian manages the finances of a dependent adult. To appoint a property guardian under *The Dependent Adults Act*, the court must be satisfied that the individual does not have a conflict of interest and can carry out his or her duties satisfactorily. The

qu'elle était atteinte d'une maladie incurable, la maladie d'Alzheimer, Harold a signé un testament dans lequel il laissait la majeure partie de ses biens à Bud et le nommait exécuteur testamentaire. Harold léguait à son épouse, Cherie, un fonds en fiducie de 100 000 \$. Lorsque Harold est décédé, en juillet 1999, sa succession a été évaluée à environ 1,5 million de dollars. Cherie ne possédait que ses effets personnels et un modeste compte en banque. Un litige a surgi relativement à l'administration de la succession de Harold. Bud et Judy ont été nommés tuteurs à la personne et aux biens de Cherie. Judy et Glenn ont été nommés tuteurs à l'instance de leur mère. Judy et Glenn ont intenté des actions au nom de Cherie en vertu de la *Loi de 1997 sur les biens matrimoniaux* et de la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*. S'ils avaient eu gain de cause, les terres agricoles auraient été vendues. La Cour d'appel a substitué le curateur public aux tuteurs aux biens et à l'instance de Cherie et lui a interdit de poursuivre l'instance sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Arbour sont dissidentes en partie) : L'appel est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : La Cour d'appel a eu raison de nommer le curateur public en qualité de tuteur aux biens et à l'instance de Cherie. Elle avait compétence pour interdire la demande relative aux biens matrimoniaux et elle a exercé correctement sa compétence.

Le tuteur à l'instance a la responsabilité d'introduire, de continuer ou de contester une action pour le compte d'une autre personne. La règle 49(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan autorise le tribunal à révoquer un tuteur à l'instance et à le remplacer dans l'intérêt supérieur de l'adulte à charge. L'un des critères de nomination d'un tuteur à l'instance exige qu'il soit désintéressé quant à l'issue de l'instance. Cette exigence protège l'intérêt supérieur de l'adulte à charge. Un tuteur à l'instance ne doit pas être en conflit d'intérêts et il doit être en mesure de faire une évaluation objective de la situation juridique de l'adulte à charge et de la démarche qui s'impose. Il est souhaitable dans certains cas qu'un membre de la famille soit tuteur à l'instance, mais il existe des exceptions, notamment lorsque surgit un litige entre les membres de la famille relativement à une succession. Judy et Glenn ne sont pas désintéressés et ne peuvent agir dans l'intérêt supérieur de Cherie.

Le tuteur aux biens gère les finances de l'adulte à charge. Suivant la *Dependent Adults Act*, la cour qui nomme une personne tuteur aux biens doit être convaincue que cette personne n'est pas en conflit d'intérêts et qu'elle est apte à s'acquitter de ses obligations d'une

property guardian must be able to handle the dependent adult's finances in a disinterested, unbiased manner. Merely being a family member or a potential beneficiary will not disqualify a person under the Act, but it will be unusual for a family member or potential beneficiary who is involved in a dispute over an estate to be able to demonstrate an absence of conflict. Judy's status as a residuary beneficiary of Harold and a potential beneficiary of Cherie on intestacy, evidence of an acrimonious relationship with Cherie, and other factors indicate that financial and personal conflict prevents Judy from acting in Cherie's best interests.

The Court of Appeal's jurisdiction to restrict the Public Trustee's authority is apparent from the plain wording of *The Dependent Adults Act*. Although *The Public Trustee Act* sets out the matters over which the Public Trustee has authority as a property guardian, the court may restrict the exercise of that authority when appointing the Public Trustee as a property guardian under s. 20(3)(a) of *The Dependent Adults Act*. The Court of Appeal recognized that Cherie's best interests are protected by the trust account. This is supported by evidence of Cherie's intentions regarding the family farm, her relationships with her children and her husband, her physical and mental condition and, the fact that a public facility best suits her needs. It is unlikely Cherie's intentions with respect to her family would have changed before the onset of her illness. Together these factors illuminate Cherie's best interests and a claim under *The Matrimonial Property Act* would not have been in her best interests.

The record in this case is not limited. There is a lengthy record from numerous proceedings regarding Cherie's best interests. The use of affidavit evidence is not problematic and it promotes efficiency and finality in family law procedures. Each individual case raising the court's jurisdiction to prohibit or allow claims must be decided on its merits. In this case, the unique set of circumstances supports the Court of Appeal's decision.

Per L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. (dissenting in part): It was not appropriate for the Court of Appeal to prevent the Public Trustee from pursuing a claim under *The Matrimonial Property Act* on the facts of this case. Assuming a proper statutory foundation for such a discretion, there was no reason to interfere prematurely with the usual process of allowing the Public Trustee to decide whether the claim is in the best interests of

« manière satisfaisante ». Le tuteur aux biens doit être en mesure de s'occuper des finances de l'adulte à charge d'une manière désintéressée et impartiale. Selon la loi, le fait d'être un membre de la famille ou un bénéficiaire éventuel ne suffit pas en soi pour emporter l'inaptitude, mais il est rare qu'un membre de la famille ou un bénéficiaire éventuel mêlé à une succession litigieuse puisse établir qu'il n'est pas en conflit d'intérêts. Le fait que Judy soit bénéficiaire du reliquat de la succession de Harold et bénéficiaire éventuelle de la succession *ab intestat* de Cherie, la preuve de ses rapports acrimonieux avec Cherie et d'autres facteurs indiquent qu'un conflit d'ordre financier et personnel empêche Judy d'agir dans l'intérêt supérieur de Cherie.

La compétence de la Cour d'appel de restreindre le pouvoir du curateur public ressort du libellé même de la loi intitulée *The Dependent Adults Act*. Bien que la *Public Trustee Act* énonce les pouvoirs du curateur public en sa qualité de tuteur aux biens, la cour peut restreindre l'exercice de ces pouvoirs lorsqu'elle nomme le curateur public tuteur aux biens en vertu de l'al. 20(3)a) de la *Dependent Adults Act*. La Cour d'appel a reconnu que le compte en fiducie protège l'intérêt supérieur de Cherie. Cette constatation est étayée par la preuve des intentions de Cherie concernant la ferme familiale, de ses rapports avec ses enfants et son mari, de son état de santé physique et mentale actuel et du fait que c'est un établissement public qui répond présentement le mieux à ses besoins. Il est improbable que l'intention de Cherie relativement à sa famille ait changé avant le début de sa maladie. Ensemble, ces facteurs nous éclairent sur l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud et une demande fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* n'aurait pas été dans son intérêt supérieur.

La preuve versée au dossier en l'espèce n'est pas limitée. Il existe une preuve importante découlant des nombreuses procédures où l'intérêt supérieur de Cherie a été pris en compte. Le recours à une preuve par affidavit n'est pas problématique et il privilégie l'efficacité et un règlement final dans les instances en matière familiale. Chaque affaire soulevant la compétence de la cour d'interdire ou de permettre une demande doit être tranchée en fonction des circonstances qui lui sont propres. Les circonstances très particulières de l'affaire étayaient la décision de la Cour d'appel en l'espèce.

Les juges L'Heureux-Dubé et Arbour (dissidentes en part) : La Cour d'appel n'a pas eu raison d'interdire au curateur public de poursuivre une instance introduite sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, compte tenu des faits de l'espèce. En tenant pour acquis que la Cour d'appel pouvait, en vertu de la loi, exercer son pouvoir discrétionnaire, aucun motif ne justifiait l'immixtion prématurée de la cour dans la procédure habituelle

Cherie. The claim appears to have considerable chance of success. This matter came to the courts on the basis of affidavit evidence and the record is far from extensive. An argument that Cherie's needs are best met in a public institution and that she has no use for money that would be generated by a division of the matrimonial assets has no relevance because her entitlement to a division of matrimonial assets is not predicated on her need. The sole argument that could support the Court of Appeal's decision is that the claim would probably lead to disposing of the family farm contrary to the wishes of Harold and Cherie. There is not much of a record around this critical issue. The record consists of a holographic will executed in 1967 and the absence of anything showing a change of heart. In the absence of reasons, it is uncertain how the Court of Appeal felt that this was sufficient to determine Cherie's best interests. It is rarely in a person's best interest to forgo an entitlement to as much as half a million dollars. More investigation should be done and the Public Trustee is ready, able and willing to undertake the investigation. It is possible that the Public Trustee will conclude that it is not in Cherie's best interest to pursue a claim or that an unequal division of the property would be suitable, but there is no reason to take away the decision from the Public Trustee.

Cases Cited

By Major J.

Explained: *Szwydly v. Magiera* (1988), 71 Sask. R. 273; **referred to:** *Regina and District Assn. for Community Living Inc. v. Public Trustee* (1992), 88 D.L.R. (4th) 560; *Schikosky v. Schikosky*, [1995] S.J. No. 263 (QL); *Re R.J.B.* (1997), 160 Sask. R. 306; *Re Bousquet* (1989), 77 Sask. R. 77; *Re Leeming*, [1985] 1 W.W.R. 369; *Public Trustee for Province of Alberta v. Stirling* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 214; *Re Barnhill* (1970), 3 N.S.R. (2d) 488; *Re Young*, [1942] O.R. 301; *Re Stensrud* (1992), 99 Sask. R. 165; *Re Kemp* (1991), 89 Sask. R. 249.

Statutes and Regulations Cited

Adult Guardianship and Co-decision-making Act, S.S. 2000, c. A-5.3, ss. 43, 47(1)(a).
Dependants' Relief Act, 1996, S.S. 1996, c. D-25.01.
Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, c. D-25.1 [rep. & sub. 2000, c. A-5.3, s. 76], ss. 19(1), (4), (5), (6), 20(1), (2), (3), (4), (5).

permettant au curateur public de décider si la demande est dans l'intérêt supérieur de Cherie. La demande semble avoir de grandes chances d'être accueillie. Les tribunaux ont été appelés à se prononcer à partir d'affidavits et la preuve est loin d'être étoffée. L'argument portant que c'est un établissement public qui répond le mieux aux besoins de Cherie et qu'elle n'aurait que faire des sommes qui lui reviendraient par suite d'un éventuel partage des biens matrimoniaux n'est pas pertinent parce que son droit au partage des biens matrimoniaux ne dépend pas de ses besoins. Le seul argument susceptible d'étayer la décision de la Cour d'appel est que le partage des biens matrimoniaux entraînerait probablement l'aliénation de la ferme familiale, contrairement aux vœux de Harold et de Cherie. Le dossier n'est pas très étoffé sur cette question cruciale. Les seuls éléments disponibles sont un testament olographe signé en 1967 et l'absence d'indice d'un changement d'intention. La Cour d'appel n'ayant pas motivé sa décision, on ne saurait dire comment elle est arrivée à la conclusion que cela suffisait pour déterminer ce qui serait dans l'intérêt supérieur de Cherie. Il est rarement dans l'intérêt supérieur d'une personne de renoncer à un droit de toucher une somme susceptible d'atteindre un demi-million de dollars. Un examen plus approfondi devrait être effectué et le curateur public est apte et disposé à y procéder. Le curateur public pourrait conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de Cherie de présenter une demande ou qu'un partage inégal conviendrait, mais il n'existe aucun motif pour lequel cette question ne devrait pas appartenir au curateur public.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt expliqué : *Szwydly c. Magiera* (1988), 71 Sask. R. 273; **arrêts mentionnés :** *Regina and District Assn. for Community Living Inc. c. Public Trustee* (1992), 88 D.L.R. (4th) 560; *Schikosky c. Schikosky*, [1995] S.J. No. 263 (QL); *Re R.J.B.* (1997), 160 Sask. R. 306; *Re Bousquet* (1989), 77 Sask. R. 77; *Re Leeming*, [1985] 1 W.W.R. 369; *Public Trustee for Province of Alberta c. Stirling* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 214; *Re Barnhill* (1970), 3 N.S.R. (2d) 488; *Re Young*, [1942] O.R. 301; *Re Stensrud* (1992), 99 Sask. R. 165; *Re Kemp* (1991), 89 Sask. R. 249.

Lois et règlements cités

Adult Guardianship and Co-decision-making Act, S.S. 2000, ch. A-5.3, art. 43, 47(1)a).
Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, ch. D-25.1 [abr. & rempl. 2000, ch. A-5.3, art. 76], art. 19(1), (4), (5), (6), 20(1), (2), (3), (4), (5).
Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge, L.S. 1996, ch. D-25,01.

Matrimonial Property Act, 1997, S.S. 1997, c. M-6.11 [now the *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3].
Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1, ss. 29(6), 30(1)(c).
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), rr. 46(1), (2)(a), (f), 49(1), 514.

Authors Cited

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal rendered April 25, 2000, setting aside an order appointing litigation guardians, and varying an order appointing personal and property guardians. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. dissenting in part.

Joanne C. Moser and Charlene M. Richmond, for the appellant Cherie Gronnerud, by her litigation guardians, Glenn Gronnerud and Judith Ann Farr.

Robert G. Richards, Q.C., and Heather D. Heavin, for the appellant the Public Trustee for Saskatchewan, as litigation guardian of Cherie Gronnerud.

David A. Gerrand, for the respondent.

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

MAJOR J. —

I. Introduction

The circumstances of this appeal are probably familiar to the courts. A dispute arose between the children of the deceased Harold Gronnerud on how his estate should be administered. Cherie Gronnerud, his spouse of 57 years, is an elderly woman suffering from serious illnesses, the most devastating being advanced Alzheimer's disease.

It is apparent that both Harold and Cherie Gronnerud treasured the farm land that they had

Loi de 1997 sur les biens matrimoniaux, L.S. 1997, ch. M-6,11 [maintenant la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3].
Public Trustee Act, S.S. 1983, ch. P-43.1, art. 29(6), 30(1)c).
Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règles 46(1), (2)a), f), 49(1), 514.

Doctrine citée

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton : Juriliber, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendu le 25 avril 2000, annulant une ordonnance qui nommait des tuteurs à l'instance et modifiant une ordonnance qui nommait des tuteurs aux biens et à la personne. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et Arbour sont dissidentes en partie.

Joanne C. Moser et Charlene M. Richmond, pour l'appelante Cherie Gronnerud, représentée par ses tuteurs à l'instance, Glenn Gronnerud et Judith Ann Farr.

Robert G. Richards, c.r., et Heather D. Heavin, pour l'appelant, le curateur public de la Saskatchewan, en qualité de tuteur à l'instance de Cherie Gronnerud.

David A. Gerrand, pour l'intimé.

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

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une situation factuelle qui est probablement familière aux cours de justice. Un litige a surgi entre les enfants de feu Harold Gronnerud relativement à l'administration de sa succession. Cherie Gronnerud, qui a été l'épouse du défunt pendant 57 ans, est une dame âgée atteinte de maladies graves, dont la plus dévastatrice est la maladie d'Alzheimer, à un stade avancé.

Harold et Cherie Gronnerud étaient apparemment très attachés aux terres agricoles qu'ils avaient

accumulated over their many years together and wished to preserve it. Evidence of Cherie's wish to keep the land intact can be found in a holograph will executed 35 years ago in 1967. In that will she carefully assessed the strengths and weaknesses of her children and, while expressing maternal love for them all, she was most emphatic in expressing her hope that the land would remain as it was. There was no evidence to suggest that her views had changed over the 35 years since her last will.

3 After discovering in 1997 that Cherie had incurable Alzheimer's disease and needed institutional care, the now deceased husband made a new will which, among other things, set up a \$100,000 trust account. The trust account was intended to look after Cherie's incidental expenses while she was cared for in a government-supported institution, the Saskatchewan courts having found that such an institution would best serve Cherie's needs.

4 There is little doubt that, had Cherie been in good health, the provisions of her husband's will might have been different and, if not different and adequate, a claim would undoubtedly have been considered under *The Matrimonial Property Act, 1997*, S.S. 1997, c. M-6.11 (now *The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3).

5 The Saskatchewan Court of Queen's Bench appointed two of the children, Bud and Judy, as Cherie's personal and property guardians. Gerein J. (as he then was) also appointed Judy and another son, Glenn, as her litigation guardians who then commenced actions on behalf of Cherie for an equal division of the matrimonial property under *The Matrimonial Property Act* and for relief from the estate under *The Dependents' Relief Act, 1996*, S.S. 1996, c. D-25.01.

6 A successful action would have resulted in the farm lands being sold. The Saskatchewan Court of Appeal replaced Judy and Bud, and Judy and Glenn as property and litigation guardians respectively. The Court of Appeal appointed the Public Trustee

acquises au cours de leur longue vie commune et souhaitaient les conserver. Un testament olographe signé en 1967, il y a 35 ans, confirme que Cherie voulait garder le domaine intact. Dans ce testament, elle évaluait soigneusement les forces et les faiblesses de ses enfants et, après avoir exprimé son amour maternel à l'égard de chacun, elle formulait clairement le vœu que le domaine demeure tel qu'il était. Aucun élément de preuve ne donne à penser qu'elle a changé d'avis depuis.

Après avoir appris en 1997 que Cherie était atteinte de la maladie d'Alzheimer, une affection incurable, et qu'elle avait besoin de soins en établissement spécialisé, son époux, aujourd'hui décédé, a rédigé un nouveau testament dans lequel il prévoyait notamment la création d'un fonds en fiducie de 100 000 \$. Ce fonds devait servir au paiement des dépenses accessoires de Cherie pendant son séjour dans un établissement public, les tribunaux de la Saskatchewan ayant jugé que c'était ce type d'établissement qui répondait le mieux à ses besoins.

Si Cherie avait été en bonne santé, les dispositions du testament de son mari auraient presque assurément été différentes. Si elles avaient été identiques et insuffisantes, la présentation d'une demande sous le régime de la *Loi de 1997 sur les biens matrimoniaux*, L.S. 1997, ch. M-6,11 (maintenant la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3), aurait certainement été envisagée.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a nommé deux des enfants, Bud et Judy, tuteurs à la personne et aux biens de Cherie. Après que le juge Gerein (maintenant Juge en chef) eut par ailleurs nommé Judy et un autre de ses frères, Glenn, tuteurs à l'instance, ceux-ci ont demandé, au nom de Cherie, le partage à parts égales des biens matrimoniaux en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* et le versement d'une aide par la succession sous le régime de la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*, L.S. 1996, ch. D-25,01.

S'ils avaient eu gain de cause, les terres agricoles auraient été vendues. La Cour d'appel de la Saskatchewan a révoqué Judy et Bud en qualité de tuteurs aux biens, ainsi que Judy et Glenn à titre de tuteurs à l'instance, et elle leur a substitué le

but prohibited it from bringing an action under *The Matrimonial Property Act*.

While it gave no reasons for its decision, the Saskatchewan Court of Appeal appeared to conclude that an action under *The Matrimonial Property Act* would result in the family farm being broken up to produce more assets for Cherie, assets which she was incapable of using. Had there been successful litigation, the farm lands would have been sold with no possible benefit to Cherie, but only to the children on her death. If these were the conclusions of the Saskatchewan Court of Appeal, I agree with them.

At the heart of this appeal lies the issue of whether, in appointing the Public Trustee as litigation guardian for a mentally incompetent person under *The Dependent Adults Act*, S.S. 1989-90, c. D-25.1 (now repealed), the Court of Appeal for Saskatchewan can prohibit the Public Trustee from pursuing a claim under *The Matrimonial Property Act*. Related issues are the criteria to be used in appointing or replacing litigation guardians and property guardians.

II. Facts

While the above outlines most of the circumstances, some additional facts may help to complete the chronology.

Cherie and Harold Gronnerud were married on January 4, 1942. Their marriage lasted 57 years and produced four children, Jim, Glenn, Judy Farr (née Gronnerud), and Bud. The children were raised on the family farm near Lewvan, Saskatchewan. The marriage was a traditional one, with Cherie performing the demanding duties of a farm wife and mother. Her husband Harold controlled the family finances, and almost all assets were placed in his name.

In January 1996 Cherie signed a Power of Attorney in favour of her son Bud. She was formally

curateur public. Elle a cependant interdit à ce dernier d'engager une instance sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

La Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas motivé sa décision, mais elle paraît avoir conclu qu'une instance fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* aurait entraîné le démantèlement de la ferme familiale pour produire davantage d'actifs au bénéfice de Cherie, des actifs que cette dernière n'était pas en mesure d'employer. Si la demande avait été accueillie, les terres agricoles auraient été vendues, alors que Cherie n'aurait pu tirer aucun avantage de cette vente, seuls les enfants en bénéficiant à son décès. Si telles étaient les conclusions de la Cour d'appel de la Saskatchewan, je les fais mien-

La principale question en litige dans le pourvoi consiste à déterminer si, en nommant le curateur public tuteur à l'instance d'une personne frappée d'incapacité mentale en application de la *Dependent Adults Act*, S.S. 1989-1990, ch. D-25.1 (aujourd'hui abrogée), la Cour d'appel de la Saskatchewan peut lui interdire de faire valoir une demande sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Notre Cour doit également se prononcer sur les critères applicables à la nomination ou au remplacement d'un tuteur à l'instance et d'un tuteur aux biens.

II. Les faits

Les circonstances de l'espèce ont déjà été résumées, mais certaines précisions peuvent être apportées.

Cherie et Harold Gronnerud se sont mariés le 4 janvier 1942. Quatre enfants, Jim, Glenn, Judy Farr (née Gronnerud) et Bud, sont issus de leur mariage, qui aura duré 57 ans. Les enfants ont été élevés sur la ferme familiale, près de Lewvan (Saskatchewan), au sein d'une famille traditionnelle : Cherie s'acquittait de la tâche exigeante d'épouse d'agriculteur et de mère, tandis que Harold gérait les finances de la famille et détenait presque tous les biens en son nom propre.

En janvier 1996, Cherie a signé une procuration en faveur de son fils Bud. En 1997, un diagnostic

7

8

9

10

11

diagnosed with Alzheimer's disease in 1997 and was placed in a special care home in February 1999. Much earlier in 1967, she had executed a holograph will which left the bulk of her assets to Bud.

12 In April 1999, after Cherie had been diagnosed with Alzheimer's disease, Harold, her husband, signed a will leaving the majority of his estate to Bud, who was named the executor of Harold's estate. Other residuary items were left to the other three children. The will left Cherie a \$100,000 trust fund. Harold died in July 1999. The estate was valued for probate purposes at roughly \$1.5 million.

13 At the time of Harold's death, Cherie owned only her personal belongings and a small bank account. Cherie's present physical and mental condition is serious. She requires the highest level of assistance with most routine functions. She suffers from Alzheimer's-related dementia and is currently in a publicly funded facility in Regina. She receives additional, privately funded, night care.

III. Statutory Provisions

14 *The Queen's Bench Rules*

46(1) Unless otherwise ordered or provided a person with respect to whom an order has been made under *The Dependent Adults Act* or, a person under a mental disability, other than a minor, may commence, continue or defend an action by a litigation guardian.

(2) For the purposes of this rule, "litigation guardian" means:

(a) a property guardian appointed pursuant to *The Dependent Adults Act* with authority to commence, defend, compromise or settle any legal proceeding that relates to the estate of the dependent adult;

. . .

49(1) Where, at any time, it appears to the court that a litigation guardian is not acting in the best interests of the

formel a confirmé qu'elle souffrait de la maladie d'Alzheimer et, en février 1999, elle a été placée dans un établissement de soins spécialisés. Longtemps auparavant, en 1967, elle avait rédigé un testament olographe dans lequel elle léguait la quasi-totalité de ses biens à Bud.

En avril 1999, après le diagnostic confirmant que son épouse était atteinte de la maladie d'Alzheimer, Harold a légué par testament la plupart de ses biens à Bud, le nommant également exécuteur testamentaire. Les trois autres enfants partageaient le reliquat et Cherie obtenait un fonds en fiducie de 100 000 \$. Harold est décédé en juillet 1999. Aux fins d'homologation, la succession a été évaluée à environ 1,5 million de dollars.

Au décès de Harold, Cherie ne possédait que ses effets personnels et un modeste compte en banque. Cherie éprouve actuellement de graves problèmes de santé physique et mentale. Elle a besoin d'une aide maximale pour la plupart des activités de la vie quotidienne. Elle est affligée de démence liée à la maladie d'Alzheimer et elle réside actuellement dans un établissement public de Regina. Elle reçoit, en complément, des soins de nuit privés.

III. Les dispositions législatives applicables

Règles de la Cour du Banc de la Reine

46(1) Sauf ordonnance ou disposition contraire, toute personne faisant l'objet d'une ordonnance rendue en application de la loi intitulée *The Dependent Adults Act* ou tout incapable mental, à l'exclusion d'un mineur, peut introduire, continuer ou contester une action par l'intermédiaire d'un tuteur à l'instance.

(2) Pour l'application de la présente règle, les personnes suivantes ont la qualité de tuteur à l'instance :

a) le tuteur aux biens nommé en application de la loi intitulée *The Dependent Adults Act* est habilité à introduire, à contester ou à régler à l'amiable une instance en justice concernant les biens de l'adulte à charge ou à conclure un compromis à l'égard de cette instance;

. . .

49(1) Si le tribunal constate que le tuteur à l'instance n'agit pas dans l'intérêt supérieur de l'incapable, il peut,

person under disability, the court may appoint and substitute another person as litigation guardian on such terms and conditions as may seem just.

The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, c. D-25.1 (repealed and replaced by *The Adult Guardianship and Co-decision-making Act*, S.S. 2000, c. A-5.3, effective July 15, 2001)

19(1) Subject to subsections (2) to (5), where the court is satisfied that the conditions described in section 18 are met, the court may appoint any person as a property guardian for the person with respect to whom the application is made.

. . .

(4) No person shall be appointed a property guardian unless the court is satisfied that the person is capable of carrying out the duties of a property guardian in a satisfactory manner, having regard to:

- (a) the needs of the dependent adult; and
- (b) the relationship between the person and the dependent adult.

(5) No person shall be appointed a property guardian who will be in a position where the person's interests will conflict with the dependent adult's interests.

. . .

20(1) Subject to subsections (2) to (5) and subsection 29(6) of *The Public Trustee Act*, where the court makes an order appointing a property guardian, the court shall specify whether all or any one or more of the following matters relating to the dependent adult's estate are to be subject to the authority of the property guardian:

. . .

- (e) the authority to commence, defend, compromise or settle any legal proceeding relating to the estate of the dependent adult;

. . .

(3) In making an order appointing a property guardian, the court may:

aux conditions qui paraissent justes, en nommer un autre à sa place.

The Dependent Adults Act, S.S. 1989-1990, ch. D-25.1 (abrogée et remplacée par *The Adult Guardianship and Co-decision-making Act*, S.S. 2000, ch. A-5.3, entrée en vigueur le 15 juillet 2001)

[TRADUCTION]

19(1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), lorsqu'elle est convaincue que les conditions énoncées à l'article 18 sont réunies, la cour peut nommer un tuteur aux biens de la personne visée par la demande.

. . .

(4) Une personne ne peut être nommée tuteur aux biens que si la cour est convaincue qu'elle est apte à s'acquitter des obligations d'un tuteur aux biens d'une manière satisfaisante en tenant compte de tous les éléments suivants :

- a) les besoins de l'adulte à charge
- b) le lien entre la personne en cause et l'adulte à charge.

(5) Une personne dont les intérêts seraient en conflit avec ceux de l'adulte à charge ne peut être nommée tuteur aux biens.

. . .

20(1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5) et du paragraphe 29(6) de la *Public Trustee Act*, lorsqu'elle rend une ordonnance nommant un tuteur aux biens, la cour précise parmi les pouvoirs suivants ceux que le tuteur aux biens peut exercer concernant les biens de l'adulte à charge :

. . .

- e) introduire, contester ou régler à l'amiable une instance en justice concernant les biens de l'adulte à charge ou conclure un compromis à l'égard de cette instance;

. . .

(3) Lorsqu'elle rend une ordonnance nommant un tuteur aux biens, la cour peut

(a) make its order subject to any conditions and restrictions that it considers necessary

The Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1

29 . . .

(6) Where the public trustee is appointed as property guardian on an application:

. . . .

(b) pursuant to *The Dependent Adults Act*;

the public trustee's powers and duties as property guardian are the powers and duties given to the public trustee by this Act.

30(1) The public trustee, in his capacity as property guardian of a dependent adult, has the power to:

. . . .

(c) bring, maintain or defend an action or proceeding in respect of the person or his property

The Adult Guardianship and Co-decision-making Act, S.S. 2000, c. A-5.3

43 Subject to section 47, the property guardian may, on the adult's behalf, do, and the adult ceases to have the authority to do, anything respecting the adult's estate that the adult could do if he or she had the capacity to make reasonable decisions respecting matters relating to his or her estate, except make a will, and the property guardian may sign documents and do all things necessary to give effect to the authority vested in him or her.

47(1) In making an order appointing a property decision-maker, the court may:

(a) make its order subject to any limitations or conditions that it considers necessary

IV. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

15 On November 30, 1999, the Court of Queen's Bench for Saskatchewan appointed two of Cherie's

a) l'assortir des conditions et restrictions qu'elle juge nécessaires

The Public Trustee Act, S.S. 1983, ch. P-43.1

[TRADUCTION]

29 . . .

(6) Lorsque le curateur public est nommé tuteur aux biens à la suite d'une demande :

. . . .

b) présentée sous le régime de la loi intitulée *The Dependent Adults Act*,

il a, en cette qualité, les pouvoirs et obligations que la présente loi lui attribue.

30(1) Le curateur public peut, en sa qualité de tuteur aux biens d'un adulte à charge, exercer les pouvoirs qui suivent :

. . . .

c) engager, poursuivre ou contester toute action ou procédure se rapportant à la personne ou à ses biens

The Adult Guardianship and Co-decision-making Act, S.S. 2000, ch. A-5.3

[TRADUCTION]

43 Sous réserve de l'article 47, le tuteur aux biens peut, au nom de l'adulte, qui ne le peut alors plus, accomplir tout acte concernant les biens de l'adulte que celui-ci pourrait accomplir s'il avait la capacité de prendre des décisions raisonnables concernant ses biens, à l'exclusion de tester; le tuteur aux biens peut signer des documents et prendre toutes les mesures nécessaires pour donner effet au pouvoir dont il est investi.

47(1) Lorsqu'elle rend une ordonnance nommant une personne chargée de prendre des décisions concernant les biens, la Cour peut

a) l'assortir des conditions et restrictions qu'elle juge nécessaires

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

Le 30 novembre 1999, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a nommé deux des

children, Bud and Judy, as her personal and property guardians. The next day, Gerein J. also appointed Judy and Glenn as Cherie's litigation guardians. Judy and Glenn commenced a proceeding under *The Matrimonial Property Act* on behalf of Cherie against the estate of Harold Gronnerud, requesting an equal division of the matrimonial property. They also commenced a proceeding on behalf of Cherie requesting dependants' relief under *The Dependants' Relief Act, 1996* from Harold Gronnerud's estate.

B. Saskatchewan Court of Appeal (April 25, 2000)

The Court of Appeal for Saskatchewan replaced Judy and Bud as property guardians with the Public Trustee. Judy appeals her removal as property guardian. The Court of Appeal also replaced Judy and Glenn as litigation guardians with the Public Trustee. Judy and Glenn appeal this removal. The court curtailed the Public Trustee's powers as litigation guardian, precluding him from proceeding with *The Matrimonial Property Act* claim. No reasons for the decision were issued. Judy, Glenn and the Public Trustee appeal the Court of Appeal's decision to prohibit the claim under *The Matrimonial Property Act*.

V. Issues

- (a) What are the applicable criteria in deciding whether to remove a litigation guardian? Was the Court of Appeal for Saskatchewan correct to remove Judy and Glenn as litigation guardians?
- (b) What are the applicable criteria in deciding whether to remove a property guardian? Was the Court of Appeal correct to remove Judy as property guardian?
- (c) In making an order appointing the Public Trustee as litigation guardian for a disabled person, does the Court of Appeal have jurisdiction

enfants de Cherie, Bud et Judy, tuteurs à sa personne et à ses biens. Le jour suivant, le juge Gerein a également nommé Judy et Glenn tuteurs à l'instance de Cherie. Judy et Glenn ont introduit, au nom de Cherie et contre la succession de Harold Gronnerud, une procédure fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* afin d'obtenir le partage à parts égales des biens matrimoniaux. Ils ont également présenté, au nom de Cherie, une demande fondée sur la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*, afin que la succession de Harold Gronnerud lui verse une aide pour personne à charge.

B. La Cour d'appel de la Saskatchewan (25 avril 2000)

La Cour d'appel de la Saskatchewan a révoqué Judy et Bud en leur qualité de tuteurs aux biens et leur a substitué le curateur public. Judy interjette appel de la révocation. La Cour d'appel a également révoqué Judy et Glenn en qualité de tuteurs à l'instance, les remplaçant par le curateur public. Judy et Glenn interjettent appel de leur révocation. La Cour d'appel a réduit les attributions du curateur public en sa qualité de tuteur à l'instance, lui interdisant de poursuivre l'instance engagée sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Elle n'a pas motivé sa décision. Judy, Glenn et le curateur public interjettent appel de la décision de la Cour d'appel d'interdire la poursuite de l'instance fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

V. Les questions en litige

- a) Quels critères s'appliquent à la décision de révoquer ou non un tuteur à l'instance? La Cour d'appel de la Saskatchewan a-t-elle eu raison de révoquer Judy et Glenn en leur qualité de tuteurs à l'instance?
- b) Quels critères s'appliquent à la décision de révoquer ou non un tuteur aux biens? La Cour d'appel a-t-elle eu raison de révoquer Judy en sa qualité de tutrice aux biens?
- c) Lorsqu'elle nomme le curateur public tuteur à l'instance d'un incapable, la Cour d'appel a-t-elle compétence pour interdire de poursuivre

16

17

to preclude the Public Trustee from pursuing a claim under *The Matrimonial Property Act*?

- (d) If the answer to (c) is “yes”, did the Court of Appeal properly exercise such jurisdiction in this case?

VI. Analysis

A. *The Criteria for Removing a Litigation Guardian*

18 A litigation guardian is responsible for commencing, maintaining or defending an action on behalf of a person. Under *The Queen’s Bench Rules* of Saskatchewan, the litigation guardian can be the property guardian appointed under *The Dependent Adults Act* or any other individual appointed by the court: Rules 46(2)(a) and 46(2)(f). Under Rule 49(1), the court can remove a litigation guardian and appoint a substitute, if it appears to the court that the guardian is not acting in the best interests of the disabled adult. The test to remove and replace a litigation guardian turns on the “best interests” of the dependent adult.

19 The leading Saskatchewan case on the criteria to appoint a litigation guardian is *Szwydny v. Magiera* (1988), 71 Sask. R. 273 (Q.B.), at pp. 276-77 (followed in: *Regina and District Assn. for Community Living Inc. v. Public Trustee* (1992), 88 D.L.R. (4th) 560 (Sask. Q.B.); *Schikosky v. Schikosky*, [1995] S.J. No. 263 (QL) (Q.B.); *Re R.J.B.* (1997), 160 Sask. R. 306 (Q.B.)). The six criteria are:

- the evidence must establish that the incompetent is unable to act for himself or herself;
- evidence should be verified under oath as to the incompetent’s mental condition and his or her inability to act as plaintiff;
- evidence must demonstrate that the litigation guardian is both qualified and prepared to act, and in addition is indifferent as to the outcome of the proceedings;

une instance fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux*?

- d) Dans l’affirmative, la Cour d’appel a-t-elle exercé correctement ce pouvoir en l’espèce?

VI. Analyse

A. *Les critères de révocation d’un tuteur à l’instance*

Le tuteur à l’instance a la responsabilité d’introduire, de continuer ou de contester une action pour le compte d’une autre personne. Suivant les *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, le tuteur à l’instance peut être le tuteur aux biens nommé en vertu de la *Dependent Adults Act* ou toute autre personne nommée par la cour : règles 46(2)(a) et 46(2)(f). La règle 49(1) autorise la cour à révoquer le tuteur à l’instance et à le remplacer lorsqu’elle estime qu’il n’agit pas dans l’intérêt supérieur de l’adulte incapable. Le facteur déterminant en la matière est donc l’« intérêt supérieur » de l’adulte à charge.

En Saskatchewan, l’arrêt de principe concernant les critères de nomination d’un tuteur à l’instance est la décision *Szwydny c. Magiera* (1988), 71 Sask. R. 273 (B.R.), p. 276-277 (suivie dans *Regina and District Assn. for Community Living Inc. c. Public Trustee* (1992), 88 D.L.R. (4th) 560 (B.R. Sask.); *Schikosky c. Schikosky*, [1995] S.J. No. 263 (QL) (B.R.); *Re R.J.B.* (1997), 160 Sask. R. 306 (B.R.)). Les six critères applicables sont les suivants :

- la preuve doit établir que la personne frappée d’incapacité n’est pas en mesure d’agir pour son propre compte;
- un interrogatoire sous serment devrait confirmer la preuve quant à l’état mental de l’incapable et à son inaptitude à se pourvoir en justice;
- une preuve doit établir que le tuteur à l’instance a les compétences voulues pour exercer la fonction, qu’il est disposé à le faire et qu’il est désintéressé quant à l’issue de l’instance;

- the applicant should provide some evidence to support the claim being made;
- the applicant should obtain the consents of the next-of-kin or explain their absence;
- if the applicant has a personal representative or power of attorney whose status is not being challenged in the proceedings, some explanation should be offered as to why the attorney or representative has not been invited to bring the claim.

The *Szwydky* criteria provide guidance in defining the “best interests” test set out in Rule 49(1). The third criterion, that of “indifference” to the result of the legal proceedings, essentially means that the litigation guardian cannot possess a conflict of interest *vis-à-vis* the interests of the disabled person. Indifference by a litigation guardian requires that the guardian be capable of providing a neutral, unbiased assessment of the legal situation of the dependent adult and offering an unclouded opinion as to the appropriate course of action. In essence the requirement of indifference on the part of a litigation guardian is a prerequisite for ensuring the protection of the best interests of the dependent adult. A litigation guardian who does not have a personal interest in the outcome of the litigation will be able to keep the best interests of the dependent adult front and centre, while making decisions on his or her behalf. Given the primacy of protecting the best interests of disabled persons, it is appropriate to require such disinterest on the part of a litigation guardian.

It is acceptable in most cases, and perhaps desirable in some cases, to have a trusted family member or a person with close ties to the dependent adult act as litigation guardian. For examples, see: *Re Bousquet* (1989), 77 Sask. R. 77 (Q.B.); *Re Leeming*, [1985] 1 W.W.R. 369 (B.C.S.C.); *Public Trustee for Province of Alberta v. Stirling* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 214 (Surr. Ct.); *Re Barnhill* (1970), 3 N.S.R. (2d) 488 (T.D.); *Re Young*, [1942] O.R. 301 (C.A.). However, there are exceptions. One such exception is the situation currently presented by this appeal, in which there is a particularly acrimonious

- le requérant doit présenter une preuve à l’appui de la demande présentée;
- le requérant doit obtenir le consentement des parents les plus proches ou expliquer l’absence de consentement;
- lorsque le requérant a un représentant personnel ou un fondé de pouvoir dont la qualité n’est pas contestée dans le cadre de l’instance, il faut expliquer pourquoi on n’a pas demandé au représentant personnel ou au fondé de pouvoir d’engager l’instance.

Les critères dégagés dans *Szwydky* nous aident à définir le critère de l’« intérêt supérieur » prévu à la règle 49(1). Le troisième critère, celui du « désintéressement » quant à l’issue de l’instance judiciaire, signifie essentiellement qu’il ne doit pas exister de conflit entre les intérêts du tuteur à l’instance et ceux de l’incapable. Ainsi, le tuteur à l’instance doit être en mesure de faire une évaluation objective et impartiale de la situation juridique de l’adulte à charge et d’offrir un avis neutre quant à la démarche qui s’impose. Essentiellement, l’exigence du désintéressement du tuteur à l’instance constitue un préalable indispensable à la protection de l’intérêt supérieur de l’adulte à charge. Le tuteur à l’instance qui n’a pas d’intérêt personnel dans l’issue de l’instance sera en mesure de mettre l’intérêt supérieur de l’adulte à charge à l’avant-plan lorsqu’il prendra des décisions en son nom. Vu la primauté de la protection de l’intérêt supérieur de l’incapable, il convient d’exiger un tel désintéressement de la part du tuteur à l’instance.

Il est acceptable dans la plupart des cas, et peut-être souhaitable dans certains, qu’une personne digne de confiance au sein de la famille ou une personne ayant des liens étroits avec l’adulte à charge soit tuteur à l’instance. Voir, par exemple : *Re Bousquet* (1989), 77 Sask. R. 77 (B.R.); *Re Leeming*, [1985] 1 W.W.R. 369 (C.S.C.-B.); *Public Trustee for Province of Alberta c. Stirling* (1980), 14 Alta. L.R. (2d) 214 (Surr. Ct.); *Re Barnhill* (1970), 3 N.S.R. (2d) 488 (1^{re} inst.); *Re Young*, [1942] O.R. 301 (C.A.). Il existe cependant des exceptions. C’est le cas notamment lorsque, comme en l’espèce, les

and long-standing dispute among the children concerning their dead parent's estate. In such cases, the indifference required to be a litigation guardian is clearly absent.

22

In my opinion, the Court of Appeal was correct in removing Judy and Glenn as Cherie Gronnerud's litigation guardians and replacing them with the Public Trustee. Judy and Glenn could not act in their mother's best interests because they fail to meet the third *Szwydky* criterion. Namely, they were not indifferent as to the outcome of the proceedings surrounding the estate of Harold Gronnerud, such as the claim under *The Matrimonial Property Act* and the claim for dependants' relief. As residuary beneficiaries under Harold's will, Judy and Glenn have an interest in proceedings that could result in the movement of assets from Harold's estate to Cherie's estate. As Cherie's 1967 holograph will is not broad enough to cover all potential assets passing from Harold's estate, those new assets would be distributed to all four of Cherie's children equally in accordance with the laws of intestacy. If proceedings brought by Cherie's litigation guardian against Harold's estate are successful, Judy and Glenn could stand to gain more as beneficiaries with one-quarter interest each in Cherie's newly increased estate, as opposed to residuary beneficiaries under Harold's will. It is obvious that Judy and Glenn cannot be said to be disinterested in the results of the legal proceedings. The Court of Appeal was correct to remove them as litigation guardians.

B. *The Criteria for Removing a Property Guardian*

23

The property guardian is responsible for managing the finances of the dependent adult. Under *The Dependent Adults Act* the court appointing the property guardian must be satisfied that the individual is able to carry out the duties of a property guardian in a "satisfactory manner", with regard to the dependent

enfants ont des rapports acrimonieux et s'entre-déchirent depuis longtemps au sujet de la succession d'un de leurs parents. Dans de telles circonstances, le désintéressement exigé du tuteur à l'instance est manifestement absent.

Selon moi, la Cour d'appel a eu raison de révoquer Judy et Glenn en leur qualité de tuteurs à l'instance de Cherie Gronnerud et de nommer à leur place le curateur public. Judy et Glenn ne pouvaient agir dans l'intérêt supérieur de leur mère, puisqu'ils ne satisfaisaient pas au troisième critère énoncé dans *Szwydky*. En effet, ils étaient intéressés dans l'issue des instances concernant la succession de Harold Gronnerud, comme la procédure fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* et celle visant l'obtention d'une aide pour personne à charge. À titre de bénéficiaires du reliquat de la succession de Harold, Judy et Glenn ont un intérêt dans les instances qui pourraient déboucher sur le transfert d'actifs de la succession de Harold au patrimoine de Cherie. Étant donné que le testament olographe de Cherie, datant de 1967, n'est pas assez général pour englober tous les actifs susceptibles de provenir de la succession de Harold, ces nouveaux actifs reviendraient à parts égales aux quatre enfants de Cherie suivant les règles de la succession *ab intestat*. Si les instances engagées par le tuteur à l'instance de Cherie contre la succession de Harold étaient fructueuses, Judy et Glenn pourraient prétendre à davantage en tant que bénéficiaires ayant chacun droit à un quart du patrimoine nouvellement accru de Cherie, qu'à titre de bénéficiaires du reliquat suivant le testament de Harold. De toute évidence, Judy et Glenn ne sauraient être considérés comme désintéressés de l'issue des instances en justice. C'est à bon droit que la Cour d'appel les a révoqués en leur qualité de tuteurs à l'instance.

B. *Les critères de révocation d'un tuteur aux biens*

Le tuteur aux biens gère les finances de l'adulte à charge. Suivant la *Dependent Adults Act*, la cour qui nomme une personne tuteur aux biens doit être convaincue que cette personne est apte à s'acquitter des obligations d'un tuteur aux biens d'une « manière satisfaisante » compte tenu des besoins de l'adulte à

adult's needs and the relationship between the proposed guardian and the disabled adult: s. 19(4). The court cannot appoint a property guardian who has a conflict of interest: s. 19(5). The mere status of being a relative of the dependent adult or a potential beneficiary is insufficient on its own to establish a conflict of interest: s. 19(6).

The requirement that the property guardian not be in conflict of interest is a proxy for ensuring that the property guardian protect the best interests of the dependent adult. Similar to the requirement that a litigation guardian be "indifferent", at minimum a property guardian must be able to handle the finances of the represented party in a disinterested, unbiased manner. Although the statute is clear in stating that being a family member or a potential beneficiary is insufficient by itself to prove a disqualifying conflict, in some cases of family members or potential beneficiaries, there is evidence of other factors indicating a lack of objectivity. It is the unusual case where a family member or potential beneficiary in a troubled estate can demonstrate an absence of conflict and thus act as property guardian.

In my opinion, the present case is not one of those cases where the absence of conflict can be demonstrated. Judy Farr is the daughter of Cherie Gronnerud. She is also a residuary beneficiary of Harold Gronnerud, and a potential beneficiary of Cherie Gronnerud on intestacy. According to s. 19(6) of *The Dependent Adults Act*, this alone is insufficient to prove a conflict of interest. However, in addition to her status as a potential beneficiary and a family member, the record shows other factors indicating both financial and personal conflict.

First, if Judy is property guardian, she would be in a position to arrange Cherie's financial affairs such that Cherie's expenses are increased without benefit to Cherie and the assets passing from Harold to the primary beneficiary, Bud, are decreased. The higher Cherie's expenses are, the greater the likelihood that a court will find that the trust fund from

charge et du lien entre elle et l'adulte à charge : par. 19(4). La cour ne peut nommer tuteur aux biens une personne qui serait en conflit d'intérêts : par. 19(5). Le seul fait d'avoir un lien de parenté avec l'adulte à charge ou d'être un bénéficiaire éventuel de ce dernier ne suffit pas en soi à établir l'existence d'un conflit d'intérêts : par. 19(6).

L'exigence que le tuteur aux biens ne soit pas en conflit d'intérêts constitue un moyen de garantir qu'il protégera l'intérêt supérieur de l'adulte à charge. Tout comme le tuteur à l'instance doit être « désintéressé », le tuteur aux biens doit à tout le moins être en mesure de s'occuper des finances de la personne représentée d'une manière à la fois désintéressée et impartiale. Même si la loi précise clairement que le fait d'être un membre de la famille ou un bénéficiaire éventuel ne suffit pas en soi pour établir l'existence d'un conflit d'intérêts emportant l'incapacité, d'autres facteurs indiquent, dans certains cas, qu'un membre de la famille ou un bénéficiaire éventuel manque d'objectivité. Lorsqu'une succession soulève des difficultés, il est rare qu'un membre de la famille ou un bénéficiaire éventuel puisse établir qu'il n'est pas en conflit d'intérêts et, partant, qu'il peut exercer la fonction de tuteur aux biens.

À mon sens, l'absence d'un conflit d'intérêts ne peut être établie en l'espèce. Judy Farr est la fille de Cherie Gronnerud. Elle est également l'une des bénéficiaires du reliquat de la succession de Harold Gronnerud et l'une des bénéficiaires éventuels de la succession *ab intestat* de Cherie Gronnerud. Suivant le par. 19(6) de la *Dependent Adults Act*, ce seul fait ne suffit pas à prouver qu'il y a conflit d'intérêts. Cependant, outre sa qualité de bénéficiaire éventuelle et de membre de la famille, d'autres éléments du dossier laissent croire à l'existence d'un conflit sur les plans financier et personnel.

Tout d'abord, si elle était tuteur aux biens, Judy aurait la possibilité de régler les affaires financières de sa mère de manière à augmenter ses dépenses, sans que cette dernière en bénéficie pour autant, et à réduire les éléments d'actifs transmis par Harold au premier bénéficiaire, Bud. Plus les dépenses de Cherie seront élevées, plus il est probable qu'une

24

25

26

Harold's will is inadequate to cover Cherie's needs and award relief. As has already been observed, if Cherie's estate is increased by a successful equalization claim, the portion passing to Judy on the basis of Cherie's intestacy would be greater than the portion that Judy would receive as a residuary beneficiary of Harold's original estate. It is again apparent that Judy has a direct financial conflict of interest and is disqualified from acting as property guardian by s. 19(5) of *The Dependent Adults Act*. Her conflict would prevent her from acting in Cherie's best interests.

27 As well, Judy may have a personal conflict of interest that also brings into question her ability to act in Cherie's best interests. There is some dispute as to the amount of contact Judy maintained with her parents. While Judy states that she visited her parents frequently and had a close relationship with Cherie, Bud's version of those facts is very different. He claimed that Judy rarely visited and had a strained relationship with both parents, due to their disapproval of her marriage. Bud's version of facts would appear to be supported by the distribution of property in both Harold's will and Cherie's holograph will, which left little to Judy. Given that there is some evidence of a possibly strained relationship between Cherie and her daughter, Judy may have a personal conflict of interest, contrary to s. 19(5) of *The Dependent Adults Act*, and for that additional reason the Court of Appeal was correct to remove her as property guardian.

28 Finally, we observe that Judy would not be an appropriate property guardian, given the standard set out in s. 19(4) of *The Dependent Adults Act*, which requires that the proposed property guardian be able to carry out his or her duties in a "satisfactory manner", having regard to the needs of the dependent adult and the relationship between the proposed guardian and the dependent adult. As noted above, there is some evidence of an acrimonious relationship between Judy and Cherie. In addition, Judy has repeatedly attempted to have her

cour de justice conclura que le fonds en fiducie créé dans le testament de Harold ne comble pas les besoins de Cherie et qu'elle accueillera une demande d'aide. Comme je l'ai déjà signalé, s'il est fait droit à une demande de partage à parts égales des biens matrimoniaux et que le patrimoine de Cherie s'accroît de ce fait, la part de la succession *ab intestat* de Cherie revenant à Judy sera plus importante que sa part en qualité de bénéficiaire du reliquat de la succession initiale de Harold. Encore une fois, Judy est manifestement en conflit d'intérêts direct sur le plan financier et, suivant le par. 19(5) de la *Dependent Adults Act*, elle est inapte à être nommée tutrice aux biens. Ce conflit l'empêcherait d'agir dans l'intérêt supérieur de Cherie.

En outre, Judy pourrait avoir un conflit d'intérêts d'ordre personnel qui risque de compromettre son aptitude à agir dans l'intérêt supérieur de sa mère. Les parties ne s'entendent pas sur l'importance des liens que Judy aurait conservés avec ses parents. Judy affirme qu'elle visitait souvent ses parents et que sa mère et elle étaient très proches. La version de Bud est diamétralement opposée. Selon lui, Judy rendait rarement visite à ses parents et avait des rapports tendus avec chacun d'eux parce qu'ils avaient désapprouvé son mariage. Le testament de Harold et le testament olographe de Cherie, suivant lesquels une part infime des biens légués était dévolue à Judy, paraissent appuyer les dires de Bud. Vu la preuve d'éventuelles tensions entre Cherie et sa fille Judy, cette dernière pourrait avoir un conflit d'intérêts d'ordre personnel, contrairement au par. 19(5) de la *Dependent Adults Act* et, pour ce motif supplémentaire, la Cour d'appel a eu raison de révoquer sa nomination à titre de tutrice aux biens.

Enfin, comme le par. 19(4) de la *Dependent Adults Act* exige de la personne qui souhaite être nommée tuteur aux biens qu'elle soit apte à s'acquiescer des obligations d'un tuteur aux biens d'une « manière satisfaisante » compte tenu des besoins de l'adulte à charge et du lien de cette personne avec l'adulte à charge, nous estimons que Judy ne saurait exercer cette fonction. Rappelons-le, certains éléments de preuve indiquent que les rapports de Judy et de Cherie étaient acrimonieux. De plus, Judy a tenté à maintes reprises de placer sa mère dans un

mother placed in privately run facilities or moved to Judy's own home, despite the finding of the Court of Queen's Bench that Cherie's needs are best met in a publicly funded facility. As Judy does not appear to have an accurate perception of Cherie's needs and best interests, she fails to meet the standard outlined in s. 19(4) and was thus properly replaced as property guardian by the Court of Appeal.

C. *The Jurisdiction of the Court of Appeal for Saskatchewan over the Public Trustee*

It is my opinion that, in appointing the Public Trustee as litigation guardian for a disabled adult, the Court of Appeal for Saskatchewan has the jurisdiction to restrict the Public Trustee to litigating some types of claims and not others. This authority of the appellate court is apparent from the plain wording of the relevant statute. Section 20(1) of *The Dependent Adults Act* states that, "[s]ubject to subsections (2) to (5) and subsection 29(6) of *The Public Trustee Act*", where the court makes an order appointing a property guardian, the court must specify the matters over which the property guardian has authority, such as the authority to commence a legal proceeding relating to the estate of the dependent adult. Section 29(6) of *The Public Trustee Act* states that where a public trustee is appointed as property guardian, the trustee's powers and duties are those contained in *The Public Trustee Act* including the power to bring, maintain or defend an action on behalf of the disabled adult. This alone would appear to give the Public Trustee unfettered authority to commence any legal proceeding it wishes, without any restrictions from the Court of Appeal.

However, s. 20(1) is also made subject to s. 20(2) to (5) of *The Dependent Adults Act*. Of particular relevance is s. 20(3)(a), which grants the court the power to make the order appointing the property guardian "subject to any conditions and restrictions that it considers necessary". Unlike s. 20(1), s. 20(3) is not made subject to s. 29(6) of *The Public Trustee Act*. Under s. 20(3)(a), the court has authority to restrict the Public Trustee's powers.

établissement privé ou de la faire emménager chez elle, malgré la conclusion de la Cour du Banc de la Reine selon laquelle c'est un établissement public qui peut le mieux répondre aux besoins de Cherie. Étant donné que Judy ne semble pas avoir une juste perception des besoins et de l'intérêt supérieur de sa mère, elle ne satisfait pas à la norme énoncée au par. 19(4) et c'est à juste titre que la Cour d'appel l'a remplacée comme tutrice aux biens.

C. *La compétence de la Cour d'appel de la Saskatchewan à l'égard du curateur public*

Je suis d'avis que, lorsqu'elle nomme le curateur public tuteur à l'instance d'un adulte incapable, la Cour d'appel de la Saskatchewan a compétence pour restreindre le pouvoir du curateur public à certains types d'instances. Cette compétence ressort du libellé même des dispositions législatives en cause. Le paragraphe 20(1) de la *Dependent Adults Act* dispose que, « [s]ous réserve des paragraphes (2) à (5) et du paragraphe 29(6) de la *Public Trustee Act* », lorsqu'elle rend une ordonnance nommant un tuteur aux biens, la cour précise les pouvoirs que le tuteur aux biens peut exercer, y compris le pouvoir d'introduire une instance en justice concernant les biens de l'adulte à charge. Selon le paragraphe 29(6) de la *Public Trustee Act*, lorsque le curateur public est nommé tuteur aux biens il a, en cette qualité, les pouvoirs et obligations que la présente loi lui attribue, notamment le pouvoir d'introduire, de poursuivre ou de contester une instance au nom de l'adulte incapable. Cette disposition paraît, à elle seule, conférer au curateur public le pouvoir inconditionnel d'engager à son gré toute instance en justice, sans restriction émanant de la Cour d'appel.

Toutefois, le par. 20(1) s'applique aussi sous réserve des par. 20(2) à (5) de la *Dependent Adults Act*. L'alinéa 20(3)a), qui accorde à la cour le pouvoir de rendre une ordonnance nommant un tuteur aux biens et de « l'assortir des conditions et restrictions qu'elle juge nécessaires », est particulièrement important. Contrairement au par. 20(1), le par. 20(3) ne s'applique pas sous réserve du par. 29(6) de la *Public Trustee Act*. En vertu de l'al. 20(3)a), la cour a compétence pour restreindre les pouvoirs du curateur public.

29

30

31

In summary, the power of the court to specify the matters over which a property guardian has authority does not apply where the property guardian is the Public Trustee. In that case, the matters over which the Public Trustee has authority are found only in *The Public Trustee Act*. The language of s. 20(1) of *The Dependent Adults Act* makes this clear. In contrast, the ability of the court to place restrictions on how the property guardian exercises his or her authority applies regardless of whether the guardian is a natural person or the Public Trustee. This is apparent due to the absence of any language in s. 20(3)(a) that is similar or parallel to the limiting language used by drafters of s. 20(1). Thus, while a court is unable to decide which powers the Public Trustee will possess as property and litigation guardian (because of s. 20(1)), under s. 20(3)(a) the court has the authority to place restrictions on how those powers are exercised by the Public Trustee.

32

I would dismiss this ground of the appeal. The Court of Appeal had the discretion under s. 20(3)(a) of *The Dependent Adults Act* to place restrictions on the order appointing the Public Trustee as litigation guardian. The next issue is whether the court wrongly exercised this discretion when it prohibited the Public Trustee from commencing a claim under *The Matrimonial Property Act* on behalf of Cherie Gronnerud.

D. *Whether Jurisdiction Was Properly Exercised*

33

Reasons by the Court of Appeal for their decision to preclude the marital property claim would have been useful. In the absence of reasons by a trial judge in a civil case, the appellate court is unable to exhibit the usual deference and instead conducts its own assessment of the case: R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 111. As we are faced at present with the unusual situation of an absence of reasons at both the trial and appellate court levels, it is logical to conclude that this Court must conduct where necessary a *de novo* assessment of the case.

En résumé, la cour ne peut exercer sa compétence pour préciser les pouvoirs que peut exercer le tuteur aux biens lorsque c'est le curateur public qui exerce cette fonction. Dans ce cas, les attributions du curateur public sont définies dans la *Public Trustee Act*. C'est ce qui ressort clairement du libellé du par. 20(1) de la *Dependent Adults Act*. Par contre, la cour peut restreindre l'exercice des pouvoirs du tuteur aux biens, que ce soit une personne physique ou le curateur public qui joue ce rôle. Cette conclusion découle de l'absence, à l'al. 20(3)a), de termes semblables ou parallèles aux termes restrictifs utilisés par les rédacteurs du par. 20(1). En conséquence, même si elle ne peut décider des pouvoirs dont sera investi le curateur public en qualité de tuteur aux biens et de tuteur à l'instance (à cause du par. 20(1)), la cour peut, en vertu de l'al. 20(3)a), restreindre l'exercice de ces pouvoirs.

Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. La Cour d'appel avait le pouvoir discrétionnaire, suivant l'al. 20(3)a) de la *Dependent Adults Act*, d'assortir de restrictions l'ordonnance nommant le curateur public tuteur à l'instance. La question qui se pose ensuite est de savoir si elle a mal exercé ce pouvoir discrétionnaire en interdisant au curateur public d'introduire une instance sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, au nom de Cherie Gronnerud.

D. *La Cour d'appel a-t-elle exercé sa compétence correctement?*

Il aurait été utile que la Cour d'appel motive sa décision d'interdire au curateur public d'introduire une instance visant les biens matrimoniaux. Lorsque, dans une affaire civile, le juge de première instance ne motive pas sa décision, le tribunal d'appel ne peut faire preuve de la retenue habituelle et procède plutôt à sa propre évaluation des faits de l'espèce : R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 111. Notre Cour étant aux prises avec le cas inusité où ni le tribunal de première instance ni la cour d'appel n'ont motivé leur décision, force est de conclure que nous devons au besoin réévaluer les faits à l'origine du présent pourvoi.

The question that the Court of Appeal would have had to answer is whether the commencement of an action under *The Matrimonial Property Act* would have been in Cherie's best interests. As the criteria to appoint and remove a litigation guardian turn on the best interests of the dependant, the question of whether a particular lawsuit should be brought by the litigation guardian similarly focuses on whether the lawsuit is in the best interests of the dependent adult.

On my review, it appears that underlying the Court of Appeal's decision must be the implicit recognition that the best interests of Cherie Gronnerud are protected by the trust account in Harold's will. This is supported by evidence of: Cherie's intentions regarding the family farm; Cherie's relationships with her children and her husband; Cherie's present physical and mental condition; and the fact that a public facility best suits Cherie's present needs. While none of these factors is determinative on its own, taken together they serve to illuminate the best interests of Cherie Gronnerud.

First, in terms of Cherie's intentions regarding the estate, the evidence shows that both Cherie and Harold wished to keep their assets together and also wanted to give the majority of their assets to their son Bud. If a claim under *The Matrimonial Property Act* was brought that resulted in an equal division of the matrimonial property, then the family farm and house would have to be sold to permit the payment to Cherie's estate. This would be antagonistic to the testamentary intention of Harold, who wanted to bequeath almost everything to Bud in part to ensure the farm land so labouriously acquired was retained. Harold's intentions are only relevant in that they may assist one in discerning Cherie's intentions, which in turn are useful in establishing her best interests.

That Cherie shared her husband's view is evident in her holograph will. Although this will was

La question à laquelle la Cour d'appel aurait dû répondre est celle de savoir s'il aurait été dans l'intérêt supérieur de Cherie qu'une instance soit engagée en son nom en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Comme les critères de nomination et de révocation du tuteur à l'instance sont axés sur l'intérêt supérieur de la personne à charge, la question de savoir si le tuteur à l'instance devrait intenter une poursuite en particulier dépend elle aussi de la mesure dans laquelle l'introduction de l'instance est dans l'intérêt supérieur de l'adulte à charge.

Après analyse, la décision de la Cour d'appel semble découler nécessairement de la constatation implicite que le compte en fiducie établi par le testament de Harold protège l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud. Cette constatation est étayée par la preuve des intentions de Cherie concernant la ferme familiale, des rapports de Cherie avec ses enfants et son mari, de l'état de santé physique et mentale actuel de Cherie et du fait que c'est un établissement public qui répond présentement le mieux à ses besoins. Même si aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi, lorsqu'on les envisage ensemble, ils nous éclairent sur l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud.

Tout d'abord, en ce qui concerne les intentions de Cherie et de Harold Gronnerud concernant leurs biens, la preuve indique qu'ils ne souhaitaient pas diviser leurs biens et désiraient en léguer la majeure partie à leur fils Bud. Si, par suite d'une instance engagée en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, les biens matrimoniaux étaient partagés à parts égales, la ferme et la maison familiales devraient être vendues pour pourvoir au paiement en faveur de Cherie. Ce résultat serait contraire à la volonté exprimée par Harold dans son testament, selon laquelle il entendait léguer la quasi-totalité de ses biens à Bud, notamment pour préserver le domaine agricole acquis si laborieusement. Les intentions de Harold ne sont pertinentes que dans la mesure où elles nous aident à cerner les intentions de Cherie qui, à leur tour, s'avèrent utiles pour déterminer ce qui serait dans son intérêt supérieur.

Le testament olographe de Cherie confirme qu'elle partageait le point de vue de son époux.

34

35

36

37

drafted a number of years ago, it nevertheless indicates Cherie's desire that Bud have the bulk of the family assets primarily to ensure protecting the family farm. The relationship between Cherie and Bud does not seem to have changed a great deal between 1967 and the time when she became mentally incompetent; they appear to have remained close, with Bud living near his parents and visiting them regularly. It is unlikely that Cherie's original intention to leave the majority of her estate to Bud would have changed between 1967 and the onset of her illness. Cherie's own wishes concerning the family home and farm further assist us in determining what would be in her best interests.

38

It is also significant that Harold Gronnerud drafted his will in 1999, after Cherie had been diagnosed with Alzheimer's disease in 1997. Given their lengthy and satisfactory marriage, it is likely that had Cherie been competent in 1999, Harold would not have drafted his will in the manner that he did. It is apparent that he knew Cherie was terminally ill and permanently disabled mentally by Alzheimer's disease. In the result, it was pointless to provide for her in any other way. His will not only expressed his intentions but reflected those of his wife expressed in her holograph will some 35 years ago. We do not know if or how Cherie would have changed her original will had she not become medically incompetent. While not significant on its own, the evidence of the testamentary intentions of Cherie and Harold Gronnerud is relevant in that it provides additional clues as to what would be in Cherie's best interests, the latter being the central inquiry.

39

At present, Cherie's condition, both mental and physical, is dire. As noted above, the Court of Queen's Bench has twice found that Cherie's needs are best met in the publicly funded facility in Regina, rather than in a private home or in an expensive private facility. She has no chance of recovery, she suffers from dementia, and she requires assistance with most basic activities. It is reasonable to assume

Même s'il a été rédigé il y a de nombreuses années, il atteste néanmoins la volonté de Cherie que Bud hérite de la plupart des biens familiaux dans le but, principalement, de protéger la ferme familiale. Les rapports entre Cherie et Bud ne semblent pas avoir beaucoup changé entre 1967 et le moment où Cherie a perdu ses facultés mentales. La mère et le fils sont apparemment demeurés très proches, Bud habitant près de chez ses parents et les visitant régulièrement. Il est improbable que l'intention initiale de Cherie de laisser la plus grande partie de ses biens à Bud ait changé entre 1967 et le début de sa maladie. Les volontés de Cherie concernant la résidence et la ferme familiales facilitent aussi la détermination de ce qui serait conforme à son intérêt supérieur.

Le fait que Harold Gronnerud a rédigé son testament en 1999, après que la maladie d'Alzheimer eut été diagnostiquée chez Cherie en 1997, est également important. Vu la durée et la réussite de leur mariage, si Cherie avait eu toutes ses facultés en 1999, Harold n'aurait pas rédigé son testament comme il l'a fait. Il est clair qu'il savait que la maladie de Cherie était terminale et que son incapacité mentale due à la maladie d'Alzheimer serait permanente. Il était donc inutile de prendre d'autres dispositions à son égard. Son testament reflétait non seulement ses intentions, mais également celles exprimées par son épouse dans son testament olographe rédigé il y a quelque 35 ans. Nous ignorons si Cherie aurait modifié son testament initial si la maladie ne l'avait pas rendue incapable ou comment elle l'aurait modifié, le cas échéant. Bien qu'elle ne soit pas déterminante en soi, la preuve des volontés testamentaires de Cherie et de Harold Gronnerud est pertinente parce qu'elle offre un indice supplémentaire de ce que commande l'intérêt supérieur de Cherie, cette dernière considération constituant la clé du règlement du litige.

Pour l'heure, l'état de santé physique et mentale de Cherie est très grave. Comme je le mentionne précédemment, la Cour du Banc de la Reine a conclu, à deux reprises, que l'établissement public de Regina qui héberge Cherie répond mieux à ses besoins qu'un milieu familial ou un établissement privé coûteux. Cherie n'a aucune chance de se rétablir, elle est atteinte de démence et elle a besoin

that, in deciding to leave a \$100,000 trust fund to his wife of 57 years, Harold had in mind the fact that Cherie is suffering from a debilitating and incurable disease, and believed that the trust fund would provide for her particular needs. This appears to be supported by the findings of the Court of Queen's Bench that Cherie's needs as an Alzheimer's patient are best met in a publicly funded facility. We believe that, given this factual record, the Court of Appeal must have recognized this as well.

Therefore, although we lack the benefit of the Saskatchewan court's reasons, I find that the Court of Appeal properly exercised its jurisdiction when it prohibited the Public Trustee from bringing a claim on behalf of Cherie Gronnerud under *The Matrimonial Property Act*. Given the evidence of the testamentary intentions of both Cherie and Harold Gronnerud, the fact that Harold drafted his will after the onset of Cherie's tragic illness, and Cherie's current mental and physical condition, such a claim would not have been in Cherie's best interests.

I respectfully disagree with Arbour J.'s assertion that the record in this case is limited. While there is an absence of trial evidence, there is, in my opinion, a lengthy evidentiary record on the issue of whether it is in Cherie's best interests to have a claim brought on her behalf pursuant to *The Matrimonial Property Act*. There has been a considerable investigation into what would be in the best interests of Cherie Gronnerud. There have been numerous proceedings, a dozen listed below, some dealing with the appointment, replacement or removal of guardians, or with whether a public or private facility is the best place for Cherie, or with which lawsuits should be brought on her behalf. All of these proceedings dealt with the broader issue of Cherie's best interests, and help to shed light on the more specific matter of the appropriateness of a

d'aide pour la plupart des activités essentielles de la vie quotidienne. On peut raisonnablement tenir pour acquis que Harold a décidé de constituer un fonds en fiducie de 100 000 \$ au bénéfice de celle qui a été son épouse pendant 57 ans parce qu'il était conscient du fait que Cherie souffrait d'une maladie débilitante et incurable et croyait que cette somme permettrait de répondre à ses besoins particuliers. Cette hypothèse est renforcée par le constat de la Cour du Banc de la Reine qu'un établissement public est plus à même de répondre aux besoins d'une personne, comme Cherie, atteinte de la maladie d'Alzheimer. Compte tenu de ces faits révélés par le dossier, nous croyons que la Cour d'appel partageait forcément cet avis.

Par conséquent, même si la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas motivé sa décision, je conclus qu'elle a correctement exercé sa compétence en interdisant au curateur public d'engager une instance au nom de Cherie Gronnerud sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Vu la preuve des intentions de Cherie et de Harold Gronnerud concernant la transmission de leurs biens à leur décès, le fait que Harold a rédigé son testament après que la terrible maladie eut été diagnostiquée chez son épouse et l'état de santé mentale et physique actuel de Cherie, il n'aurait pas été dans l'intérêt supérieur de Cherie d'engager une telle instance.

Avec égards, contrairement au juge Arbour, je ne crois pas que la preuve versée au dossier soit limitée. Malgré l'absence de témoignages en première instance, notre Cour dispose à mon avis d'une preuve documentaire importante pour décider s'il est dans l'intérêt supérieur de Cherie qu'une demande fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* soit introduite en son nom. La question de savoir ce qui serait dans l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud a été examinée à de nombreuses occasions. Une multitude d'instances, dont une douzaine sont énumérées ci-après, ont été engagées. Elles avaient notamment pour objet soit la nomination, le remplacement ou la révocation de tuteurs, soit la question de savoir si un établissement public ou privé convenait davantage à Cherie, soit la détermination des instances qu'il serait opportun

40

41

claim under *The Matrimonial Property Act*. The list of proceedings dealing with Cherie's best interests includes the following:

- on September 10, 1999 and September 13, 1999, Judy Farr and Glenn Gronnerud commenced petitions under *The Dependent Adults Act* for the appointment of themselves as personal and property guardians for Cherie;
 - on October 29, 1999, Judy and Glenn brought a motion applying to be appointed personal and property guardians for Cherie;
 - on November 5, 1999, Judy and Glenn brought a motion to be appointed litigation guardians for Cherie;
 - on November 25, 1999, Bud Gronnerud commenced a proceeding under *The Dependent Adults Act* to be appointed as personal and property guardian for Cherie;
 - on November 30, 1999, the Court of Queen's Bench for Saskatchewan issued an order appointing Judy and Bud as personal and property guardians for Cherie;
 - on December 1, 1999, the Court of Queen's Bench for Saskatchewan issued an order appointing Judy and Glenn as litigation guardians for Cherie;
 - on December 2, 1999, Judy and Glenn issued a petition as litigation guardians for Cherie, claiming relief under *The Matrimonial Property Act* and *The Dependents' Relief Act, 1996*;
 - on May 15, 2000, Bud brought an application by Notice of Motion, requesting the removal of Judy as personal guardian and for an order removing Cherie from a private facility to a publicly funded institution;
- d'engager pour son compte. La question générale de l'intérêt supérieur de Cherie était au cœur de toutes ces procédures, et celles-ci aident à clarifier la question plus précise de l'opportunité d'une instance fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Au nombre des procédures où l'intérêt supérieur de Cherie a été pris en compte, mentionnons les suivantes :
- les 10 et 13 septembre 1999, Judy Farr et Glenn Gronnerud ont déposé des pétitions en vue de se faire nommer tuteurs à la personne et aux biens de Cherie en application de la *Dependent Adults Act*;
 - le 29 octobre 1999, Judy et Glenn ont présenté une motion visant à se faire nommer tuteurs à la personne et aux biens de Cherie;
 - le 5 novembre 1999, Judy et Glenn ont présenté une motion visant à se faire nommer tuteurs à l'instance de Cherie;
 - le 25 novembre 1999, Bud Gronnerud a engagé une instance sous le régime de la *Dependent Adults Act* afin de se faire nommer tuteur à la personne et aux biens de Cherie;
 - le 30 novembre 1999, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rendu une ordonnance nommant Judy et Bud tuteurs à la personne et aux biens de Cherie;
 - le 1^{er} décembre 1999, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a prononcé une ordonnance nommant Judy et Glenn tuteurs à l'instance de Cherie;
 - le 2 décembre 1999, Judy et Glenn, en leur qualité de tuteurs à l'instance de Cherie, ont délivré une pétition fondée sur la *Loi sur les biens matrimoniaux* et sur la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*;
 - le 15 mai 2000, Bud a demandé, par avis de motion, la révocation de Judy en qualité de tutrice à la personne, ainsi que le retrait de Cherie d'un établissement privé et son placement dans un établissement public;

– by fiat on July 21, 2000, the Court of Queen’s Bench for Saskatchewan ordered that Cherie be moved to a publicly funded facility and that she receive additional, privately funded night care;

– on November 28, 2000, the Public Trustee, who by then had been appointed by the Saskatchewan Court of Appeal as property and litigation guardian, commenced an application pursuant to *The Dependants’ Relief Act, 1996*;

– by Notice of Motion dated December 8, 2000, Judy applied to the Court of Queen’s Bench for Saskatchewan for an order removing Cherie from the publicly funded facility and placing her in Judy’s home;

– by fiat on January 17, 2001, Zarzeczny J. for the Court of Queen’s Bench for Saskatchewan dismissed Judy’s application of December 8, 2000 and held that Cherie should remain in the public facility. Zarzeczny J. stated: “To now accede to the application to have Mrs. Gronnerud moved from Wascana [the public facility] to the personal care of Judith Farr at her home outside of Regina . . . would be unwise, imprudent and not in her best interests”: *Gronnerud (Litigation Guardians of) v. Gronnerud Estate*, [2001] S.J. No.16 (QL), at para. 11.

As has already been stated, what is in Cherie’s best interests is the main inquiry in determining whether it is appropriate for the litigation guardian to bring a claim under *The Matrimonial Property Act* on her behalf. As Cherie’s best interests have been the central issue canvassed in multiple proceedings, I do not see what additional useful evidence would result from further investigations.

As well, the fact that the record in this case consists of affidavit evidence is not problematic. On this point I diverge from Arbour J.’s opinion (at para. 48). It is clear that the court can choose to hear an application pursuant to *The Dependent Adults Act* on affidavit evidence: Rule 514 of *The Queen’s Bench Rules* of Saskatchewan; see also *Re Stensrud* (1992), 99 Sask. R. 165 (Q.B.), and *Re Kemp* (1991), 89 Sask. R. 249 (Q.B.), for exam-

– le 21 juillet 2000, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a ordonné que Cherie soit placée dans un établissement public et qu’elle y reçoive en complément des soins de nuit privés;

– le 28 novembre 2000, le curateur public, que la Cour d’appel de la Saskatchewan avait entre-temps nommé tuteur aux biens et à l’instance, a déposé une requête en vertu de la *Loi 1996 sur l’aide aux personnes à charge*;

– par un avis de motion en date du 8 décembre 2000, Judy a demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan d’ordonner que sa mère quitte l’établissement public et soit confiée à ses soins, dans sa résidence;

– le 17 janvier 2001, le juge Zarzeczny, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté la demande présentée par Judy le 8 décembre 2000 et a statué que Cherie devait demeurer dans l’établissement public. Il a dit : [TRADUCTION] « Il ne serait ni sage ni prudent ni dans l’intérêt supérieur de M^{me} Gronnerud d’accueillir maintenant la demande visant à lui faire quitter [l’établissement public] Wascana et à la confier aux soins de Judith Farr, chez celle-ci, à l’extérieur de Regina » : *Gronnerud (Litigation Guardians of) c. Gronnerud Estate*, [2001] S.J. No. 16 (QL), par. 11.

Je rappelle que c’est essentiellement en fonction de l’intérêt supérieur de Cherie qu’il faut décider si le tuteur à l’instance devrait exercer en son nom un recours fondé sur la *Loi sur les biens matrimoniaux*. La question de l’intérêt supérieur de Cherie ayant été au cœur de nombreuses instances antérieures, je ne vois pas quelle preuve pertinente supplémentaire pourrait découler d’un nouvel examen.

De même, le fait que le dossier soit constitué d’affidavits n’est pas problématique. Je ne partage pas l’avis du juge Arbour sur ce point (par. 48). Il est clair que le tribunal peut décider d’entendre la demande fondée sur la *Dependent Adults Act* en se fondant sur des affidavits : règle 514 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan; voir également *Re Stensrud* (1992), 99 Sask. R. 165 (B.R.), et *Re Kemp* (1991), 89 Sask. R. 249 (B.R.),

ples of hearings under *The Dependent Adults Act* based on affidavit evidence. The use of affidavit evidence where appropriate is sensible, given that adult guardianship proceedings and general family law procedures are often time-consuming, costly, and may involve the play of strong emotions. It is usually a good, common sense policy to promote efficiency and finality in this type of litigation, though not at the expense of fairness. Such a policy is particularly appropriate where there is a record as extensive as in the case at bar and further investigation would likely bear little or no fruit.

43 As a final point, it is worth highlighting the fact that the issue in this case does not turn solely on a determination of the merits of any possible claim that could have been brought under *The Matrimonial Property Act* on behalf of Cherie Gronnerud. We are not adjudicating that issue and indeed that question is not the central focus of this appeal. Rather, the main issue is whether the Court of Appeal had the jurisdiction under *The Dependent Adults Act* to prohibit such a claim. We respond to this question by concluding that the Court of Appeal did indeed possess such jurisdiction under the statute. Furthermore, in the unique set of circumstances presented by this appeal and despite the silence of the Court of Appeal, there existed reasons to support their decision to exercise their jurisdiction in the manner that they did.

44 We caution that this holding should not be taken as establishing a general rule that the Court of Appeal should prohibit all such claims or similar claims where they are brought on behalf of a dependent adult, or even on behalf of an adult with a serious and incurable disease such as Alzheimer's. Rather, the Court of Appeal should look at the particular set of circumstances presented by each individual case and decide on the basis of the facts before them whether they should exercise their jurisdiction to prohibit or allow the claim in question. Given another set of facts, the Court of Appeal may find that it is appropriate to permit a claim under *The Matrimonial Property Act*.

où une telle demande fondée sur la *The Dependent Adults Act* a été entendue à partir d'affidavits. Il est sensé de recourir à la preuve par affidavit dans les cas qui s'y prêtent, étant donné que les instances en nomination d'un tuteur appelé à représenter un adulte et celles touchant au droit de la famille en général sont souvent longues, coûteuses et peuvent comporter une forte charge émotive. Le bon sens commande habituellement que l'on privilégie l'efficacité et un règlement final dans ce genre d'affaire, sans toutefois sacrifier l'équité. Cela est particulièrement vrai lorsque le dossier est aussi étoffé qu'en l'espèce et qu'un examen plus approfondi serait vraisemblablement peu fructueux, sinon stérile.

En dernier lieu, il convient de signaler que l'appel ne vise pas seulement l'examen du bien-fondé de la demande qui aurait pu être présentée au nom de Cherie Gronnerud sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Nous ne nous prononçons pas sur cette question. En fait, celle-ci ne constitue pas l'élément central du présent pourvoi qui porte plutôt principalement sur la question de savoir si la Cour d'appel avait compétence, en vertu de la *Dependent Adults Act*, pour interdire une telle demande. Notre Cour répond que la loi conférerait effectivement cette compétence à la Cour d'appel. De plus, compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce et même si la Cour d'appel n'a pas motivé sa décision, des motifs justifiaient qu'elle exerce ainsi sa compétence.

Il importe de préciser que les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme établissant une règle générale portant que la Cour d'appel devrait interdire une telle demande ou toute demande semblable présentée au nom d'un adulte à charge, ou même d'un adulte atteint d'une affection grave et incurable comme la maladie d'Alzheimer. La Cour d'appel doit plutôt se pencher sur les circonstances propres à chaque cas et décider, à partir des faits exposés, si elle devrait exercer sa compétence pour interdire ou autoriser la demande en question. Dans un autre contexte factuel, la Cour d'appel pourra juger opportun de permettre qu'une instance soit engagée sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

The appeal is dismissed and the order of the Court of Appeal is affirmed. Costs of all the parties on a party-party basis will be payable by the estate.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting in part) — I have read the reasons of my colleague, Major J., and while I agree with him on most issues, I respectfully disagree with his conclusion endorsing the Court of Appeal decision to limit the powers of the Public Trustee acting as litigation guardian in this case.

I am prepared to assume that there is a proper statutory foundation for the discretion exercised by the Court of Appeal to preclude the Public Trustee from pursuing Cherie Gronnerud's claim under *The Matrimonial Property Act, 1997*, S.S. 1997, c. M-6.11 (now *The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3). Even on the assumption that my colleague's analysis is correct as a general matter of statutory interpretation, there remains the issue of whether the Court of Appeal acted appropriately in preventing the Public Trustee from pursuing a division of property under *The Matrimonial Property Act* on the facts of this particular case. I am unable to conclude that it did on the strength of this limited record.

My colleague correctly observes (at para. 33) that “[i]n the absence of reasons by a trial judge in a civil case, the appellate court is unable to exhibit the usual deference and instead conducts its own assessment of the case”. Having decided to appoint the Public Trustee as litigation guardian for Cherie Gronnerud, the Court of Appeal ordered him not to proceed with an action for division of assets under *The Matrimonial Property Act*, an action that appears to have considerable chance of success, on the basis, one must assume, that it is not in the best interests of Cherie Gronnerud to receive her fair share of the property accumulated during her marriage. This whole matter came to the courts on the basis of affidavit evidence and the record is far from extensive. As I understand it, the argument in favour

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée. La succession paiera les dépens de toutes les parties sur la base partie-partie.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major. Je partage son point de vue sur la plupart des questions en litige, mais, avec égards, je suis en désaccord avec sa conclusion approuvant la décision de la Cour d'appel de limiter les pouvoirs du curateur public en sa qualité de tuteur à l'instance.

Je suis disposée à tenir pour acquis que la Cour d'appel pouvait, en vertu de la loi, exercer son pouvoir discrétionnaire pour interdire au curateur public de poursuivre l'instance introduite au nom de Cherie Gronnerud sous le régime de la *Loi de 1997 sur les biens matrimoniaux*, L.S. 1997, ch. M-6,11 (maintenant la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3). Même en supposant que l'analyse de mon collègue soit juste sur le plan de l'interprétation législative en général, reste la question de savoir si, vu les faits particuliers de l'espèce, la Cour d'appel a agi correctement en empêchant le curateur public de poursuivre l'instance en partage des biens sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Je ne puis répondre par l'affirmative à partir de la preuve limitée versée au dossier.

Mon collègue signale à juste titre que, « [l]orsque, dans une affaire civile, le juge de première instance ne motive pas sa décision, le tribunal d'appel ne peut faire preuve de la retenue habituelle et procède plutôt à sa propre évaluation des faits de l'espèce » (par. 33). Après avoir nommé le curateur public tuteur à l'instance de Cherie Gronnerud, la Cour d'appel lui a ordonné de ne pas poursuivre l'instance engagée en vue du partage des biens en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* — demande qui, semble-t-il, a de grandes chances d'être accueillie — pour le motif, doit-on présumer, qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud de toucher sa juste part des biens accumulés pendant son mariage. En l'espèce, les tribunaux ont été appelés à se prononcer à partir d'aff-

45

46

47

48

of precluding the Public Trustee from proceeding with the division of property action is twofold. First, it is said that Cherie Gronnerud's needs are best met in a public institution and that she has no use for the money that such a division of assets would generate. Although there is support in the record for a finding that the elderly Mrs. Gronnerud, severely afflicted by Alzheimer's disease, has all her needs met adequately as it is, and that the care that she is receiving in a public institution is better suited to her present needs than what a private expensive alternative may provide, I cannot see that this argument has any relevance on its own. Entitlement to division of matrimonial assets is not predicated on need or lack thereof. The main, in fact the sole argument in my view that could support the decision of the Court of Appeal is that a division of matrimonial property would probably lead to the family farm having to be disposed of, contrary to the wishes of both Mr. and Mrs. Gronnerud. In other words, the idea is that it is not in her best interests to pursue an action that she herself would not want to pursue.

49

One of the main difficulties with this case is that there is not much of a record constructed around that critical issue. The most there is to ascertain what would be the wishes of Mrs. Gronnerud were she capable of formulating any such wishes is essentially a holographic will dating back some 35 odd years, and the fact that nothing since shows a change of heart on her part. In the absence of reasons by the Court of Appeal, I cannot say how the court felt that this was sufficient to dispose of the issue of her best interests. For myself, I cannot be persuaded, again on this record, that I am in a better position than the Public Trustee to make that determination. It is obviously rarely in a person's best interests to forgo a statutory entitlement to as much as possibly half a million dollars. I cannot say that this is not such an unusual case. However, considerably more investigation should be done, as the Public Trustee is fully ready, able and willing to do, to ascertain whether this is in fact the case. For instance, we do not know if it is possible that a portion, not even necessarily

fidavits et la preuve est loin d'être étoffée. À ce que je comprends, l'argument invoqué pour interdire au curateur public de poursuivre l'instance engagée en vue du partage des biens matrimoniaux comporte deux volets. Premièrement, l'on prétend que c'est un établissement public qui répond le mieux aux besoins de Cherie Gronnerud et qu'elle n'aurait que faire des sommes qui lui reviendraient par suite d'un éventuel partage des biens. Même si le dossier permet de conclure que M^{me} Gronnerud, qui est âgée et gravement atteinte de la maladie d'Alzheimer, reçoit présentement tous les soins dont elle a besoin et qu'un établissement public répond mieux à ses besoins actuels que ne le pourrait un établissement privé coûteux, cet argument ne me semble absolument pas pertinent en soi. Le droit d'une personne au partage des biens matrimoniaux ne dépend pas de ses besoins. Le principal argument — le seul en fait selon moi — susceptible d'étayer la décision de la Cour d'appel est que le partage des biens matrimoniaux entraînerait probablement l'aliénation de la ferme familiale, contrairement aux vœux de M. et de M^{me} Gronnerud. En d'autres termes, il ne serait pas dans l'intérêt supérieur de M^{me} Gronnerud de poursuivre une instance qu'elle ne voudrait personnellement pas engager.

L'une des principales difficultés en l'espèce tient au fait que le dossier n'est pas très étoffé sur cette question cruciale. Pour déterminer quelle serait la volonté de M^{me} Gronnerud si elle était capable de l'exprimer, les seuls éléments dont nous disposons sont essentiellement son testament olographe datant d'il y a quelque 35 ans et l'absence d'indice d'un changement d'intention de sa part. La Cour d'appel n'ayant pas motivé sa décision, je ne saurais dire comment elle est arrivée à la conclusion que cela était suffisant pour trancher la question de savoir ce qui serait dans l'intérêt supérieur de M^{me} Gronnerud. Pour ma part, compte tenu encore une fois du dossier, je ne crois pas être en meilleure position que le curateur public pour en juger. De toute évidence, il est rarement dans l'intérêt supérieur d'une personne de renoncer à un droit légal de toucher une somme susceptible d'atteindre un demi-million de dollars. Je ne puis exclure qu'il s'agisse en l'espèce d'une situation aussi exceptionnelle. Cependant, un examen beaucoup

an equal division, of the family property could pass to Mrs. Gronnerud — and, eventually her estate — without the farm having to be sold (by taking out a mortgage for example). We are no better situated than the Public Trustee, in fact we are hampered by the limited record before us, to decide that it is in the best interests of Mrs. Gronnerud not to pursue what she seems to be entitled to. In the circumstances I think it would be far preferable to leave the decision as to whether an action for division of assets under *The Matrimonial Property Act* should proceed to those who are better placed to make that decision.

The Public Trustee gave assurances, in both written and oral argument before this Court, that it would conduct a thorough investigation into the best interests of Cherie Gronnerud before deciding whether to proceed with the action for a division of assets. I see no reason to doubt these assurances and would accordingly defer to the Public Trustee, whose relative expertise in handling such matters far outstrips that of this Court. Should the action proceed, it is also possible under the Act for a court to order an unequal division of the family property, should this be required to do justice to the unusual circumstances of this case. Given all this, I see no reason for this Court, following the Court of Appeal, to interfere prematurely with the usual legal process through which these controversies are settled. It is possible that the Public Trustee will conclude that it is not in Mrs. Gronnerud's best interests to pursue her claim for what is hers under that law, and that her best interests are adequately protected by the trust account in her husband's will, supplemented, if necessary, by a claim under *The Dependents' Relief Act*, S.S. 1996, c. D-25.01. I can see no reason to justify taking away that decision from the Public Trustee.

plus approfondi, auquel le curateur public est disposé et apte à procéder, devrait être effectué pour déterminer s'il s'agit bien d'une exception à la règle. Nous ignorons notamment s'il est possible qu'une partie, pas même nécessairement l'exacte moitié, des biens familiaux puisse être transmise à M^{me} Gronnerud — puis, un jour, à sa succession — sans qu'il soit nécessaire de vendre la ferme (en l'hypothéquant, par exemple). Nous ne sommes pas mieux placés que le curateur public, et le manque de preuve entrave en fait notre Cour, pour décider s'il est dans l'intérêt supérieur de M^{me} Gronnerud de ne pas chercher à obtenir ce à quoi elle semble avoir droit. Dans les circonstances, je crois qu'il serait de beaucoup préférable de laisser aux personnes qui sont les mieux placées pour en juger le soin de décider si l'instance en partage des biens devrait être poursuivie en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

Le curateur public a donné des assurances, tant par écrit que de vive voix devant notre Cour, selon lesquelles il procédera à un examen approfondi avant de décider s'il est dans l'intérêt supérieur de Cherie Gronnerud de poursuivre l'instance engagée en vue du partage des biens. Je ne vois aucun motif de mettre ces assurances en doute, de sorte que je m'en remettrais au curateur public, dont l'expérience en la matière est beaucoup plus grande que celle de notre Cour. Advenant la poursuite de l'instance, une cour pourrait par ailleurs, en vertu de la loi, ordonner le partage inégal des biens familiaux si la justice l'exige vu les circonstances inhabituelles de l'affaire. Pour tous les motifs qui précèdent, je ne vois pas pourquoi notre Cour ferait sienne la décision de la Cour d'appel de s'immiscer prématurément dans la procédure que prévoit la loi pour le règlement de telles questions litigieuses. Le curateur public pourrait conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de M^{me} Gronnerud de poursuivre l'instance engagée pour obtenir ce à quoi elle a légalement droit et que ses intérêts sont bien protégés par le compte en fiducie créé par le testament de son mari, sous réserve de la présentation, au besoin, d'une demande fondée sur la *Loi de 1996 sur l'aide aux personnes à charge*, L.S. 1996, ch. D-25.01. Il n'existe selon moi aucun motif pour lequel cette question ne devrait pas appartenir au curateur public.

51

I would accordingly allow this part of the appeal, and permit the action for division of assets under *The Matrimonial Property Act* to proceed at the discretion of the Public Trustee.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ and ARBOUR JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant Cherie Gronnerud, by her litigation guardians, Glenn Gronnerud and Judith Ann Farr: Richmond Nychuk, Regina.

Solicitors for the appellant the Public Trustee for Saskatchewan, as litigation guardian of Cherie Gronnerud: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir cette partie du pourvoi et d'autoriser la poursuite, au gré du curateur public, de l'instance en partage des biens engagée sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et ARBOUR sont dissidentes en partie.

Procureurs de l'appelante Cherie Gronnerud, représentée par ses tuteurs à l'instance, Glenn Gronnerud et Judith Ann Farr : Richmond Nychuk, Regina.

Procureurs de l'appelant, le curateur public de la Saskatchewan, en qualité de tuteur à l'instance de Cherie Gronnerud : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intimé : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Kenneth Roydon Hibbert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HIBBERT

Neutral citation: 2002 SCC 39.

File No.: 28021.

2001: October 10; 2002: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Identification — Alibi — Accused convicted of attempted murder — Trial judge erring in instructing jury that they could infer guilt from disbelieved alibi — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether Court of Appeal erred in finding no reversible error in trial judge's instructions on issue of identification — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A real estate agent was a victim of a brutal attack while she was holding an open house. In the course of touring the house, a man provided the victim with numerous personal details. The victim took the man into the garage. When she went to plug in a light, the man struck her from behind, beat her, and strangled her until she was unconscious. The Crown's case against the accused was based largely on circumstantial evidence and essentially rested on the victim's knowledge of the personal details of the accused's life; on the in-court identification of the accused by the victim and a neighbour who saw the assailant leaving the residence; on DNA evidence that linked both the accused and the victim to a cap found hanging in a tree on the assailant's escape route; and on various other pieces of circumstantial evidence that cumulatively point to the accused as the assailant. In his first trial, the accused was convicted of attempted murder by a jury, but the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In a second jury trial, the subject of this appeal, the accused was again convicted. He appealed that conviction, again alleging weaknesses

Kenneth Roydon Hibbert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. HIBBERT

Référence neutre : 2002 CSC 39.

N° du greffe : 28021.

2001 : 10 octobre; 2002 : 25 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Identification — Alibi — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Juge du procès commettant une erreur en informant le jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la juge du procès n'avait commis aucune erreur justifiant une annulation dans ses directives sur la question de l'identification? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Une agente immobilière a été agressée sauvagement pendant une visite libre qu'elle avait organisée. Pendant la visite de la maison, un homme a communiqué à la victime de nombreux détails personnels. La victime a emmené l'homme dans le garage. Elle s'apprêtait à brancher une lampe lorsque l'homme l'a frappée par derrière, l'a battue et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle perde conscience. La preuve à charge pesant contre l'accusé était en grande partie circonstancielle et résidait essentiellement dans la connaissance qu'avait la victime des détails de la vie personnelle de l'accusé, l'identification de l'accusé à l'audience par la victime et par une voisine qui avait vu l'agresseur quitter la résidence, une preuve génétique reliant l'accusé et la victime à une casquette trouvée accrochée à un arbre sur la route empruntée par l'agresseur pour s'enfuir, ainsi que divers autres éléments de preuve circonstancielle qui, cumulativement, indiquaient que l'accusé était l'agresseur. L'accusé a été déclaré coupable de tentative de meurtre par un jury à l'issue de son premier procès, mais la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un

in identification evidence and errors in the instructions to the jury about the evidence of identification. In addition, he alleged that the trial judge erred in telling the jury they could infer guilt from a disbelieved alibi when there was no extraneous evidence of fabrication or contrivance. The Crown conceded that the trial judge's instructions on alibi were in error but the Court of Appeal applied the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal.

Held (L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The trial judge's directions to the jury on identification evidence were not so deficient as to constitute an error of law. In the circumstances of this case, however, the trial judge should have cautioned the jury more strongly that the identification of the accused in court was highly problematic as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. It is important to remember that the danger associated with eyewitness in-court identification is that it is deceptively credible, largely because it is honest and sincere. The dramatic impact of the identification taking place in court, before the jury, can aggravate the distorted value that the jury may place on it. The instruction to the effect that such identification should be accorded "little weight" does not go far enough to displace the danger that the jury could still give it weight that it does not deserve. In this particular case, it would have been prudent to emphasize for the benefit of the jury the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness. Moreover, it should also have been stressed that the impact of the victim having seen the accused arrested by the police as her alleged assailant could not be undone. Nor could she be expected to divorce her previous recollection of her assailant from the mental image that she formed after having seen the accused on television.

The Crown properly conceded that the trial judge's instructions on alibi were in error in the absence of evidence that the accused was implicated in putting forward a fabricated alibi. The law with respect to the rejection of

nouveau procès. Lors d'un second procès, qui fait l'objet du présent pourvoi, l'accusé a de nouveau été déclaré coupable. Il a interjeté appel contre cette déclaration de culpabilité en alléguant encore une fois les faiblesses de la preuve d'identification et les erreurs commises dans les directives au jury portant sur la preuve d'identification. En outre, il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable, alors qu'il n'existait aucune preuve extrinsèque de fabrication ou d'invention récente. Le ministère public a reconnu que les directives de la juge du procès sur l'alibi étaient erronées, mais la Cour d'appel a appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et a rejeté l'appel.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Les directives que la juge du procès a données au jury sur la preuve d'identification n'étaient pas insuffisantes au point de constituer une erreur de droit. Dans les circonstances de la présente affaire, la juge du procès aurait dû prévenir de façon plus ferme le jury qu'il était très difficile de considérer l'identification de l'accusé à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Il importe de se rappeler que le danger que présente l'identification par témoin oculaire à l'audience est qu'elle donne l'illusion d'être crédible, surtout parce qu'elle est honnête et sincère. L'effet dramatique qu'a l'identification faite à l'audience en présence du jury peut augmenter la valeur dénaturée que le jury risque de lui accorder. La directive selon laquelle « peu de poids » doit être accordé à une telle identification n'est pas suffisante pour écarter le risque que le jury lui accorde un poids qu'elle ne mérite pas. Dans la présente affaire en particulier, il aurait été prudent d'insister, pour le bénéfice du jury, sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d'un témoin et l'exactitude de son témoignage est très ténu. En outre, on aurait également dû mettre l'accent sur l'impossibilité d'annuler l'effet qu'a eu sur la victime le fait d'avoir vu l'accusé être arrêté par la police à titre d'auteur présumé de l'agression qu'elle avait subie. De même, on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'elle puisse dissocier le souvenir antérieur qu'elle avait de son agresseur de l'image mentale qu'elle s'était formée après avoir vu l'accusé à la télévision.

Le ministère public a concédé à juste titre que les directives que la juge du procès avait données sur l'alibi étaient erronées en l'absence de preuve que l'accusé avait participé à la présentation d'un alibi fabriqué. L'état du

a defence of alibi may be summarized as follows. In the absence of evidence of concoction (deliberate fabrication) an alibi that is disbelieved has no evidentiary value. A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury. It is the attempt to deceive, and not the failed alibi, that supports an inference of consciousness of guilt. In appropriate cases, for instance if there were multiple accused, the jury should be instructed that the fabricated alibi may be used to place the accused at the scene of the crime, but may fall short of directly implicating him in its commission. When there is evidence that an alibi was fabricated, at the instigation or with the knowledge and approval of the accused, that evidence may be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt. In cases where such an inference is available, the jury should be instructed that it may, not must, be drawn. A fabricated alibi is not conclusive evidence of guilt.

The curative proviso cannot be used to overcome the erroneous instructions on the defence of alibi in this case. The error was not a trivial error nor one that would be unlikely to have had any effect on the verdict. The trial judge's erroneous instructions implied that the jury could find evidence of concoction allowing them to infer that the accused was guilty. This is a serious error that provided the jury with a direct route to guilt. Despite the circumstantial evidence that points to the accused, it cannot be confidently said that a conviction is a foregone conclusion in the sense that any other reasonable jury would inevitably convict.

Per L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. (dissenting): The trial judge's directions to the jury on identification evidence did not constitute an error of law. Moreover, her warning in this regard was adequate. The trial judge's direction to the jury pointed out the general and specific problems with the identification evidence while at the same time respecting the role of the jury to weigh the evidence that was properly before it. With regard to the in-court identification of the accused, the trial judge clearly explained to the jury the possibility that the witnesses recognized the accused from their memory of the photographic line-up or newscast rather than from the scene of the crime. She instructed the jury that for

droit en ce qui concerne le rejet d'un alibi invoqué comme moyen de défense peut être résumé ainsi. En l'absence d'une preuve d'invention (fabrication délibérée), l'alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante. Un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'est pas suffisant pour étayer une conclusion d'invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d'autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l'alibi a été fabriqué délibérément et que l'accusé a participé à cette tentative d'induire le jury en erreur. C'est la tentative d'induire en erreur, et non le rejet de l'alibi, qui justifie une inférence de conscience de culpabilité. Dans les cas où cela est indiqué, notamment lorsqu'il y a plusieurs accusés, le jury devrait être informé que l'alibi fabriqué peut être utilisé pour situer l'accusé sur les lieux du crime, mais qu'il se peut qu'il ne permette pas de l'impliquer directement dans la perpétration du crime. Lorsqu'il existe une preuve qu'un alibi a été fabriqué, à l'instigation de l'accusé ou à sa connaissance et avec son approbation, cette preuve peut être utilisée par le jury pour étayer une inférence de conscience de culpabilité. Dans les cas où une telle inférence est possible, le jury devrait être informé qu'il peut, et non qu'il doit, la faire. Un alibi fabriqué n'est pas une preuve concluante de culpabilité.

On ne saurait recourir à la disposition réparatrice pour faire abstraction des directives erronées qui ont été données, en l'espèce, au sujet du moyen de défense fondé sur un alibi. Il ne s'agissait pas d'une erreur négligeable ni d'une erreur qui n'aurait vraisemblablement eu aucune incidence sur le verdict. Les directives erronées de la juge du procès laissaient entendre que le jury pouvait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication lui permettant d'inférer que l'accusé était coupable. Il s'agit là d'une erreur grave qui a ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité. Malgré la preuve circonstancielle qui tend à prouver la culpabilité de l'accusé, on ne peut pas dire en toute confiance qu'une déclaration de culpabilité est inéluctable en ce sens que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité.

Les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache (dissidents) : Les directives que la juge du procès a données au jury relativement à la preuve d'identification ne constituent pas une erreur de droit. De plus, la mise en garde qu'elle a formulée à cet égard est suffisante. Dans la directive qu'elle a donnée au jury, la juge du procès a fait ressortir les problèmes généraux et spécifiques que pose la preuve d'identification tout en respectant le rôle du jury qui était de soupeser la preuve dont il était saisi à bon droit. En ce qui concerne l'identification de l'accusé à l'audience, la juge du procès a clairement expliqué au jury qu'il se pouvait que les témoins aient reconnu l'accusé en fonction du souvenir qu'ils avaient des photos qui leur avaient

this reason the in-court identification was entitled to little weight. This instruction was appropriate because it pointed out to the jury the weaknesses associated with the evidence without encroaching on the jury's essential function as the trier of fact. Whether the victim was able to identify the accused as her assailant, or whether she was merely identifying him as the man she saw being arrested and at previous hearings, was ultimately a question for the jury to answer.

The question to be asked when considering the application of the proviso is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. In answering this question, the strength of the Crown's case, otherwise stated as "the legally admissible evidence untainted by the error", is one factor to be considered, along with the seriousness of the error in question and the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process. The Crown's case was a strong one. More importantly, the trial judge mitigated the seriousness of the error contained in the then standard jury instructions by tailoring the instruction to the particular circumstances of the case. The trial judge instructed the jury that they could draw an inference of guilt if they concluded that the alibi put forward by the accused was false and was put forward to deceive them, an instruction that was erroneous in the absence of independent evidence of fabrication or concoction. She nevertheless went on to remind the jury that the Crown did not suggest concoction or fabrication. The trial judge in effect neutralized the impact of the error by immediately withdrawing it from the jury's consideration. When the error in the trial judge's instructions on alibi is considered in the context of the charge as a whole and against the background of the entire trial, it is evident that there was no reasonable possibility that the error would have impacted upon the reasoning process of the jury. Given the trial judge's charge in its entirety and the circumstances of this particular case, the danger of a miscarriage of justice arising from the trial judge's misdirection on alibi was more theoretical than real. The test for the application of the proviso is not whether it is in theory possible that the verdict would have been different had the error not been made, but rather whether there is a reasonable possibility that the verdict would have been different taking into account the background of the whole trial. Applying the proviso in the circumstances of this trial even though it was not applied in the first trial creates no inconsistency. Having determined that there was no real possibility that the error in question affected the reasoning process of the jury, it is

été montrées ou du bulletin d'information, au lieu de le reconnaître en fonction du souvenir qu'ils avaient de la personne qu'ils avaient aperçue sur les lieux du crime. Elle a dit au jury que, pour cette raison, il fallait accorder peu de poids à l'identification faite à l'audience. Cette directive était appropriée étant donné qu'elle signalait au jury les faiblesses liées à cette preuve sans empiéter sur la fonction essentielle de ce dernier qui est d'agir comme juge des faits. La question de savoir si la victime était capable d'identifier l'accusé comme étant son agresseur, ou si elle l'a simplement identifié comme étant l'homme qu'elle a vu en état d'arrestation et lors des audiences précédentes, est une question qu'il appartient au jury de trancher en définitive.

Pour décider si la disposition réparatrice s'applique, il faut se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. Pour répondre à cette question, la force probante de la preuve du ministère public, c'est-à-dire « la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur », n'est qu'un des facteurs à considérer au même titre que la gravité de l'erreur en question et l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury. La preuve du ministère public était concluante. Qui plus est, le juge du procès a atténué la gravité de l'erreur contenue dans les directives qui étaient alors habituellement données au jury en adaptant la directive aux circonstances particulières de l'affaire. Le juge du procès a informé le jury qu'il pouvait inférer que l'accusé était coupable s'il concluait que l'alibi invoqué par ce dernier était faux et qu'il avait été présenté dans le but de l'induire en erreur; pareille directive était erronée en l'absence d'une preuve indépendante de fabrication ou d'invention. Elle a néanmoins rappelé au jury que le ministère public ne laissait pas entendre qu'il y avait eu invention ou fabrication. En réalité, le juge du procès a neutralisé l'effet de l'erreur en soustrayant aussitôt la directive en cause à l'appréciation du jury. Lorsqu'on examine l'erreur qu'elle a commise dans les directives sur l'alibi en fonction de l'ensemble de l'exposé et du procès, il est évident qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que cette erreur ait influé sur le raisonnement du jury. Vu l'ensemble de l'exposé de la juge du procès et les circonstances particulières de la présente affaire, le risque d'erreur judiciaire résultant de sa directive erronée sur l'alibi était plus théorique que réel. Le critère d'application de la disposition réparatrice est de savoir non pas s'il est théoriquement possible que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur, mais plutôt s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent compte tenu de l'ensemble du procès. Appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances du présent procès, même si elle ne l'a pas été lors du premier procès, n'a rien de contradictoire. Après avoir conclu à l'absence de possibilité réelle que l'erreur en

only logical to conclude that the accused was convicted because the evidence against him was overwhelming.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *R. v. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44; *R. v. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240, leave to appeal dismissed, [1999] 1 S.C.R. xii; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458; *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

By Bastarache J. (dissenting)

Mezzo v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *Canning v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 991; *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf updated November 1993).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 134 B.C.A.C. 281, [2000] B.C.J. No. 392 (QL), 2000 BCCA 144,

question ait influencé le raisonnement du jury, il n'est que logique de conclure que l'accusé a été déclaré coupable parce que la preuve pesant contre lui était accablante.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés : *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *R. c. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44; *R. c. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xii; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458; *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Mezzo c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *Canning c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 991; *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417; *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf updated November 1993).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 134 B.C.A.C. 281, [2000] B.C.J. No. 392 (QL), 2000 BCCA 144,

dismissing the accused's appeal from his conviction for attempted murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. dissenting.

J. M. Peter Firestone and Catherine Tyhurst, for the appellant.

Kate Ker, for the respondent.

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

ARBOUR J. —

I. Introduction

1 The appellant appeals his conviction by a jury on a charge of attempted murder. The principal issue in this appeal is the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the "proviso"). The Crown concedes that the trial judge erred in her instructions to the jury on the defence of alibi. The question is whether that error, in itself, or combined with other errors alleged by the defence, necessitates a new trial, or whether, as the Court of Appeal found, the Crown's case was so strong that the jury would inevitably have convicted had the error not been made.

2 In my view, s. 686(1)(b)(iii) cannot be applied in this case to preserve the conviction and the verdict of the jury must be set aside. As is common in these types of cases, the evidence must be reviewed in some detail in order to assess the nature and likely impact of the errors in the charge.

II. Overview

3 On October 24, 1993, Janet McLeod, a real estate agent, was a victim of a brutal attack while she was holding an open house at 151 Campbell Street in Duncan, British Columbia. A man she described as

qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache sont dissidents.

J. M. Peter Firestone et Catherine Tyhurst, pour l'appellant.

Kate Ker, pour l'intimée.

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

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

L'appellant se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre prononcée par un jury. La principale question qui se pose en l'espèce concerne l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (la « disposition réparatrice »). Le ministère public reconnaît que la juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury concernant le moyen de défense fondé sur un alibi. Il s'agit de savoir si cette erreur, en soi ou combinée à d'autres erreurs alléguées par la défense, nécessite la tenue d'un nouveau procès, ou si, comme l'a conclu la Cour d'appel, la preuve du ministère public était à ce point concluante que le jury aurait inévitablement prononcé un verdict de culpabilité en l'absence de l'erreur en cause.

À mon avis, on ne peut pas en l'espèce avoir recours au sous-al. 686(1)(b)(iii) pour maintenir la déclaration de culpabilité et le verdict du jury doit être annulé. Comme c'est généralement le cas dans ce type d'affaires, il faut procéder à un examen assez détaillé de la preuve pour déterminer la nature des erreurs contenues dans l'exposé au jury et en évaluer l'incidence probable.

II. Synthèse

Le 24 octobre 1993, Janet McLeod, une agente immobilière, a été agressée sauvagement pendant une visite libre qu'elle avait organisée au 151, rue Campbell, à Duncan (Colombie-Britannique). Un

wearing a felt-type English driving hat (described in other evidence as an "Andy Capp" style hat) arrived by himself to visit the house at approximately 3:00 p.m. In the course of touring the house, the man provided Mrs. McLeod with numerous personal details, including that he lived nearby on Trunk Road with his wife and two daughters aged 13 to 15, that he had moved to Duncan from Ontario, and that he was waiting for a military pension to be issued. Mrs. McLeod took the man into the garage to explain how it could be converted into an extra bedroom. When she went to plug in a light, the man struck her from behind, beat her, and strangled her until she was unconscious. Mrs. McLeod was severely beaten with a blunt object swung with tremendous force. The evidence suggested that after the beating, the assailant left the garage to clean himself in the house, and then returned and tied an electrical cord around her neck. She was found in a pool of blood by neighbours who heard the commotion. The attack was vicious and Mrs. McLeod's injuries were life threatening.

The appellant, Mr. Hibbert, was interviewed by the police on the morning of November 3, 1993. He was arrested that same day and a warrant to search his residence was executed. He was released and then arrested a second time on December 14, 1993. He has been in custody since that time.

On December 20, 1994, Mr. Hibbert was convicted of attempted murder by a jury in a trial presided by Hutchison J. of the Supreme Court of British Columbia. Mr. Hibbert appealed the conviction on the grounds that the trial judge failed to charge the jury properly on weaknesses in the identification evidence and on the significance of the alibi evidence. The appeal was allowed, and the British Columbia Court of Appeal declined to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to cure the error. The court set aside the conviction and ordered a new trial.

homme coiffé, selon elle, d'une casquette de feutre de type anglais (décrite dans un autre témoignage comme une casquette de style « Andy Capp ») est arrivé seul vers 15 h pour visiter la maison. Pendant la visite de la maison, l'homme a communiqué à M^{me} McLeod de nombreux détails personnels. Il lui a notamment confié qu'il habitait tout près, sur le chemin Trunk, avec sa femme et ses deux filles âgées de 13 et 15 ans, qu'il avait quitté l'Ontario pour déménager à Duncan et qu'il allait toucher une pension de service militaire. Madame McLeod a emmené l'homme dans le garage pour lui expliquer comment il pouvait être converti en chambre à coucher supplémentaire. Elle s'apprêtait à brancher une lampe lorsque l'homme l'a frappée par derrière, l'a battue et l'a étranglée jusqu'à ce qu'elle perde conscience. Madame McLeod a été sauvagement et très violemment battue au moyen d'un objet contondant. La preuve indique qu'après avoir battu la victime l'agresseur est sorti du garage pour aller se laver dans la maison et qu'il est ensuite revenu enrouler un cordon électrique autour du cou de la victime. Les voisins, alertés par le bruit, ont trouvé cette dernière gisant dans une mare de sang. L'agression a été d'une rare violence et les blessures subies par M^{me} McLeod ont fait craindre pour sa vie.

L'appelant, M. Hibbert, a été interrogé par la police dans la matinée du 3 novembre 1993. Il a été arrêté le même jour et un mandat de perquisition a été exécuté à sa résidence. Il a été libéré puis arrêté de nouveau le 14 décembre 1993. Il est détenu depuis cette date.

Le 20 décembre 1994, M. Hibbert a été déclaré coupable de tentative de meurtre par un jury à l'issue d'un procès présidé par le juge Hutchison de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Monsieur Hibbert en a appelé de cette déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes sur les faiblesses de la preuve d'identification et l'importance de la preuve d'alibi. L'appel a été accueilli et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour remédier à l'erreur. La cour a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

4

5

6

In a second jury trial before Dorgan J. in March of 1997, Mr. Hibbert was again convicted. He appealed that conviction, again alleging weaknesses in identification evidence and errors in the instructions to the jury about the evidence of identification. In addition, he alleged that the trial judge erred in telling the jury they could infer guilt from a disbelieved alibi when there was no extraneous evidence of fabrication or contrivance. The Crown conceded that the trial judge's instructions on the latter point were in error but the Court of Appeal applied the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) and dismissed the appeal: (2000), 134 B.C.A.C. 281, 2000 BCCA 144. Mr. Hibbert appeals that decision to this Court on the grounds that the Court of Appeal erred in failing to find a reversible error in the trial judge's charge to the jury on identification, and, having found that there was an error in the alibi jury instruction, in deciding to apply the curative proviso.

III. The Evidence

7

The Crown's case was largely based on circumstantial evidence. No motive was ever advanced for this unprovoked and sudden attack. In essence, the strength of the Crown's case rested on the victim's knowledge of the personal details of the appellant's life; on the in-court identification of the appellant by Mrs. McLeod and a neighbour who saw the assailant leaving the residence; on DNA evidence that linked both the appellant and the victim to a cap found hanging in a tree on the assailant's escape route; and on various other pieces of circumstantial evidence that cumulatively point to the appellant as the assailant. However, Mr. Hibbert put forward explanations, some stronger than others, for each piece of evidence presented by the Crown. I will now review this evidence in more detail.

Lors d'un second procès présidé par la juge Dorgan en mars 1997, M. Hibbert a de nouveau été déclaré coupable. Il a interjeté appel contre cette déclaration de culpabilité en alléguant encore une fois les faiblesses de la preuve d'identification et les erreurs commises dans les directives au jury portant sur la preuve d'identification. En outre, il a soutenu que la juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable, alors qu'il n'existait aucune preuve extrinsèque de fabrication ou d'invention récente. Le ministère public a reconnu que les directives de la juge du procès sur ce dernier point étaient erronées, mais la Cour d'appel a appliqué la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et a rejeté l'appel : (2000), 134 B.C.A.C. 281, 2000 BCCA 144. Monsieur Hibbert en appelle de cette décision devant la Cour en faisant valoir que la Cour d'appel s'est trompée en ne concluant pas que la juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation de sa condamnation dans son exposé au jury relativement à l'identification et, après avoir statué que la directive au jury concernant l'alibi était entachée d'une erreur, en décidant d'appliquer la disposition réparatrice.

III. La preuve

La preuve du ministère public était en grande partie circonstancielle. Aucun mobile n'a jamais été avancé pour expliquer cette agression gratuite et soudaine. Essentiellement, la force probante de la preuve du ministère public résidait dans la connaissance qu'avait la victime des détails de la vie personnelle de l'appelant, l'identification de l'appelant à l'audience par M^{me} McLeod et par une voisine qui avait vu l'agresseur quitter la résidence, une preuve génétique reliant l'appelant et la victime à une casquette trouvée accrochée à un arbre sur la route empruntée par l'agresseur pour s'enfuir, ainsi que divers autres éléments de preuve circonstancielle qui, cumulativement, indiquaient que l'appelant était l'agresseur. Toutefois, M. Hibbert a présenté des explications, certaines plus solides que d'autres, au sujet de chaque élément de preuve présenté par le ministère public. J'examinerai maintenant plus en détail ces éléments de preuve.

A. *Identification Evidence*(1) The Victim — Janet McLeod

Mrs. McLeod could barely speak when she arrived at the hospital on the afternoon of October 24th. She related a description of the man who assaulted her and the personal details he shared with her to the attending doctor. A nurse in attendance recorded her description on the hospital record. The description was of a 55-year-old male, five feet eight inches tall, 180 pounds, with grey hair and a grey sweater who told Mrs. McLeod that he had a wife, two girls, lived on or near Trunk Road, came from Ontario, and had a military background. Mrs. McLeod also provided a physical description of her assailant to a constable who came to see her in the treatment room on the afternoon of October 24, 1993. She described her assailant as a 55-year-old Caucasian male without an accent, five feet eight inches tall, 180 pounds with grey hair, bushy eyebrows with some grey in them, a brown felt-type English driving hat, brown sweater with possibly a white shirt underneath, and dark brown pants. Mrs. McLeod also gave a physical description to another constable on October 28, 1993 describing the assailant as a male 55 years or older, five feet eight inches tall, stocky build, round face, wearing a brown "Andy Capp" style hat, large hands and fingers, brown jacket or sweater, with no recollection of whether he had an accent. On October 31, 1993, soon after the bandages were removed from her eyes, Mrs. McLeod and a police sketch artist prepared a composite sketch. She rated the composite a 6 or 7 out of 10 for accuracy.

On November 4, 1993, while still in hospital, Mrs. McLeod was shown an eight-person photo line-up which included the appellant. Mr. Hibbert's photograph was number 7. Mrs. McLeod did not positively identify anyone and she wrote nothing on her ballot sheet. While viewing the line up,

A. *La preuve d'identification*(1) La victime — Janet McLeod

Madame McLeod pouvait à peine parler à son arrivée à l'hôpital au cours de l'après-midi du 24 octobre. Elle a décrit au médecin traitant l'homme qui l'avait agressée et lui a relaté les détails personnels qu'il lui avait communiqués. Une infirmière en service a consigné, dans le dossier d'hospitalisation, la description donnée par la victime. Madame McLeod a décrit l'agresseur comme étant un homme de 55 ans mesurant cinq pieds et huit pouces, pesant 180 livres, ayant les cheveux gris et portant un chandail gris, qui lui a dit qu'il avait une femme et deux filles, qu'il habitait sur le chemin Trunk ou près de là, qu'il venait de l'Ontario et qu'il avait fait carrière dans l'armée. Madame McLeod a également donné une description physique de son agresseur à un policier venu la rencontrer dans la salle de traitement au cours de l'après-midi du 24 octobre 1993. Elle a alors décrit son agresseur comme étant un homme de race blanche âgé de 55 ans, sans accent, mesurant cinq pieds et huit pouces, pesant 180 livres, ayant les cheveux gris et les sourcils épais grisonnants, portant une casquette de feutre brun de type anglais, un chandail brun et peut-être une chemise blanche en dessous, et des pantalons brun foncé. Madame McLeod a aussi donné une description physique de son agresseur à un autre policier le 28 octobre 1993, elle l'a alors décrit comme étant un homme de 55 ans ou plus, mesurant cinq pieds et huit pouces, trapu, ayant le visage rond, de grosses mains et de gros doigts, et portant une casquette brune de style « Andy Capp » ainsi qu'un blouson ou un chandail brun; toutefois, elle ne se rappelait pas s'il avait un accent. Le 31 octobre 1993, peu après qu'on lui eut retiré ses pansements aux yeux, M^{me} McLeod et un dessinateur de la police ont préparé un portrait-robot. Elle a accordé une note de 6 ou 7 sur 10 pour la ressemblance du portrait-robot.

Le 4 novembre 1993, on a montré à M^{me} McLeod une série de huit photos dont celle de l'appelant, à des fins d'identification, alors qu'elle était encore hospitalisée. La photo de M. Hibbert portait le numéro 7. Madame McLeod n'a identifié personne formellement et n'a rien écrit sur sa fiche

she expressed that she thought that she had seen the person in picture number 7 before, and said "I feel like I've had a conversation with him". She also indicated that it might not have been on the day of the attack, and could have been some time before. On the day of the photo line-up, Mrs. McLeod was tired, in a great deal of pain, and under the effects of morphine.

10 At the time of Mr. Hibbert's second arrest on December 14, 1993, a local news station showed footage of him being escorted by sheriffs into the courthouse in handcuffs.

11 After being alerted by a television news station that there was an arrest in her case, Mrs. McLeod and her husband watched the early evening television news footage which showed Mr. Hibbert at the courthouse in police custody. Mrs. McLeod asked her husband to tape the nightly news segment with the same footage. The next morning they watched the tape together and freeze-framed and studied the shot of Mr. Hibbert under arrest. That same morning, one of the police constables on the case called the McLeods to update them on the status of the case and learned they had seen and taped a news film clip of the arrest. Mrs. McLeod told him they had "got the right man". The constable came to the McLeods' house and watched the tape with them. He then seized the tape.

12 Mrs. McLeod identified Mr. Hibbert in court, both at the preliminary hearing and at the first trial, as her assailant. At the second trial, she was asked if she was able to recognize the man who assaulted her as being a person in the courtroom. Crown counsel added: "It's important for the jury to know, Mrs. McLeod, whether or not you are able to identify your attacker and not someone that you have seen subsequently, do you understand?" Mrs. McLeod identified the appellant.

d'identification. Pendant qu'elle examinait la série de photos, elle a dit qu'elle pensait avoir déjà vu la personne figurant sur la septième photo, ajoutant qu'elle avait [TRADUCTION] « l'impression d'avoir déjà eu une conversation avec lui ». Elle a ajouté qu'il se pouvait que cette conversation ait eu lieu non pas le jour de l'agression, mais quelque temps auparavant. Le jour où elle a participé à cette séance d'identification, M^{me} McLeod était fatiguée, très souffrante et sous l'effet de la morphine.

Au moment de la seconde arrestation de M. Hibbert le 14 décembre 1993, une station de nouvelles locales a diffusé des séquences le montrant alors qu'il faisait son entrée au palais de justice, escorté par des shérifs et menotté.

Informés par une station de nouvelles télévisées qu'on avait procédé à une arrestation relativement à son dossier, M^{me} McLeod et son mari ont regardé au téléjournal de début de soirée des séquences montrant M. Hibbert au palais de justice sous garde policière. Madame McLeod a demandé à son mari d'enregistrer le segment du téléjournal de fin de soirée montrant les mêmes séquences. Le lendemain matin, ils ont visionné l'enregistrement ensemble et ils ont arrêté l'image sur M. Hibbert en état d'arrestation pour l'examiner. Ce matin-là, l'un des policiers affectés à l'affaire a téléphoné aux McLeod pour les informer de l'état du dossier et a appris que ceux-ci avaient vu et enregistré une séquence filmée de l'arrestation. Madame McLeod lui a dit qu'ils avaient [TRADUCTION] « arrêté la bonne personne ». Le policier s'est rendu chez les McLeod et a visionné l'enregistrement avec eux. Il a ensuite saisi la bande.

Madame McLeod a identifié M. Hibbert à l'audience, tant à l'enquête préliminaire qu'au premier procès, comme étant son agresseur. Lors du second procès, on lui a demandé si elle était capable de reconnaître l'homme qui l'avait agressée parmi les gens se trouvant dans la salle d'audience. L'avocat du ministère public a ajouté : [TRADUCTION] « Il est important que le jury sache, M^{me} McLeod, si vous êtes ou non en mesure d'identifier votre agresseur, et non pas quelqu'un que vous avez vu par la suite, vous comprenez? » Madame McLeod a identifié l'appelant.

(2) Witness — Carol Baker

Carol Baker lived immediately next door to the open house residence that was the site of the attack. At approximately 3:00 p.m., while outside, she heard a voice calling for help from the direction of the open house and what sounded like thumping on the garage door. She went inside her own house to investigate further by looking from her house window into the garage window at 151 Campbell. She made eye contact with a man in the garage. She testified that he “stared her down”. He went out of sight but she saw him again through the window shortly after. That afternoon, Mrs. Baker provided police with a description of the man she saw, describing him as between five feet eight and five feet ten inches tall, white skinned, approximately fifty-ish years old, of medium build, and wearing a tan “tam-like” hat. Mrs. Baker subsequently referred to the hat as an “Andy Capp” hat after the police officer she was talking to described it as an “Andy Capp” hat. On cross-examination, Mrs. Baker admitted that her estimate of the man’s height was a wild guess since she saw only a portion of his body through the windows.

The day after the attack, Mrs. Baker worked with a police sketch artist (a different artist than the one who subsequently worked with Mrs. McLeod) on a head-on and profile composite drawing of the assailant. She assessed the composite sketches as, at best, a 5 out of 10 for accuracy of likeness to the man she saw.

On November 4, 1993, Carol Baker was shown the same eight-person photo line-up as Janet McLeod. She noted on the ballot that the appellant’s photograph resembled the person she saw but she could not be positive. While at the photo line-up, Mrs. Baker was asked, “if you saw the person do you think you would be able to recognize him for sure, I mean if you saw a photograph similar to these

(2) Témoïn — Carol Baker

Carol Baker habitait la maison voisine de celle où avait lieu la visite libre et où est survenue l’agression. Vers 15 h, alors qu’elle était à l’extérieur, elle a entendu un appel à l’aide provenant de la maison où avait lieu la visite libre, de même que ce qui lui a semblé être des coups sur la porte du garage. Afin d’en savoir davantage, elle est entrée chez elle pour regarder par la fenêtre de sa maison dans la fenêtre du garage du 151, rue Campbell. Son regard a croisé celui d’un homme se trouvant dans le garage. Elle a témoigné que cet homme [TRADUCTION] « l’avait dévisagée ». Elle l’a perdu de vue, mais il est réapparu à la fenêtre peu après. Ce même après-midi, M^{me} Baker a fourni à la police une description de l’homme qu’elle avait vu, précisant qu’il mesurait entre cinq pieds et huit pouces et cinq pieds et dix pouces, qu’il était de race blanche, qu’il était âgé d’une cinquantaine d’années, qu’il était de carrure moyenne et qu’il portait un [TRADUCTION] « genre de bérêt » de couleur brun clair. Madame Baker a par la suite parlé de la casquette comme étant de style « Andy Capp » après que le policier avec qui elle s’entretenait l’eût décrite de cette façon. Pendant son contre-interrogatoire, M^{me} Baker a reconnu que son estimation de la taille de l’homme était très approximative puisqu’elle n’avait vu qu’une partie de son corps par la fenêtre.

Le lendemain de l’attaque, M^{me} Baker a travaillé avec un dessinateur de la police (autre que celui avec qui M^{me} McLeod a travaillé subséquemment) à dresser un portrait-robot de l’agresseur, le montrant de face et de profil. Elle a estimé que les portraits-robots méritaient, au plus, une note de 5 sur 10 sur le plan de la ressemblance avec l’homme qu’elle avait vu.

Le 4 novembre 1993, on a présenté à Carol Baker la même série de huit photos que celle montrée à Janet McLeod. Sur la fiche d’identification, elle a noté que la photo de l’appelant ressemblait à l’homme qu’elle avait vu, mais qu’elle était incapable d’affirmer catégoriquement que c’était bien lui. Au moment de la séance d’identification, on lui a posé la question suivante : [TRADUCTION] « si vous

13

14

15

of the person, would you be able to recognize him?” She replied: “I don’t know if I could or not, I might be able to.”

16 Mrs. Baker also saw the news footage of Mr. Hibbert in handcuffs at the time of his arrest. She positively identified him at the preliminary inquiry, and at the first trial, as the man she saw on the day of the attack. As with Janet McLeod, at the second trial she was specifically asked if she recognized the person she saw that day not as someone she had seen in photographs, on television news, or at any other time, but as the man she saw on the day of the attack. Mrs. Baker stated she recognized the appellant, “I recognize him in the box”.

(3) Witness — Heather Visscher

17 Heather Visscher was walking with her parents along a dyke close to the open house and noted a man, walking a street width away, who she thought was out of place because he seemed “less friendly” than other walkers that day. At one point, the man passed ten feet from her and turned onto Trunk Road. She described the man as being in his fifties, approximately five feet ten inches or five feet eleven inches tall with a broad face, a “good head” of black and greying hair, and bushy eyebrows. She did not recall him as having eyeglasses or any head gear but did state his clothes were wet, consistent with him sweating, and that he had a jacket tied around his waist. She was not certain of the time but set it between 2:30 and 3:30 p.m.

18 When shown the photo line-up, she marked the appellant’s photograph on her ballot as the best likeness of the man and wrote in the comment section:

étiez en présence de la personne, penseriez-vous être capable de la reconnaître avec certitude, c’est-à-dire si vous voyiez une photo semblable à celles-ci, seriez-vous capable de la reconnaître? » Elle a répondu : [TRADUCTION] « Je ne sais pas si je pourrais le faire ou non, il se pourrait que je sois capable de la reconnaître. »

Madame Baker a également visionné les séquences présentées au téléjournal et montrant M. Hibbert menotté au moment de son arrestation. Elle l’a identifié formellement lors de l’enquête préliminaire et du premier procès comme étant l’homme qu’elle avait aperçu le jour de l’agression. Comme dans le cas de Janet McLeod, lors du second procès, on a demandé à M^{me} Baker si elle reconnaissait la personne qu’elle avait vue ce jour-là, non pas comme étant quelqu’un qu’elle avait vu sur des photos, au téléjournal ou à tout autre moment, mais comme étant bien l’homme qu’elle avait vu le jour de l’agression. Madame Baker a déclaré qu’elle reconnaissait l’appelant : [TRADUCTION] « Je le reconnais au banc des accusés. »

(3) Témoignage — Heather Visscher

Heather Visscher marchait en compagnie de ses parents le long d’une digue près de la maison où avait lieu la visite libre quand elle a remarqué un homme qui marchait à une distance d’une largeur de rue. Il ne lui a pas paru être à sa place parce qu’il avait l’air [TRADUCTION] « moins amical » que les autres marcheurs ce jour-là. À un moment donné, l’homme est passé à dix pieds d’elle et a emprunté le chemin Trunk. Elle l’a décrit comme étant dans la cinquantaine, mesurant environ cinq pieds et dix pouces ou cinq pieds et onze pouces et comme ayant un visage large, une épaisse chevelure poivre et sel et des sourcils épais. Elle ne se rappelait pas s’il portait des lunettes ou un couvre-chef, mais elle a dit que ses vêtements étaient trempés par ce qui pouvait être de la sueur et qu’il avait un blouson enroulé autour de la taille. Elle n’était pas certaine de l’heure qu’il était, mais elle a estimé qu’il devait être entre 14 h 30 et 15 h 30.

Lors de la séance d’identification à l’aide de photos, elle a coché la photo de l’appelant sur sa fiche d’identification comme étant celle qui

“I came to this conclusion by process of elimination. I am not 100% sure that this is the man I saw, but he most closely resembles the picture I have in my mind of the man I saw that day. The complexion & eyebrows & general shape of his face was what made me think it was him.”

At the trial, Ms. Visscher was asked if she thought she would be able to recognize the man she saw on the dyke that day if she saw him again. She responded that she thought so. When asked if she could identify anyone in the courtroom as the man she saw that day she responded that she could not. When defence counsel pointed to Mr. Hibbert in the prisoner’s dock and asked her if that was the person she saw when she was on the dyke, she stated, “I don’t really think so.”

(4) Witness — Bobby Johnson

Bobby Johnson lived at 147 Campbell Street and was working on his truck in his driveway when he saw a man running from the vicinity of the open house holding something up against his stomach. He then saw the man jump over a fence. He described the man as six feet tall, 170 to 180 pounds, greyish hair, wearing a tan short-sleeved dress shirt and grey dress pants with reddening on the back of the calves. He put the time at 1:00 to 1:30 p.m. He was not, however, wearing a watch. He could not make an identification at trial.

(5) Position of the Defence on Identification Evidence

It was the position of the defence, largely accepted by the courts below, that the identification evidence had very little probative value because it had been contaminated by the news broadcast, but also because of the unreliability of this kind of evidence in general.

ressemblait le plus à l’homme en question et elle a inscrit dans la section réservée aux commentaires : [TRADUCTION] « J’en suis venue à cette conclusion en procédant par élimination. Je ne suis pas tout à fait certaine qu’il s’agit de l’homme que j’ai vu, mais c’est celui qui ressemble le plus à l’image que j’ai de l’homme que j’ai aperçu ce jour-là. Le teint, les sourcils et la forme générale de son visage m’amènent à croire que c’est lui. »

Lors du procès, on a demandé à M^{lle} Visscher si elle pensait être capable de reconnaître l’homme qu’elle avait vu sur la digue ce jour-là si elle le revoyait. Elle a répondu par l’affirmative. Lorsqu’on lui a demandé si elle pouvait identifier l’homme qu’elle a vu ce jour-là parmi les gens se trouvant dans la salle d’audience, elle a répondu par la négative. Lorsque l’avocat de la défense a montré du doigt M. Hibbert au banc des accusés et qu’il lui a demandé s’il s’agissait de la personne qu’elle avait vue lorsqu’elle était sur la digue, elle a dit : [TRADUCTION] « Je ne le crois pas vraiment. »

(4) Témoignage — Bobby Johnson

Bobby Johnson habitait au 147, rue Campbell, et réparait son camion dans l’entrée lorsqu’il a vu un homme qui tenait quelque chose contre son abdomen arriver en courant des alentours de la maison où avait lieu la visite libre. Il l’a vu sauter une clôture. Selon la description qu’il en a donnée, l’homme mesurait six pieds, pesait entre 170 et 180 livres, avait les cheveux grisonnants, portait une chemise à manches courtes de couleur brun clair et des pantalons de ville gris avec des taches rouges à la hauteur des mollets. Selon lui, il était entre 13 h et 13 h 30. Il ne portait toutefois pas de montre. Il a été incapable d’identifier l’homme en question lors du procès.

(5) Position de la défense concernant la preuve d’identification

Suivant la position adoptée par la défense et largement acceptée par les tribunaux d’instance inférieure, la preuve d’identification avait une valeur probante très faible parce qu’elle avait été altérée par les journaux télévisés, mais aussi à cause de la non-fiabilité de ce type de preuve en général.

19

20

21

22

The defence pointed out that Mr. Hibbert had a noticeable facial scar. No witness ever described a scar on the assailant's face. Defence counsel sought and got a re-charge by the trial judge reminding the jury that no one mentioned a scar in their descriptions. Furthermore, Mr. Hibbert testified that he regularly wore glasses. His wife testified that he wore them around 75 percent to 98 percent of the time. He was wearing glasses at the time of his arrest. The descriptions of Mrs. McLeod and Mrs. Baker did not mention glasses.

(6) Others Matching the Appellant's Description

23

Once the police had a composite picture, the picture was distributed widely to local newspapers and to local realtors. There were several dozen tip files created during the course of the investigation. Not one person called the police to say that the appellant matched the composite. Many of the tip files contained information from persons who identified an individual who looked like the composite, or who fit the description, and had just arrived from Ontario. In no case was the appellant identified. A defence witness testified that he had called the RCMP to say that the composite picture was a "dead ringer" for a man he had seen walking on the dyke five or six times over a period of six or seven months up to September 1993. He had conversed with the man who said he was on leave of absence from the dockyard, was with the fire department, and lived in Duncan close to the dyke. According to the witness, the RCMP constable who took his call "didn't put too much credence in what I was telling him because he said people can look at these composite pictures and see different faces there, and so it was pretty well left at that".

B. *Circumstantial Evidence*

24

The Crown's case rested on a combination of the identification evidence described above and various items of circumstantial evidence linking the appellant to the attack.

La défense a fait remarquer que M. Hibbert a une cicatrice apparente au visage. Aucun témoin n'a parlé d'une cicatrice sur le visage de l'agresseur. À la demande de l'avocat de la défense, la juge du procès a donné au jury de nouvelles directives lui rappelant qu'aucune des descriptions données ne faisait état d'une cicatrice. De plus, M. Hibbert a témoigné qu'il portait régulièrement des lunettes. Son épouse a affirmé qu'il les portait de 75 à 98 pour 100 du temps. Au moment de son arrestation, il portait des lunettes. Les descriptions données par M^{mes} McLeod et Baker ne font pas état de lunettes.

(6) Autres personnes dont le signalement correspondait à celui de l'appelant

Une fois que la police eut disposé d'un portrait-robot, elle en a distribué un grand nombre aux journaux et aux agences immobilières de l'endroit. Des douzaines de dossiers d'informations ont été ouverts au cours de l'enquête. Personne n'a appelé la police pour dire que l'appelant correspondait au portrait-robot. Bon nombre des dossiers d'informations contenaient des renseignements provenant de personnes ayant identifié un individu qui ressemblait au portrait-robot ou qui correspondait au signalement, et qui venait tout juste d'arriver de l'Ontario. Dans aucun cas l'appelant n'a été identifié. Un témoin de la défense a témoigné qu'il avait appelé la GRC pour dire que le portrait-robot correspondait en tous points à un homme qu'il avait vu marcher sur la digue à cinq ou six reprises au cours des six ou sept derniers mois ayant précédé septembre 1993. Il avait conversé avec l'homme et ce dernier lui avait dit qu'il était un employé en congé autorisé du chantier naval, qu'il travaillait au service des incendies et qu'il vivait à Duncan près de la digue. Selon le témoin, l'agent de la GRC ayant pris son appel [TRADUCTION] « n'a pas trop cru ce que je lui disais parce que, selon lui, les gens peuvent regarder ces portraits-robots et y voir des visages différents, on en est donc à peu près resté là ».

B. *La preuve circonstancielle*

La preuve du ministère public comprenait la preuve d'identification susmentionnée et divers éléments de preuve circonstancielle reliant l'appelant à l'agression.

(1) Personal Knowledge

The investigation which originally led the RCMP to the appellant was based on information that Mrs. McLeod said was communicated to her by her assailant just before the attack. She told the police that the man who attacked her had given her several specific personal details, including that he lived on Trunk Road, that he was retired from the military and waiting for a pension, that he had just moved from Ontario and that he had two daughters aged 13 to 15. At the time of the attack, all of these details were also true of the appellant.

However, Mrs. McLeod was asked in examination-in-chief whether she had ever met her assailant before the day of the attack. She said:

Um, excuse me, no, I hadn't seen him before, but he mentioned to me that he was from Ontario and waiting for his military pension to come in before he could buy something, and I kind of looked at him because I had spoken to this lady on the phone that was from Ontario with her family and they were waiting for some money to come the following year before they could purchase anything. So -- and then they came to an open house that I had. I had a little house open on Marchmount Road, and, um, I just -- when I heard this fellow was from Ontario, I just kind of looked at him again to see if it was the same person that had come to my open house and realized that it wasn't because the man that I had met from the open house was a very, very small man and this man was quite a bit bigger.

It is therefore clear from her evidence that the personal information from her assailant reminded her of another man she had met a few weeks earlier at another open house who had a similar background. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that they had attended an open house held by Mrs. McLeod on Marchmount Road a few weeks before the attack, and that Mrs. Hibbert had provided the realtor with the information in question about their background.

(1) La connaissance personnelle

L'enquête qui, au départ, a conduit la GRC à l'appellant était fondée sur les renseignements qui, aux dires de M^{me} McLeod, lui avaient été communiqués par son agresseur juste avant l'agression. Elle a raconté à la police que l'homme qui l'avait agressée lui avait communiqué plusieurs détails personnels précis, notamment qu'il habitait sur le chemin Trunk, qu'il était un militaire retraité et qu'il allait toucher une pension, qu'il venait de déménager de l'Ontario et qu'il avait deux filles âgées de 13 et 15 ans. Au moment de l'agression, tous ces détails valaient autant pour l'appellant.

Cependant, on a demandé à M^{me} McLeod, en interrogatoire principal, si elle avait déjà rencontré l'agresseur avant le jour de l'agression. Elle a répondu ceci :

[TRADUCTION] Euh, excusez-moi, non, je ne l'avais jamais vu auparavant, mais il m'a raconté qu'il venait de l'Ontario et qu'il attendait de toucher sa pension de service militaire avant d'acheter quelque chose, et je l'ai en quelque sorte regardé parce que j'avais parlé au téléphone avec cette dame qui venait de l'Ontario avec sa famille et ils attendaient de toucher une somme d'argent au cours de l'année à venir avant de pouvoir acheter quelque chose. Donc -- et ils se sont présentés à une visite libre que j'avais organisée. J'avais organisé une visite libre dans une petite maison du chemin Marchmount, et, euh, j'ai seulement -- lorsque j'ai entendu que cet homme venait de l'Ontario, je l'ai en quelque sorte regardé de nouveau pour voir s'il s'agissait de la même personne qui s'était présentée à ma visite libre et j'ai réalisé que ce n'était pas le cas parce que l'homme que j'avais rencontré lors de cette visite libre était très, très petit et que cet homme était beaucoup plus gros.

Il ressort donc clairement du témoignage de M^{me} McLeod que les renseignements personnels communiqués par son agresseur lui ont rappelé un autre homme qu'elle avait rencontré quelques semaines auparavant à l'occasion d'une autre visite libre et qui avait des antécédents similaires. Monsieur et madame Hibbert ont tous deux témoigné qu'ils avaient participé à une visite libre organisée par M^{me} McLeod sur le chemin Marchmount quelques semaines avant l'agression, et que M^{me} Hibbert avait donné à l'agente immobilière les renseignements personnels en question à leur sujet.

25

26

(2) Shoes

27

Bloody footprints were found at the site of the attack. A police footwear expert gave his opinion that the crime scene shoe impression was similar in gross characteristics, including tread pattern, to the "Venture" running shoe, a brand name of the Zellers department store. The impression at the crime scene was from a size eleven shoe. Mr. Hibbert had owned a pair of black "Venture" brand running shoes purchased at Zellers and had purchased several pairs of Zellers shoes over the years. He wore shoe sizes ranging from size eleven to twelve; his wife testified that he wore size eleven and a half to twelve. At the trial, he wore size twelve shoes. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that his "Venture" running shoes had been thrown away a few weeks before the attack. One of the appellant's stepdaughters thought the shoes were thrown out shortly after they arrived in Duncan, claiming the "toe was coming off one foot and the heel was coming off the other and they were just ready to go". The Crown was not able to link the shoe print to any shoe owned by the appellant. The actual footwear that created the specific foot impression at the scene was not discovered during the course of the police investigation.

28

An expert testified at trial that with department store athletic footwear (that is, an economical brand and not a name brand shoe such as Nike or Reebok) foreign manufacturers, primarily in developing countries, make a large quantity of generic soles that are sold and then assembled to the upper part of the shoe by another manufacturing facility which could be in a different country. On cross-examination, the expert noted that he was unable to trace the manufacturer of the sole and could not be sure that this particular sole was not sold as an in-store brand for other companies. Further, unlike the well-known shoe brand companies whose soles are a distinctive part of their branding, with department store shoes such as the "Venture", the same brand

(2) Les chaussures

Des traces de pas sanglantes ont été découvertes sur les lieux de l'agression. De l'avis d'un expert en chaussures de la police, l'empreinte de chaussure prélevée sur les lieux du crime était identique dans l'ensemble, y compris le dessin de la semelle, à celle de la chaussure de sport « Venture », une marque commerciale du magasin Zellers. L'empreinte laissée sur les lieux du crime était celle d'une chaussure de pointure onze. Monsieur Hibbert avait déjà possédé une paire de chaussures de sport « Venture » noires achetée chez Zellers et il avait déjà acheté plusieurs paires de chaussures chez Zellers au fil des ans. Sa pointure de chaussures variait entre onze et douze; sa femme a témoigné qu'il chaussait du onze et demi ou douze. Lors du procès, il portait des chaussures de pointure douze. Monsieur et madame Hibbert ont tous deux témoigné qu'ils s'étaient départis de ses chaussures de sport « Venture » quelques semaines avant l'agression. L'une des belles-filles de l'appellant croyait que les chaussures avaient été mises au rebut peu après leur arrivée à Duncan, soulignant que [TRADUCTION] « l'orteil sortait d'une chaussure et le talon de l'autre; elles étaient tout juste bonnes à jeter ». Le ministère public n'a été en mesure de relier l'empreinte de chaussure à aucune des chaussures appartenant à l'appellant. L'enquête policière n'a pas permis de retrouver la chaussure à l'origine de l'empreinte laissée sur les lieux du crime.

Lors du procès, un expert a témoigné qu'en ce qui concerne les chaussures de sport vendues dans les grands magasins (c'est-à-dire celles de marque économique et non de marque prestigieuse comme Nike ou Reebok), les fabricants étrangers, surtout dans les pays en développement, produisent une grande quantité de semelles génériques qui sont vendues puis assemblées avec l'empeigne de la chaussure par un autre fabricant qui peut se trouver dans un autre pays. Lors du contre-interrogatoire, l'expert a signalé qu'il avait été incapable de retracer le fabricant de la semelle et qu'il ne pouvait être certain que cette semelle n'était pas vendue comme marque de magasin pour d'autres sociétés. En outre, à la différence des chaussures de marque connue

running shoe could change its tread pattern every year.

The footprints suggested that someone tripped or lost his balance on the steps leading into the house. Mr. Hibbert stated on cross-examination that he twisted his knee the morning of October 24, 1993.

(3) Bite Marks

Mrs. McLeod testified that she bit the assailant “hard” on his hand. Mr. Hibbert had small marks on his hands at the time of his arrest. A dentist called by the Crown was unable to identify those marks as consistent with a bite mark.

(4) DNA

On October 24, 1993 an RCMP officer’s tracking dog found a fresh scent on a blue “Andy Capp” style hat in a tree branch, off the dyke, close to the site of the assault. The officer who seized the cap testified that the cap had two small reddish spots that looked like blood spots. On cross-examination, the officer admitted she did not make a note of the two spots of blood when she seized the hat. The hat was forwarded to a forensic lab on November 2, 1993. Forensic analysis of the cap identified two small areas of blood spots on the outside crown area of the hat. The DNA expert testified that in his expert opinion one of the blood spots matched the DNA profile of Mrs. McLeod and the other matched the DNA profile of the appellant.

Mr. Hibbert testified that he had owned such a cap. Both he and his wife testified that the hat was thrown out with a box of other discarded old clothes in September 1993 when they were unpacking from the move from Ontario. The cap found in the tree branch near the dyke had a piece of masking tape inside with “25 cents” written on it. Both Mr. and

dont les semelles constituent une partie distinctive de l’image, les chaussures de sport de grands magasins, telles que les « Venture », peuvent voir le dessin de leur semelle changer chaque année.

Les traces de pas laissaient croire que quelqu’un avait trébuché ou perdu pied dans les marches conduisant à la maison. Monsieur Hibbert a déclaré en contre-interrogatoire s’être tordu le genou le matin du 24 octobre 1993.

(3) Les morsures

Madame McLeod a témoigné avoir mordu [TRADUCTION] « fort » la main de son agresseur. Monsieur Hibbert avaient de petites marques sur les mains au moment de son arrestation. Un dentiste convoqué par le ministère public a été incapable d’affirmer qu’il s’agissait d’une morsure.

(4) L’ADN

Le 24 octobre 1993, le chien pisteur d’une agente de la GRC a découvert une odeur récente sur une casquette bleue de style « Andy Capp » accrochée à une branche d’arbre, près de la digue et du lieu de l’agression. Selon le témoignage de la policière qui a saisi la casquette, il y avait sur celle-ci deux petites taches rouges semblables à des taches de sang. En contre-interrogatoire, la policière a admis qu’elle n’avait pas pris note des deux taches de sang au moment où elle a saisi la casquette. Cette dernière a été expédiée au laboratoire judiciaire le 2 novembre 1993. L’analyse médico-légale effectuée sur la casquette a permis de constater la présence de deux petites surfaces tachées de sang sur la partie supérieure extérieure de la casquette. L’expert en matière d’ADN a témoigné qu’à son avis l’une des taches de sang correspondait au profil génétique de M^{me} McLeod et l’autre, à celui de l’appellant.

Monsieur Hibbert a reconnu avoir déjà possédé une casquette semblable. Sa femme et lui ont dit que la casquette avait été mise au rebut en même temps qu’une boîte de vieux vêtements en septembre 1993, au moment où ils défaisaient les boîtes du déménagement de l’Ontario. La casquette trouvée sur la branche d’arbre près de la

29

30

31

32

Mrs. Hibbert testified that this sticker was not on the cap when it was discarded.

33 Mr. Hibbert testified that he suffers from a form of dermatitis condition causing dry chapped skin on his hands to open and bleed. He offered that as an explanation for some of the small abrasions on his hands at the time of his arrest, as well as the presence of the small amount of his blood on the hat.

34 In her charge to the jury, Dorgan J. stated that the exhibit officer failed to note either the blood stains or the sticker in her notebook. The defence argued that the exhibit officer was new and had failed to carefully handle the exhibits so that they were subject to contamination, and pointed out that there were mistakes in the log. The defence suggested that the victim's blood on the hat could have been transferred from other clothing seized by the police at the hospital or from the hands of the investigating officers who handled the evidence.

(5) Hair

35 The cap also had several hairs that a hair comparison expert examined. The hair comparison expert examined six hairs taken from the cap (four hairs and two hair fragments). She testified that one of the hair fragments found in the cap was consistent with having originated from the appellant, with a 5 percent chance of coming from another source. Two hairs were inconsistent with Mr. Hibbert's and he was eliminated as a source for them. Four hairs were not consistent with having originated from either the appellant or Mrs. McLeod but because of some similarities to the appellant's hair sample, he could not be eliminated as a source. The cap also contained six non-human hairs indicative of having originated from a member of the dog family and two non-human hairs indicative of having originated from the rabbit family.

digue avait, à l'intérieur, un morceau de ruban-cache portant l'inscription « 25 cents ». Monsieur et madame Hibbert ont témoigné que cet autocollant n'était pas sur la casquette lorsqu'ils l'ont mise au rebut.

Monsieur Hibbert a dit souffrir d'une forme de dermatite causant une sécheresse de la peau des mains, qui se fendille et saigne. C'est ainsi qu'il a expliqué certaines petites écorchures sur ses mains au moment de son arrestation, ainsi que la présence d'une petite quantité de son sang sur la casquette.

Dans son exposé au jury, la juge Dorgan a dit que l'agente chargée des pièces à conviction avait omis de noter dans son carnet la présence des taches de sang et de l'autocollant. La défense a fait valoir que cette agente était nouvelle et qu'elle n'avait pas manipulé soigneusement les pièces, de sorte que celles-ci avaient été altérées, et elle a souligné que le carnet comportait des erreurs. La défense a prétendu que le sang de la victime trouvé sur la casquette pouvait provenir d'un autre vêtement saisi par la police à l'hôpital ou des mains des enquêteurs ayant manipulé les éléments de preuve.

(5) Les cheveux

Plusieurs cheveux trouvés sur la casquette ont également été examinés par une experte en comparaison de cheveux. Celle-ci en a examiné six (quatre cheveux et deux fragments de cheveu). Elle a déclaré qu'un des fragments de cheveu prélevés sur la casquette provenait de l'appellant, la possibilité qu'il provienne d'une autre personne étant de 5 pour 100. Deux cheveux ne correspondaient pas à ceux de M. Hibbert et la possibilité qu'ils proviennent de lui a été écartée. Quatre cheveux ne correspondaient ni à ceux de l'appellant ni à ceux de M^{me} McLeod, mais parce qu'ils présentaient des similitudes avec l'échantillon de cheveu de l'appellant, la possibilité qu'ils proviennent de lui n'a pas pu être écartée. On a trouvé également sur la casquette six poils d'origine non humaine semblant provenir d'un chien, ainsi que deux poils d'origine non humaine semblant provenir d'un lapin.

C. *Crime Scene Evidence*

No forensic evidence was found at the crime scene at 151 Campbell Street linking the appellant to the location. No forensic evidence was found at Mr. Hibbert's residence, or on any of his clothes, linking him to Mrs. McLeod and the crime. There was a copious amount of blood at 151 Campbell Street, none of which belonged to Mr. Hibbert. The blood at the crime scene matched Mrs. McLeod's DNA profile. Blood was on the bathroom tub faucets and spout, door lock and door frame, and there were bloody footsteps from the garage, up the steps and to the laundry. There was blood in the sink traps at 151 Campbell Street consistent with the attacker washing at the scene. The taps were running when the police arrived.

D. *Evidence of the Appellant*

Mr. Hibbert retired as a Master Corporal in 1993, after 26 years of military service. At the time of the attack he was on his unused sick and vacation leave until his pension was to begin in March 1994. He had no criminal record and no military disciplinary record. The Hibberts moved to Duncan from Ottawa (the location of his last posting) in August 1993 and rented a house on Trunk Road. Trunk Road is about a 10-minute walk from the crime scene. The appellant had two teenage stepdaughters. Mr. and Mrs. Hibbert attended a number of open houses in September and October 1993. Both Mr. and Mrs. Hibbert testified that they attended an open house hosted by Janet McLeod in September 1993. As indicated earlier, Mrs. McLeod's evidence confirms that a couple matching some of the Hibberts' personal characteristics visited that open house in September.

Mr. Hibbert contends that on the morning of October 24, 1993, he drove his wife to a course she

C. *Les éléments de preuve trouvés sur les lieux du crime*

Sur les lieux du crime commis au 151, rue Campbell, on n'a trouvé aucun élément de preuve médico-légale reliant l'appellant à cet endroit. À la résidence de M. Hibbert ou sur ses vêtements, on n'a trouvé aucun élément de preuve médico-légale le reliant à M^{me} McLeod et au crime commis. Au 151, rue Campbell, on a trouvé une grande quantité de sang qui n'était pas celui de M. Hibbert. Le sang prélevé sur les lieux du crime correspondait au profil génétique de M^{me} McLeod. On a trouvé du sang sur le robinet et le bec du robinet du bain, sur la serrure et le chambranle de la porte de la salle de bain, et il y avait sur les marches des traces de pas sanglantes partant du garage et se rendant jusqu'à la buanderie. Il y avait du sang dans les siphons d'évier du 151, rue Campbell, ce qui permettait de déduire que l'agresseur s'était lavé sur les lieux du crime. L'eau du robinet coulait au moment où la police est arrivée.

D. *Les éléments de preuve soumis par l'appellant*

Monsieur Hibbert a pris sa retraite comme caporal-chef en 1993, après 26 ans de service militaire. À l'époque de l'agression, il écoulait ses congés de maladie et ses vacances accumulés jusqu'au moment où il commencerait à toucher sa pension en mars 1994. Il n'avait ni casier judiciaire ni dossier disciplinaire militaire. Les Hibbert ont déménagé d'Ottawa (lieu de sa dernière affectation) à Duncan en août 1993 et ils ont loué une maison sur le chemin Trunk, qui est situé à environ 10 minutes de marche des lieux du crime. L'appellant avait deux belles-filles adolescentes. Monsieur et madame Hibbert ont participé à un certain nombre de visites libres en septembre et en octobre 1993. Ils ont tous deux affirmé qu'ils avaient participé à une visite libre organisée par Janet McLeod en septembre 1993. Comme nous l'avons vu, le témoignage de M^{me} McLeod confirme qu'un couple, dont les caractéristiques personnelles correspondent à celles des Hibbert, a participé à cette visite libre en septembre.

Monsieur Hibbert soutient que, le matin du 24 octobre 1993, il a conduit sa femme à un cours et est

36

37

38

was taking and came home. He testified that he was wearing grey slacks, a green golf shirt and hiking boots. In the afternoon, he drove and accompanied his stepdaughters to a cadet flag-raising ceremony. The ceremony started at 1:30 p.m. After the ceremony, Mr. Hibbert waited while the cadets mingled and talked. He accompanied his stepdaughters on a 10-minute trip to the cadet hall barracks so one of his daughters could be measured for a uniform and issued gear by the training officer. Mr. Hibbert estimated that he and his stepdaughters either returned home at 2:30 p.m. or left the cadet hall at that time. The cadet training officer estimated that Mr. Hibbert and his stepdaughters arrived at the cadet hall between 2:15 p.m. and 2:20 p.m. and left 10 to 20 minutes later. Rachel Edwards, the appellant's stepdaughter, said that they arrived at the cadet hall at 2:15 p.m., stayed 20 minutes and arrived home at 2:45 p.m. It is a 10-minute drive from the hall to their residence on Trunk Road. The appellant testified, and his stepdaughter Rachel confirmed, that upon returning home he prepared dinner and worked on carving a walking stick. Rachel conceded that since she was babysitting a little girl that day, she was not in constant contact with the appellant throughout the afternoon. At 5:00 p.m., Mr. Hibbert picked up his wife. Mrs. Hibbert testified that his demeanor was normal, that he was wearing the same clothing as when he dropped her off in the morning, and that his clothes were orderly. Mrs. Hibbert also testified that he wore hiking boots when he dropped her off in the morning and he had the same boots on when he picked her up.

revenu à la maison. Il a témoigné qu'il portait des pantalons gris, un polo vert et des bottes de randonnée. Au cours de l'après-midi, il a conduit et accompagné ses belles-filles à une cérémonie de lever du drapeau organisée par les cadets. La cérémonie a débuté à 13 h 30. Après la cérémonie, M. Hibbert a attendu pendant que les cadets bavardaient entre eux. Il s'est rendu, en compagnie de ses belles-filles, à la caserne des cadets située à 10 minutes de là, afin de permettre à l'officier instructeur de mesurer l'une des filles en vue de lui remettre un uniforme et de l'équipement. D'après M. Hibbert, ses belles-filles et lui sont revenus à la maison ou ont quitté la caserne des cadets à 14 h 30. Selon l'officier instructeur des cadets, M. Hibbert et ses belles-filles sont arrivés à la caserne entre 14 h 15 et 14 h 20 et en sont repartis 10 ou 20 minutes plus tard. Rachel Edwards, belle-fille de l'appelant, a raconté qu'ils étaient arrivés à la caserne à 14 h 15, qu'ils y étaient restés pendant 20 minutes et étaient revenus à la maison à 14 h 45. Un trajet de 10 minutes en voiture sépare la caserne de leur résidence du chemin Trunk. Selon le témoignage de l'appelant, confirmé par sa belle-fille Rachel, à son retour à la maison, il a préparé le souper et a travaillé à sculpter une canne. Rachel a reconnu qu'étant donné qu'elle gardait une petite fille ce jour-là, elle n'avait pas été en contact avec l'appelant pendant tout l'après-midi. À 17 h, M. Hibbert est allé chercher sa femme. Madame Hibbert a témoigné que son mari affichait un comportement normal, qu'il portait les mêmes vêtements qu'au moment où il l'avait quittée le matin et que ses vêtements étaient en ordre. Madame Hibbert a également témoigné qu'il portait des bottes de randonnée lorsqu'il l'a déposée le matin et qu'il portait les mêmes bottes lorsqu'il est revenu la chercher.

39

The appellant's alibi was corroborated in part by his wife, his stepdaughters, and by other witnesses for the defence, such as the cadet trainer. His stepdaughter, Rachel Edwards, said that the appellant was inside the house during the period between arriving back from the cadet trip and leaving to pick up his wife, with the exception of 10 minutes when he was on the front step working on his walking stick. Ms. Edwards testified that she recalled seeing him on the step at 3:15 p.m. and him coming back into the house 10 minutes later. At trial the

L'alibi de l'appelant a été corroboré en partie par sa femme, ses belles-filles et d'autres témoins de la défense, tel l'instructeur des cadets. Sa belle-fille, Rachel Edwards, a dit que l'appelant était resté à la maison entre le moment où ils étaient revenus de leur visite chez les cadets et celui où il était allé chercher sa femme, à l'exception de la période de 10 minutes pendant laquelle il avait sculpté sa canne sur le perron avant. Mademoiselle Edwards a dit se rappeler l'avoir aperçu sur le perron à 15 h 15 et l'avoir vu rentrer dans la maison 10 minutes plus

stepdaughter said she would have heard the appellant leave. In cross-examination, she stated that she did not wear a watch. However, in November 1993, Ms. Edwards told police that she was playing Nintendo and had music on the day of the assault and that it was possible her father could have left without her knowing. At trial she explained this inconsistency by stating that she was “tired and upset” when she spoke to the police. The other witnesses could not place Mr. Hibbert at home during the period between his arrival home from the cadet ceremony and the time he left to pick up his wife but their testimony was consistent with the defendant’s account of his day. The family acknowledged discussing the times of his whereabouts on the day of the attack after his arrest.

When Mr. Hibbert was initially arrested, he cooperated with police, gave a two-and-one-half-hour tape recorded statement, was fingerprinted, photographed, and voluntarily provided hair for DNA testing.

IV. The Issues

The appellant frames the issues on appeal the following way:

Did the Court of Appeal for British Columbia err in law by imposing the curative provision, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* of Canada after concluding that the trial judge had erred in law in instructing the jury that they could infer guilt from a false alibi?

Did the Court of Appeal for British Columbia err in finding no reversible error in the trial judge’s instructions to the jury on the issue of identification?

V. Relevant Statutory Provisions

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

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . , the court of appeal

tard. Au procès, la belle-fille a affirmé qu’elle aurait entendu l’appelant s’il avait quitté la maison. Lors du contre-interrogatoire, elle a déclaré qu’elle ne portait pas de montre. Cependant, en novembre 1993, M^{lle} Edwards avait déclaré à la police que, le jour de l’agression, elle jouait au Nintendo et écoutait de la musique et qu’il était possible que son père soit sorti à son insu. Au procès, elle a expliqué cette contradiction par le fait qu’elle était [TRADUCTION] « fatiguée et bouleversée » lorsqu’elle a parlé à la police. Les autres témoins ont été incapables de dire que M. Hibbert était chez lui entre son retour de la cérémonie des cadets et le moment où il est allé chercher sa femme, mais leurs témoignages concordaient avec le compte rendu que le défendeur avait fait de sa journée. La famille a reconnu avoir discuté, après l’arrestation de l’appelant, de la chronologie de ses allées et venues le jour de l’agression.

Lors de sa première arrestation, M. Hibbert a coopéré avec la police, a fait une déclaration enregistrée de deux heures et demie, a fait prendre ses empreintes digitales, a été photographié et a fourni de plein gré des cheveux pour un test d’ADN.

IV. Les questions en litige

L’appelant formule ainsi les questions en litige :

[TRADUCTION]

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en appliquant la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* du Canada, après avoir conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en disant au jury qu’il pouvait inférer d’un faux alibi que l’accusé était coupable?

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en concluant que les directives que le juge du procès a données au jury sur la question de l’identification ne comportaient aucune erreur justifiant une annulation?

V. Les dispositions législatives pertinentes

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

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité [. . .], la cour d’appel :

40

41

42

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

(b) may dismiss the appeal where

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

VI. Analysis

VI. Analyse

43

In order to properly address the central issue of the application of the proviso, I find it preferable first to address the adequacy of the trial judge's charge on the issue of identification, then to examine the nature and effect of the conceded error in the judge's charge on the defence of alibi and finally to examine the strength of the Crown's case within the proper framework of s. 686(1)(b)(iii).

Afin de bien aborder la question centrale de l'application de la disposition réparatrice, j'estime préférable de commencer par examiner le caractère suffisant de l'exposé de la juge du procès sur la question de l'identification, pour ensuite analyser la nature et l'effet de ce qu'on admet être une erreur commise dans ses directives concernant le moyen de défense fondé sur un alibi, et enfin évaluer la force probante de la preuve du ministère public à l'intérieur du cadre approprié du sous-al. 686(1)b)(iii).

A. *The Charge on Identification*

A. *Les directives relatives à l'identification*

44

The appellant argues that the trial judge's directions to the jury on identification evidence were inadequate. This was the basis on which the appeal in the first trial was successful. In this case, however, the directions on identification evidence were not so deficient as to constitute an error of law. That being said, I will take the opportunity to highlight the problems with the identification evidence in this trial and the dangers of identification evidence in general.

L'appelant soutient que les directives que la juge du procès a données au jury sur la preuve d'identification étaient insuffisantes. C'est pour ce motif que l'appel relatif au premier procès a été accueilli. En l'espèce, toutefois, les directives sur la preuve d'identification n'étaient pas insuffisantes au point de constituer une erreur de droit. Cela dit, je vais en profiter pour souligner les problèmes que pose la preuve d'identification en l'espèce et les risques qu'une telle preuve comporte en général.

45

The evidence of identification was both direct and circumstantial. The concerns expressed by the appellant are addressed to the direct evidence and, in

La preuve d'identification était à la fois directe et circonstancielle. Les préoccupations exprimées par l'appelant concernent la preuve directe et,

particular, to the alleged insufficiency of the charge with respect to the in-court identifications.

As pointed out by the Court of Appeal, it is true that the trial judge addressed the frailties of the identification evidence. In the middle of a passage which highlighted several potential grounds for suspicion about the reliability of eyewitness identification, the trial judge said:

However, you must consider the possibility that Mrs. McLeod identified the accused in court from her memory of either the photograph in the line up or the television newscast instead of from her memory of the person she saw at 151 Campbell Street on October 24, 1993. You must also consider the same possibility in respect of Mrs. Baker's in court identification of the accused.

I also remind you that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker positively identified the accused for the first time when each was asked to identify him in the courtroom at the preliminary hearing and at the first trial and at this trial and the law provides that the identification of the accused for the first time in the courtroom after a failure to positively identify him from a photo line up is to be accorded little weight.

The appellant argues that this instruction was insufficient to diffuse the psychological impact on the jury of the identification of the accused in open court by the victim of a life-threatening, vicious, unprovoked beating. The defence objected to the Crown asking Mrs. McLeod whether the accused was really the perpetrator of the attack "and not someone that you have seen subsequently". The trial judge, in reviewing the evidence, pointed out the occasions that Mrs. McLeod had had to see the appellant before the trial (on television when he was arrested, at the preliminary inquiry and at the first trial) and reminded the jury that her evidence was that the appellant was her attacker and not simply the man she had seen on these previous occasions.

The appellant argues that by asking Mrs. McLeod and Mrs. Baker to make such a distinction, the

en particulier, le caractère qu'il prétend insuffisant de l'exposé relatif aux identifications faites à l'audience.

Comme l'a fait observer la Cour d'appel, il est vrai que la juge du procès a traité des faiblesses de la preuve d'identification. Au milieu d'un passage soulignant plusieurs raisons possibles de douter de la fiabilité de l'identification par témoin oculaire, la juge du procès a dit :

[TRADUCTION] Cependant, vous devez tenir compte de la possibilité que M^{me} McLeod ait identifié l'accusé à l'audience en fonction du souvenir qu'elle avait soit des photos qui lui avaient été montrées soit des nouvelles télévisées, au lieu de le faire en fonction du souvenir qu'elle avait de la personne qu'elle avait aperçue au 151, rue Campbell, le 24 octobre 1993. Vous devez tenir compte de la même possibilité en ce qui concerne l'identification de l'accusé faite à l'audience par M^{me} Baker.

Je vous rappelle également que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux identifié formellement l'accusé pour la première fois lorsqu'on a demandé à chacune d'elles de l'identifier dans la salle d'audience à l'enquête préliminaire, au premier procès et au présent procès, et la loi prévoit que peu de poids doit être accordé à l'identification de l'accusé faite pour la première fois dans la salle d'audience par une personne qui ne l'a pas identifié formellement lors d'une séance d'identification à l'aide de photos.

L'appelant soutient que cette directive n'était pas suffisante pour atténuer l'effet psychologique qu'a sur le jury l'identification de l'accusé faite à l'audience par la victime d'une agression violente et inexplicable ayant fait craindre pour sa vie. La défense s'est opposée à ce que le ministère public demande à M^{me} McLeod si l'accusé était vraiment l'auteur de l'agression [TRADUCTION] « et non pas quelqu'un que vous avez vu par la suite ». En examinant la preuve, la juge du procès a mentionné les occasions que M^{me} McLeod avait eues de voir l'appelant avant le procès (à la télévision au moment de son arrestation, à l'enquête préliminaire et au premier procès) et elle a rappelé au jury que celle-ci avait affirmé que l'appelant était son agresseur et non simplement l'homme qu'elle avait vu lors de ces occasions précédentes.

L'appelant soutient qu'en demandant à M^{mes} McLeod et Baker de faire une telle distinction,

46

47

48

Crown was asking the impossible: the witnesses simply could no longer tell where their recognition of the appellant originated from. Furthermore, the appellant argues, after so much exposure to the appellant, whom neither witness had positively identified prior to the television newscast of his arrest, their in-court identification should be accorded no weight whatsoever.

49

One might ask, if that were the case, why the in-court identification should be permitted to occur. In this case, as in most, it of course served to confirm that the accused was, in the opinion of Mrs. McLeod and Mrs. Baker, the same man they saw throughout the chain of events (from arrest through to the second trial). In that sense, despite its almost total absence of value as reliable positive identification, the evidence of the witnesses may be given some weight at least for that purpose. In addition, generally, a jury might be concerned if a witness was not asked to identify an accused in court as the perpetrator and might draw an unjustified adverse inference against the Crown if the question was not asked. Moreover, the inability of a witness to identify the accused in court as the perpetrator is entitled to some weight. This in fact happened here in the case of Ms. Visscher who, as the trial judge reminded the jury, was unable to identify the accused in court as the man she saw on the dyke.

50

I am of the view that, in the circumstances of this case, the trial judge should have cautioned the jury more strongly that the identification of the accused in court, by Mrs. McLeod and Mrs. Baker, was highly problematic as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. I think it is important to remember that the danger associated with eyewitness in-court identification is that it is deceptively credible, largely because it is honest and sincere. The dramatic impact of the identification taking place in court, before the jury, can aggravate the distorted value that the jury may place on

le ministère public demandait l'impossible : ces témoins ne pouvaient simplement plus dire pourquoi elles reconnaissaient l'appelant. En outre, l'appelant allègue qu'étant donné que, même après avoir eu autant d'occasions de voir l'appelant, ni l'une ni l'autre ne l'avaient identifié formellement avant la diffusion de la nouvelle de son arrestation à la télévision, aucun poids ne doit être accordé à l'identification qu'elles ont faite de lui à l'audience.

On pourrait se demander, si tel était le cas, pourquoi l'identification à l'audience devrait être permise. En l'espèce, comme dans la plupart des cas, cette identification a évidemment servi à confirmer que l'accusé était, de l'avis de M^{mes} McLeod et Baker, l'homme qu'elles avaient vu tout au long de la suite des événements (depuis l'arrestation jusqu'au deuxième procès). Dans ce sens, malgré son absence quasi totale de valeur comme identification formelle fiable, on peut accorder un certain poids à la déposition des témoins dans ce but tout au moins. De plus, si on ne demandait pas à un témoin d'identifier un accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime, un jury pourrait se préoccuper de cette lacune et faire alors une inférence injustifiée défavorable au ministère public. Par surcroît, il faut accorder un certain poids à l'incapacité d'un témoin d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime. En réalité, c'est ce qui s'est produit en l'espèce dans le cas de M^{lle} Visscher qui, comme la juge du procès l'a rappelé au jury, a été incapable d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'homme qu'elle avait aperçu sur la digue.

Je suis d'avis que, dans les circonstances de la présente affaire, la juge du procès aurait dû prévenir de façon plus ferme le jury qu'il était très difficile de considérer l'identification que M^{mes} McLeod et Baker ont faite de l'accusé à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Il importe, à mon avis, de se rappeler que le danger que présente l'identification par témoin oculaire à l'audience est qu'elle donne l'illusion d'être crédible, surtout parce qu'elle est honnête et sincère. L'effet dramatique qu'a l'identification faite à l'audience en présence du jury peut

it. I am not persuaded that the instruction quoted above, to the effect that such identification should be accorded “little weight”, goes far enough to displace the danger that the jury could still give it weight that it does not deserve.

The danger of wrongful conviction arising from faulty but apparently persuasive eyewitness identification has been well documented. Most recently the Honourable Peter deC. Cory, acting as Commissioner in the Inquiry regarding Thomas Sophonow, made recommendations regarding the conduct of live and photo line-ups, and called for stronger warnings to the jury than were issued in the present case (Peter deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (“Sophonow Inquiry”), at pp. 31-34).

While it is unnecessary to consider these recommendations in detail, I share the concern expressed by the Commissioner and, in this particular case, I think it would have been prudent to emphasize for the benefit of the jury the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness (Sophonow Inquiry, at p. 28). Moreover, here it should also have been stressed that the impact of Mrs. McLeod having seen the appellant arrested by the police as her alleged assailant could not be undone. Nor could she be expected to divorce her previous recollection of her assailant from the mental image that she formed after having seen the appellant on television.

What will be required to displace the danger that the jury will give an eyewitness identification weight that it does not deserve will vary with the facts of individual cases. Here, at a second trial, and in light of the identification history, I think a stronger warning would have been appropriate.

augmenter la valeur dénaturée que le jury risque de lui accorder. Je ne suis pas convaincue que la directive susmentionnée, selon laquelle « peu de poids » doit être accordé à une telle identification, soit suffisante pour écarter le risque que le jury lui accorde un poids qu’elle ne mérite pas.

Le risque de condamnation injustifiée que présente une identification par témoin oculaire erronée mais apparemment convaincante est bien documenté. Dernièrement, l’honorable Peter deC. Cory, agissant en qualité de commissaire dans l’enquête concernant Thomas Sophonow, a formulé des recommandations touchant les séances d’identification à l’aide d’individus et de photos, et il a demandé que le jury reçoivent des mises en garde plus fermes que celles qui ont été faites en l’espèce (Peter deC. Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (« enquête Sophonow »), p. 31-34.

Bien qu’il soit inutile d’examiner ces recommandations en détail, je partage la préoccupation exprimée par le commissaire et, dans la présente affaire en particulier, je crois qu’il aurait été prudent d’insister, pour le bénéfice du jury, sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d’un témoin et l’exactitude de son témoignage est très ténue (enquête Sophonow, p. 28). En outre, on aurait également dû mettre l’accent en l’espèce sur l’impossibilité d’annuler l’effet qu’a eu sur M^{me} McLeod le fait d’avoir vu l’appelant être arrêté par la police à titre d’auteur présumé de l’agression dont elle avait été victime. De même, on ne pouvait pas s’attendre à ce qu’elle puisse dissocier le souvenir antérieur qu’elle avait de son agresseur de l’image mentale qu’elle s’était formée après avoir vu l’appelant à la télévision.

Les conditions nécessaires pour écarter le risque que le jury accorde à une identification par témoin oculaire un poids qu’elle ne mérite pas varient selon les faits de chaque affaire. En l’espèce, lors du deuxième procès, j’estime qu’il aurait convenu de faire une mise en garde plus ferme compte tenu de l’historique de l’identification.

51

52

53

B. *The Instructions on Alibi*

54 A few days before the trial judge completed her instructions to the jury in this case, the B.C. Court of Appeal handed down its decision in *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, in which it held that an instruction to the jury virtually identical to the one given in the present case was wrong. In light of that decision, the Crown concedes that the instructions here were defective.

55 The first part of the trial judge's instructions as to how to approach the evidence tendered in support of the defence of alibi was correct:

Keep in mind three things, that if you accept the evidence in support of the defence of alibi, you must return a verdict of not guilty if you find that these times just do not allow for this accused to have committed the acts alleged. If you do not accept the evidence in support of the defence of alibi, but you are left in a reasonable doubt about it, you must return a verdict of not guilty. Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of alibi, you must still go on to determine whether or not on the basis of all the evidence the accused is guilty.

56 The trial judge then proceeded to give the then standard instruction, suggested in a criminal jury instructions manual at the time (G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 8.04-1 to 8.04-4) as follows:

If on the other hand you determine beyond a reasonable doubt that the alibi is false and was put forward to deceive you, this allows you to draw if you wish the inference that the accused is guilty. By itself a false alibi is not conclusive evidence of guilt. You have to examine all the evidence when you are deciding whether the alibi is merely untruthful or was fabricated or concocted in a way designed to hide guilt. Keep in mind that a person may tell an untrue story for reasons other than for trying to hide guilt, that the Crown here is not suggesting to you that the times as they relate to the defence of alibi are concocted. Rather the Crown is suggesting that the times testified to have been reconstructed through conversations among and between the accused, Mrs.

B. *Les directives concernant l'alibi*

Quelques jours avant que la juge du procès termine ses directives au jury en l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu son arrêt *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538, dans lequel elle a statué qu'une directive au jury, pratiquement identique à celle donnée en l'espèce, était erronée. Compte tenu de cet arrêt, le ministère public admet que les directives données en l'espèce étaient déficientes.

La première partie des directives que la juge du procès a données au sujet de la façon d'aborder la preuve produite à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi était juste :

[TRADUCTION] Rappelez-vous trois choses : si vous acceptez la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez prononcer un verdict d'acquiescement si vous estimez que, d'après cette chronologie, l'accusé n'a tout simplement pas eu le temps de commettre les actes reprochés. Si vous n'acceptez pas la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, mais que vous avez un doute raisonnable à son sujet, vous devez prononcer un verdict d'acquiescement. Même si vous n'avez aucun doute raisonnable au sujet de la preuve produite à l'appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, l'accusé est coupable.

La juge du procès a ensuite donné la directive habituelle qui, à l'époque, était proposée dans un manuel de directives destinées au jury dans une affaire criminelle (G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 8.04-1 à 8.04-4) :

[TRADUCTION] Si, par ailleurs, vous décidez hors de tout doute raisonnable que l'alibi est faux et qu'il a été présenté dans le but de vous induire en erreur, vous pouvez en inférer, si vous le voulez, que l'accusé est coupable. Un faux alibi ne constitue pas en soi une preuve concluante de culpabilité. Vous devez examiner l'ensemble de la preuve pour décider si l'alibi est simplement faux ou s'il a été fabriqué ou inventé de manière à dissimuler la culpabilité. Rappelez-vous qu'une personne peut raconter une histoire fautive pour un autre motif que celui d'essayer de cacher sa culpabilité, que le ministère public en l'espèce ne vous laisse pas entendre que la chronologie mentionnée relativement à l'alibi invoqué comme moyen de défense a été inventée. Le ministère

Hibbert and the daughters. The Crown is therefore arguing the weight and encouraging you not to give it much weight, that is the evidence of specific times as testified to by the accused and family members. [Emphasis added.]

The Court of Appeal in *Tessier* held that in the absence of some evidence of concoction, a disbelieved alibi has no evidentiary value and cannot constitute positive incriminating evidence. This accords with the position taken also by courts of appeal in Quebec and in Ontario (*R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.); *R. v. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44 (Ont. C.A.); *R. v. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240 (Ont. C.A.), leave to appeal dismissed, [1999] 1 S.C.R. xii; *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (Ont. C.A.); *R. v. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74 (Que. C.A.)). As I discuss in more detail below, in this case there is no evidence of concoction. As a result, according to these authorities, the underlined passage in the above charge would constitute an error.

The early leading authority on the subject was *Davison*, *supra*. Martin J.A., at p. 428, expressed the principle clearly as follows:

The inference to be drawn from the fabrication of a false alibi does not, however, arise from the mere rejection by the jury of the evidence with respect to alibi.

In my view the principle is correctly stated in *Wigmore on Evidence*, 3rd ed. (1940), vol. 2, at p. 126:

In particular, the *failure to establish an alleged alibi* is to be distinguished from the use of perjury or subornation in an unsuccessful attempt to prove the 'alibi'; the latter admits of the usual broad inference from fraud, but the former amounts to nothing more than an inability to prove the specific fact of 'alibi'.

Mere disbelief of the alibi advanced does not constitute proof that it was false in the sense of being fabricated. [Italics in original.]

public laisse plutôt entendre que l'emploi du temps mentionné dans les témoignages a été reconstitué à partir des conversations intervenues entre l'accusé, M^{me} Hibbert et les filles. Le ministère public conteste donc la valeur probante de la chronologie mentionnée par l'accusé et les membres de sa famille dans leurs témoignages, et vous incite à ne pas accorder trop de poids à cette preuve. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Tessier*, la Cour d'appel a statué qu'en l'absence d'une preuve de fabrication, un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante et ne saurait constituer une preuve incriminante irréfutable. Cela est conforme à la position qu'ont également adoptée les tribunaux d'appel du Québec et de l'Ontario (*R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.); *R. c. Witter* (1996), 105 C.C.C. (3d) 44 (C.A. Ont.); *R. c. Coutts* (1998), 16 C.R. (5th) 240 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xii; *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (C.A. Ont.); *R. c. Carey* (1996), 113 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Qué.)). Comme je vais l'évoquer plus en détail ci-après, il n'y a en l'espèce aucune preuve de fabrication. Par conséquent, selon cette jurisprudence, le passage souligné dans l'exposé susmentionné constituerait une erreur.

Le premier arrêt de principe sur la question est *Davison*, précité. Le juge Martin a clairement énoncé le principe applicable, à la p. 428 :

[TRADUCTION] L'inférence qui doit émaner de la fabrication d'un faux alibi ne découle pas, toutefois, du simple fait que le jury rejette la preuve relative à l'alibi.

À mon avis, le principe applicable est correctement énoncé dans *Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 2, p. 126 :

[TRADUCTION] En particulier, il faut distinguer le *défaut d'établir l'alibi invoqué* du recours au parjure ou à la subornation de témoin dans une tentative ratée de prouver l'« alibi »; le recours au parjure ou à la subornation de témoin permet de faire l'inférence générale habituelle de fraude, tandis que le défaut d'établir l'alibi invoqué n'équivaut à rien de plus qu'à l'incapacité de prouver le fait même de l'« alibi ».

Le simple fait de ne pas ajouter foi à l'alibi invoqué ne constitue pas une preuve qu'il est faux, en ce sens qu'il a été fabriqué. [En italique dans l'original.]

57

58

This position was consistently followed in the cases cited above and the only doubt cast on its correctness comes from a short sentence in the oral judgment of this Court in *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458. In the course of upholding a judgment of the New Brunswick Court of Appeal on other grounds, Sopinka J. noted a concession by the respondent that the Court of Appeal had erred on an unrelated matter, and then added: “We find no error in the charge in respect of this ground nor in the charge relating to the alibi evidence” (para. 3 (emphasis added)). It is this last passage that has created some uncertainty in that the Court of Appeal had ruled in *Michaud* that the trial judge’s instruction on alibi, cast in the standard terms also used in this case, was erroneous. Courts of appeal have commented on the effect of *Michaud*, noting that Sopinka J.’s comment was *obiter* (*Krishantharajah, supra, per Carthy J.A.*, at pp. 164-65), and that the Supreme Court may have been of the view that there was sufficient evidence of concoction in that case to permit the instruction (*Tessier, supra, per Rowles J.A.*, at p. 551, *per Ryan J.A.*, at pp. 555-56; *Krishantharajah, per Carthy J.A.*, at p. 165, who added that the comment might otherwise have been *per incuriam*).

Cette position a été constamment suivie dans la jurisprudence précitée et le seul doute qui plane au sujet de sa justesse émane d’une courte phrase tirée du jugement oral de la Cour *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458. Alors qu’il confirmait pour d’autres motifs un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge Sopinka a souligné que l’intimé avait reconnu que la Cour d’appel avait commis une erreur sur une question n’ayant rien à voir avec l’affaire, et il a alors ajouté : « Nous concluons que l’exposé ne comporte aucune erreur relativement à ce moyen ni relativement à la preuve d’alibi » (par. 3 (je souligne)). C’est ce dernier passage qui a créé une certaine incertitude étant donné que la Cour d’appel avait décidé, dans l’affaire *Michaud*, que la directive que le juge du procès avait donnée relativement à l’alibi, en recourant à la formulation habituelle également utilisée en l’espèce, était erronée. Les tribunaux d’appel ont commenté l’effet de l’arrêt *Michaud*, en soulignant que ce commentaire du juge Sopinka était une observation incidente (*Krishantharajah*, précité, p. 164-165, le juge Carthy), et que la Cour suprême pouvait avoir été d’avis qu’il existait, dans cette affaire, une preuve de fabrication suffisante pour permettre la directive (*Tessier*, précité, p. 551, la juge Rowles, p. 555-556, la juge Ryan; *Krishantharajah*, précité, p. 165, le juge Carthy qui a ajouté que ce commentaire pouvait par ailleurs avoir été fait par inadvertance).

59 *Michaud* should not be taken as a departure from the well-established position expressed and followed by the courts of appeal in the cases cited above. It is unnecessary in this case to determine the nature and scope of evidence necessary to show concoction so as to permit the instructions inviting the inference of consciousness of guilt. Suffice it to say that the cases have consistently pointed out that there must be evidence linking the accused to fabrication and that such evidence cannot emerge from a mere rejection of the alibi tendered. Many have spoken of the need for independent evidence of fabrication above and beyond a finding that the alibi is false. (See Ryan J.A. in *Tessier, supra*, at p. 556.)

L’arrêt *Michaud* ne devrait pas être considéré comme dérogeant à la position bien établie exprimée et suivie par les tribunaux d’appel dans les affaires susmentionnées. Il n’est pas nécessaire, en l’espèce, de déterminer la nature et la portée de la preuve nécessaire pour établir que l’alibi a été fabriqué de façon à autoriser des directives permettant d’inférer une conscience de culpabilité. Il suffit de dire que la jurisprudence a constamment souligné qu’il doit y avoir une preuve reliant l’accusé à la fabrication, et que cette preuve ne peut découler du simple rejet de l’alibi invoqué. Plusieurs ont parlé de la nécessité d’une preuve de fabrication « indépendante » allant au-delà de la conclusion que l’alibi est faux. (Voir la juge Ryan dans *Tessier*, précité, p. 556.)

60 The Crown concedes that at trial it did not put forward a suggestion that the alibi had been

Le ministère public concède qu’au procès il n’a pas fait valoir que l’alibi avait été fabriqué. Il

concocted. It also concedes, as it did before the Court of Appeal, that the trial judge's instructions were in error in the absence of evidence that the accused was implicated in putting forward a fabricated alibi.

These concessions were appropriate. A defence of alibi may be disbelieved, particularly in the face of an overwhelming case for the prosecution, merely on the basis that the witnesses who testified in support of the alibi were imprecise or inconclusive, that their recollection was unreliable, or that they simply were mistaken. In such cases their evidence must be discarded, without more.

Even if an alibi is advanced by the accused himself and is rejected, the finding that the alibi is untrue cannot serve to corroborate or complement the case for the prosecution, let alone permit an inference that the accused is guilty.

If the alibi witnesses were found to be deliberately untruthful, their attempt at deceiving the jury could not be visited upon the accused unless he or she participated in the deceit. If, on the other hand, there was evidence that the accused attempted to put forward a fabricated defence, that effort, akin to an effort to bribe or threaten a witness or a juror, could be tendered as evidence of consciousness of guilt.

In this case, the Crown concedes that there was no evidence of concoction. Apart from the fact that the appellant, his wife and his stepdaughters had discussed his whereabouts on the afternoon of the crime after his arrest, there was no evidence that the appellant was party to an effort to fabricate an alibi or that he enlisted members of his family to testify falsely about the issue.

On the other hand, Crown counsel at trial suggested — to Mrs. Hibbert in particular — that she attempted to assist her daughters and her husband in reconstructing the time frame of their respective activities on the afternoon of the attack. In light of the erroneous instructions, the jury could have assumed, wrongly, that this was evidence of

conçède aussi, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que les directives de la juge du procès étaient erronées en l'absence de preuve que l'accusé avait participé à la présentation d'un alibi fabriqué.

Ces concessions étaient appropriées. On peut rejeter un alibi, notamment lorsque la preuve de la poursuite est accablante du seul fait que les personnes ayant témoigné à l'appui de cet alibi ont manqué de précision ou étaient indécises, que leur mémoire n'était pas fiable, ou qu'elles se sont simplement trompées. En pareil cas, leur témoignage doit être écarté, sans plus.

Même si l'alibi est invoqué par l'accusé lui-même et est rejeté, la conclusion que l'alibi est faux ne peut pas servir à corroborer ou à compléter la preuve de la poursuite ni, à plus forte raison, permettre d'inférer que l'accusé est coupable.

Si l'on arrivait à la conclusion que les personnes ayant témoigné à l'appui de l'alibi ont délibérément menti, leur tentative d'induire le jury en erreur ne devrait pas être imputée à l'accusé à moins que ce dernier n'ait participé à leur manège. Si, par contre, il existait une preuve que l'accusé a tenté de fabriquer un moyen de défense, cette tentative, apparentée à une tentative de soudoyer ou de menacer un témoin ou un juré, pourrait être présentée comme une preuve de conscience de culpabilité.

En l'espèce, le ministère public reconnaît qu'il n'existait aucune preuve de fabrication. Hormis le fait que, après son arrestation, l'appelant a discuté avec son épouse et ses belles-filles de ses allées et venues pendant l'après-midi où le crime a été commis, rien n'indiquait qu'il était partie à une tentative de fabrication d'alibi ou qu'il avait demandé à des membres de sa famille de faire de faux témoignages à ce sujet.

Par ailleurs, lors du procès, l'avocat du ministère public a suggéré — à M^{me} Hibbert notamment — qu'elle avait tenté d'aider ses filles et son époux à reconstituer la chronologie de leurs activités respectives pendant l'après-midi où l'agression a été commise. Vu les directives erronées, le jury pouvait avoir présumé à tort qu'il s'agissait là d'une preuve

61

62

63

64

65

concoction which would allow them not only to reject the alibi evidence but to draw an inference of guilt from its rejection. The fallacy, and the danger, with that reasoning was well expressed by Ryan J.A. in *Tessier*, *supra*, at p. 556, where she said:

It seems to me that the reason we look for independent evidence that the accused fabricated his story is two-fold. In the first place as my colleague Rowles J.A. has pointed out the reasoning is circular if there is no independent proof: "The weight of the Crown's evidence admits of no doubt therefore the accused is not telling the truth. The accused is not telling the truth therefore the Crown's case admits of no doubt." In the second place, because the evidence that the accused has fabricated a story can be used as part of the Crown's case against him, care must be taken in finding that the alibi was concocted. There must be a solid evidentiary base of fabrication. It is not unreasonable to demand that this evidence be found independently of the other evidence of the proof of the crime.

If evidence of fabrication need be found only in the evidence which proves the offence then in every case where the accused testifies (alibi or not) there would be no reason not to permit a jury to use their finding that the accused has been untruthful as part of the Crown's case against him. That does not accord with any articulation of the law that I know of.

66 This highlights the seriousness of the erroneous instruction on the defence of alibi in the present case. It provided the jury with a direct, and incorrect, route to guilt. It implied that the jury could find evidence of concoction, which it could not on this record, and it then allowed the jury, if it rejected the alibi, to infer that the accused is guilty.

67 Before turning to the application of the proviso in light of the above, it may be useful to summarize briefly the state of the law with respect to the rejection of a defence of alibi.

– In the absence of evidence of concoction (deliberate fabrication) an alibi that is disbelieved has no evidentiary value.

de fabrication leur permettant non seulement de rejeter l'alibi, mais encore de tirer de ce rejet une conclusion de culpabilité. Dans l'arrêt *Tessier*, précité, p. 556, la juge Ryan décrit bien la fausseté et le danger de ce raisonnement :

[TRADUCTION] Selon moi, la raison pour laquelle nous recherchons une preuve indépendante que l'accusé a fabriqué son histoire est double. En premier lieu, comme ma collègue la juge Rowles l'a souligné, le raisonnement est circulaire en l'absence de preuve indépendante : « La preuve du ministère public est incontestable, donc l'accusé ne dit pas la vérité. L'accusé ne dit pas la vérité, donc la preuve du ministère public est incontestable. » En deuxième lieu, puisque le ministère public peut utiliser contre l'accusé la preuve qu'il a fabriqué une histoire, il faut faire montre de circonspection en concluant que l'alibi a été inventé. La fabrication doit reposer sur une preuve concluante. Il n'est pas déraisonnable d'exiger que cette preuve soit indépendante des autres éléments de preuve du crime.

S'il fallait trouver la preuve de fabrication seulement dans les éléments qui prouvent l'infraction, alors dans chaque affaire où l'accusé témoigne (peu importe qu'il invoque ou non un alibi), il n'y aurait aucune raison d'interdire à un jury d'utiliser sa conclusion que l'accusé a menti comme élément de la preuve à charge qui pèse contre lui. Cela ne concorde avec aucune règle de droit que je connaisse.

Ce passage fait ressortir la gravité de la directive erronée qui a été donnée, en l'espèce, au sujet du moyen de défense fondé sur un alibi. Cette directive a ouvert au jury une voie directe et erronée vers une déclaration de culpabilité. Elle laissait entendre que le jury pouvait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication, ce qu'il ne pouvait pas faire compte tenu du présent dossier, et qu'il lui était permis ensuite, s'il rejetait l'alibi, d'inférer que l'accusé était coupable.

Avant d'aborder la question de l'application de la disposition réparatrice à la lumière de ce qui précède, il peut être utile de résumer brièvement l'état du droit en ce qui concerne le rejet d'un alibi invoqué comme moyen de défense.

– En l'absence d'une preuve d'invention (fabrication délibérée), l'alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante.

- A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury. It is the attempt to deceive, and not the failed alibi, that supports an inference of consciousness of guilt.
- Un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'est pas suffisant pour étayer une conclusion d'invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d'autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l'alibi a été fabriqué délibérément et que l'accusé a participé à cette tentative d'induire le jury en erreur. C'est la tentative d'induire en erreur, et non le rejet de l'alibi, qui justifie une inférence de conscience de culpabilité.
- In appropriate cases, for instance if there were multiple accused, the jury should be instructed that the fabricated alibi may be used to place the accused at the scene of the crime, but may fall short of directly implicating him in its commission.
- Dans les cas où cela est indiqué, notamment lorsqu'il y a plusieurs accusés, le jury devrait être informé que l'alibi fabriqué peut être utilisé pour situer l'accusé sur les lieux du crime, mais qu'il se peut qu'il ne permette pas de l'impliquer directement dans la perpétration du crime.
- When there is evidence that an alibi was fabricated, at the instigation or with the knowledge and approval of the accused, that evidence may be used by the jury to support an inference of consciousness of guilt.
- Lorsqu'il existe une preuve qu'un alibi a été fabriqué, à l'instigation de l'accusé ou à sa connaissance et avec son approbation, cette preuve peut être utilisée par le jury pour étayer une inférence de conscience de culpabilité.
- In cases where such an inference is available, the jury should be instructed that it may, not must, be drawn.
- Dans les cas où une telle inférence est possible, le jury devrait être informé qu'il peut, et non qu'il doit, la faire.
- A fabricated alibi is not conclusive evidence of guilt.
- Un alibi fabriqué n'est pas une preuve concluante de culpabilité.

C. *The Application of Section 686(1)(b)(iii)*

This brings me to the principal ground of appeal. On appeal from the first trial in this case, the Court of Appeal held that the instructions to the jury had not adequately dealt with the weaknesses in the identification evidence and the court declined to apply the proviso. Legg J.A., for the court, noted that the error on the identification instructions was serious but the circumstantial evidence tendered by the Crown was strong. He concluded, however, that a properly instructed jury might have been left with a reasonable doubt (*R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277).

In this appeal, the Court of Appeal concluded otherwise and applied the curative proviso despite

C. *L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)*

Je vais maintenant examiner le principal moyen d'appel. Lors de l'appel interjeté contre le premier procès en l'espèce, la Cour d'appel a statué que les directives au jury n'avaient pas suffisamment traité des faiblesses de la preuve d'identification et elle a refusé d'appliquer la disposition réparatrice. Le juge Legg a souligné, au nom de la cour, que l'erreur commise dans les directives sur l'identification était grave mais que la preuve circonstancielle soumise par le ministère public était concluante. Il a toutefois conclu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu avoir un doute raisonnable (*R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277).

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu le contraire et elle a appliqué la disposition réparatrice malgré

the erroneous instructions on the effect of a rejected alibi.

les directives erronées concernant l'effet d'un alibi rejeté.

70 In my view, and with the greatest respect for the contrary opinion of the Court of Appeal in the present appeal, the proviso cannot be used to overcome the instructions on the inference of guilt arising from the rejected alibi which erroneously provided the jury with a direct route to conviction.

À mon avis et en toute déférence pour l'opinion contraire de la Cour d'appel en l'espèce, on ne saurait recourir à la disposition réparatrice pour faire abstraction des directives sur l'inférence de culpabilité résultant de l'alibi rejeté qui ont à tort ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité.

71 The proper test for the application of the proviso has been enunciated by this Court on a number of occasions (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53). It is the task of this Court to determine whether there is "any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made" (*Bevan, supra*, at p. 617). The application of the proviso was recently reviewed in *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86. As I indicated in that case, the case law distinguishes between trivial errors, or errors that had no effect on the verdict, and serious errors of law which could have tainted the conviction. In the former case, the proviso can readily be applied. In the latter, it should not be applied unless the evidence of guilt is so overwhelming that any other reasonable jury would inevitably convict.

La Cour a énoncé à maintes reprises le critère d'application de la disposition réparatrice (voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53). Il appartient à la Cour de déterminer s'il existe « une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question » (*Bevan*, précité, p. 617). L'application de la disposition réparatrice a récemment été examinée dans l'arrêt *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86. Comme je l'ai indiqué dans cette affaire, la jurisprudence établit une distinction entre les erreurs négligeables, ou erreurs n'ayant aucune incidence sur le verdict, et les erreurs de droit graves qui ont pu vicier la déclaration de culpabilité. Dans le premier cas, la disposition réparatrice peut s'appliquer aisément. Dans le dernier cas, elle ne devrait s'appliquer que si la preuve de culpabilité est à ce point accablante que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité.

72 The Crown concedes that the trial judge's instructions were in error. The error in this case was not a trivial error nor one that would be unlikely to have had any effect on the verdict. As stated above, the trial judge's erroneous instructions implied that the jury could find evidence of concoction allowing them to infer that the accused was guilty. This is a serious error that provided the jury with a direct route to guilt. Despite the circumstantial evidence that points to the accused, I do not think that one can confidently say that a conviction is a foregone conclusion in the sense that any other reasonable jury would inevitably convict. The jury

Le ministère public reconnaît que les directives de la juge du procès étaient erronées. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'une erreur négligeable ni d'une erreur qui n'aurait vraisemblablement eu aucune incidence sur le verdict. Comme nous l'avons vu, les directives erronées de la juge du procès laissaient entendre que le jury pouvait conclure à l'existence d'une preuve de fabrication lui permettant d'inférer que l'accusé était coupable. Il s'agit là d'une erreur grave qui a ouvert au jury une voie directe vers une déclaration de culpabilité. Malgré la preuve circonstancielle qui tend à prouver la culpabilité de l'accusé, je ne crois pas que l'on puisse dire en

deliberations were long in both trials. In the present appeal, the jury deliberated for several days.

It is obvious that the jury needed proper guidance after a trial that was not an open and shut case. Not only is it possible that the erroneous alibi instructions played a part in the conviction, but without the benefit of actually hearing the evidence and assessing the credibility of the witnesses for the defence, it is not in my view possible to conclude that any other reasonable jury would also inevitably convict.

In order to convict, the jury has to overcome some of the troubling features of the case: the absence of motive; the limited opportunity, even if the evidence of alibi is in part disbelieved; and the absence of any evidence linking the appellant to the scene of the crime. The jury will also have to overcome the strange confirmation by the victim, herself, that she in fact had met a man, at a previous open house, who shared many of the personal characteristics of the appellant — he and his family had recently arrived in Duncan from Ontario, he was looking for a house as he was waiting for his pension — in fact, their personal details had struck her as sufficiently similar that she wondered if it was the same man the minute her assailant conveyed that information to her. She concluded that it was not. Of course she could be mistaken, in which case such a mistake would cast serious doubt on the accuracy of all of her identification evidence. On the other hand, if she is right, this is an exculpatory coincidence that is potentially as cogent as some of the inculpatory ones. Innumerable details will have to be factored into the ultimate conclusion of the jury — the frequency of the appellant wearing glasses, the prominence of the scar on his face that was not noted by the identification witnesses, the 25-cent sticker on the “Andy Capp” hat, Mrs. McLeod’s consistent description of the hat worn by the assailant as brown while the hat found on the dyke was blue, and the hairs on that hat that did not belong to the appellant. In order to

toute confiance qu’une déclaration de culpabilité est inéluctable en ce sens que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité. Les délibérations du jury ont été longues dans les deux procès. En l’espèce, le jury a délibéré pendant plusieurs jours.

Il est évident que le jury avait besoin de directives adéquates à la suite d’un procès dont le résultat n’était pas acquis d’avance. Non seulement les directives erronées concernant l’alibi ont-elles pu jouer un rôle dans la déclaration de culpabilité, mais sans le bénéfice d’une véritable audition de la preuve et faute de pouvoir apprécier la crédibilité des témoins de la défense, j’estime qu’il n’est pas possible de conclure que tout autre jury raisonnable aurait inévitablement conclu à la culpabilité.

Pour conclure à la culpabilité, le jury doit surmonter certains aspects troublants de l’affaire : l’absence de mobile, l’occasion limitée de commettre le crime, même si l’on rejette en partie la preuve d’alibi, et l’absence de preuve reliant l’appelant aux lieux du crime. Le jury devra également surmonter l’étrange confirmation par la victime elle-même qu’elle avait en fait rencontré, lors d’une précédente visite libre, un homme qui partageait plusieurs des caractéristiques personnelles de l’appelant — lui et sa famille étaient arrivés récemment à Duncan en provenance de l’Ontario, il était à la recherche d’une maison en attendant de toucher sa pension — en réalité, ces détails personnels lui ont paru assez semblables pour qu’elle se demande, dès que son agresseur lui a fait part de ces renseignements, s’il s’agissait du même homme. Elle a conclu que ce n’était pas le cas. Bien sûr, elle peut avoir commis une erreur et, le cas échéant, cette erreur viendrait mettre sérieusement en doute l’exactitude de l’ensemble de sa preuve d’identification. Par contre, si elle a raison, il s’agit d’une coïncidence disculpatoire, qui peut être aussi convaincante que certaines coïncidences inculpatives. Le jury devra prendre en compte d’innombrables détails pour tirer la conclusion qu’il est, en définitive, appelé à tirer — la fréquence du port de lunettes par l’appelant, l’importance de la cicatrice sur son visage, que n’ont pas remarqué les témoins en matière d’identification, l’autocollant portant l’inscription « 25 cents » sur la casquette

73

74

convict, a reasonable jury will have to address these matters in light of its appreciation of the credibility of the witnesses, including the appellant, who himself testified.

75 These are all matters properly decided by the jury.

VII. Disposition

76 I would therefore allow the appeal and order a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. were delivered by

77 BASTARACHE J. (dissenting) — Though I agree that the trial judge did not err in her instructions to the jury on identification evidence, I disagree that a stronger warning was appropriate in the circumstances of the case. In addition, I find that the error in respect of the trial judge's instructions on alibi was not so serious as to preclude the Court of Appeal from applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the "proviso"), to cure the error. These two issues are discussed in turn below.

I. Adequacy of the Trial Judge's Warning on Identification Evidence

78 I agree with my colleague that the trial judge's directions to the jury on identification evidence did not constitute an error of law. Moreover, I find that the trial judge's warning in this regard was adequate. This Court has recognized the frailties of identification evidence. Yet it has also acknowledged that to take from the jury direct evidence of identification where the quality of that evidence is questionable risks obliterating the clear line separating the functions of the judge and jury. As stated by McIntyre J. in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R.

de style « Andy Capp », le fait que M^{me} McLeod a constamment décrit la casquette portée par l'agresseur comme étant brune alors que celle trouvée sur la digue était bleue, et les cheveux prélevés sur cette casquette qui n'étaient pas ceux de l'appellant. Pour conclure à la culpabilité, un jury raisonnable devra aborder ces questions à la lumière de son appréciation de la crédibilité des témoins, dont l'appellant qui a lui-même témoigné.

Ce sont toutes des questions qu'il appartient au jury de trancher.

VII. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je conviens que la juge du procès n'a commis aucune erreur dans les directives qu'elle a données au jury relativement à la preuve d'identification, mais je ne suis pas d'accord pour dire qu'il convenait de faire une mise en garde plus ferme dans les circonstances de la présente affaire. En outre, j'estime que l'erreur contenue dans les directives que la juge a données au sujet de l'alibi n'était pas grave au point d'empêcher la Cour d'appel d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (la « disposition réparatrice »), pour y remédier. Ces deux questions sont analysées à tour de rôle ci-après.

I. Le caractère suffisant de la mise en garde de la juge du procès relativement à la preuve d'identification

Je conviens avec ma collègue que les directives que la juge du procès a données au jury relativement à la preuve d'identification ne constituent pas une erreur de droit. De plus, j'estime que la mise en garde qu'elle a formulée à cet égard est suffisante. Notre Cour a reconnu les faiblesses de la preuve d'identification. Cependant, elle a également admis que, si on soustrait à l'appréciation du jury une preuve directe d'identification lorsque la qualité de cette preuve est douteuse, on risque de supprimer la ligne de démarcation claire qui existe entre

802, at p. 844, “[q]uestions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury.” In my view, the trial judge’s direction to the jury pointed out the general and specific problems with the identification evidence while at the same time respecting the role of the jury to weigh the evidence that was properly before it.

The trial judge clearly discharged her obligation to highlight the inherent frailty of identification evidence and to explain the factors underlying its frailty: see *Mezzo, supra*, at p. 845, citing *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; see also *Canning v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 991. In this respect, she provided the following general caution:

I am going to give you a special warning about the evidence of eye witnesses. As you know, it is such a major issue here, the issue of identity. Every once in a while in our courts a person is convicted of an offence even though she or he is innocent, and when this does happen it is often because a mistake has been made by one or more eye witnesses. It is easy to see how this can happen. You no doubt have had experience yourself where you think you have recognized someone and then found out that the person you thought it was is not the person you thought it was. An eye witness can be very convincing when that witness honestly believes that the accused person is the person she or he saw. Observation and memory can be unreliable when it comes to identification of people because people make honest mistakes. So when considering the evidence of the eye witnesses, it might be helpful for you, and I urge you to use the following guidelines paying particular attention to each eye witness’ opportunity to observe the person being described or identified.

The trial judge then went on to identify with reference to the facts several factors including the length of time the witness observed the person being identified, the distance from which the observation was made, the lighting conditions and the presence of obstructions, the time that had elapsed since the time the person was identified, the eyesight and memory of the witnesses, and consistencies and

les fonctions du juge et celles du jury. Comme l’a affirmé le juge McIntyre dans *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 844, « [L]es questions de la crédibilité et du poids qu’il faut accorder à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. » À mon avis, dans la directive qu’elle a donnée au jury, la juge du procès a fait ressortir les problèmes généraux et spécifiques que pose la preuve d’identification tout en respectant le rôle du jury qui était de soupeser la preuve dont il était saisi à bon droit.

La juge du procès s’est clairement acquittée de son obligation de souligner la faiblesse inhérente de la preuve d’identification et d’expliquer les facteurs qui y contribuent : voir *Mezzo*, précité, p. 845, citant *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; voir également *Canning c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 991. À cet égard, elle a formulé la mise en garde générale suivante :

[TRADUCTION] Je vous mets particulièrement en garde contre les dépositions des témoins oculaires. Comme vous le savez, la question de l’identité est très importante en l’espèce. Il arrive parfois, devant nos tribunaux, qu’une personne soit déclarée coupable d’une infraction malgré son innocence, et lorsque cela se produit, c’est souvent à cause d’une erreur commise par un seul ou plusieurs témoins oculaires. Il est facile de voir comment cela peut arriver. Il vous est sans doute déjà arrivé à vous-mêmes de croire que vous avez reconnu quelqu’un, pour ensuite réaliser que cette personne n’était pas celle que vous pensiez. Un témoin oculaire peut être très convaincant lorsqu’il croit sincèrement que l’accusé est la personne qu’il a vue. Le sens de l’observation et la mémoire peuvent être sujets à caution lorsqu’il s’agit d’identifier des personnes, du fait que les gens commettent des erreurs de bonne foi. Ainsi, lorsque vous examinerez les dépositions des témoins oculaires, il pourrait être utile, et je vous incite à suivre les directives suivantes, que vous prêtiez une attention particulière à l’occasion que chaque témoin oculaire a eue d’observer la personne décrite ou identifiée.

La juge du procès a alors dégagé plusieurs éléments des faits, dont le laps de temps pendant lequel le témoin a observé la personne identifiée, la distance à laquelle il se trouvait lorsque l’observation a été faite, les conditions d’éclairage et la présence d’obstacles, le temps écoulé depuis l’identification de la personne, la vue et la mémoire des témoins, ainsi que la cohérence et l’incohérence des

inconsistencies between the testimonies given by the eye witnesses. Following this, she added an additional caution:

Bear in mind that although identification by one witness can support that of the other, even a number of honest witnesses can be mistaken.

81

In *Canning, supra*, this Court confirmed that in addition to providing a general caution regarding the frailties of identification evidence, the trial judge must also relate the need for caution to the particular facts of the case. In my view, the trial judge adequately provided this aspect of the required warning. Specific vulnerabilities in the identification evidence were identified by the trial judge and discussed in considerable detail. The trial judge raised the question: "Did the eye witness see a photograph of the person described before making the identification?" In answer to this she reviewed the following evidence:

In this case you have evidence that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker saw a photograph of the accused in the photographic line up prior to identifying the accused in court. Ms. Visscher did as well, and she was unable to identify the accused in court as the man she saw on the dike. Both Mrs. McLeod and Mrs. Baker had seen news coverage on television of the accused leaving the courthouse after he was charged. As well you have the evidence of Janet McLeod that she watched the television newscast three times, and that in so doing the television picture of the accused was stopped. The freeze frame photo has been referred to. She said she watched the news on December 14, 1993 to make sure it is the right person. Those were her words. She and her husband froze the picture of the accused in the newscast and she looked at it and she said then and she says now that the accused is the right person.

82

The trial judge proceeded to provide the jury with a clear explanation of the significance of the above evidence:

. . . you must consider the possibility that Mrs. McLeod identified the accused in court from her memory of either the photograph in the line up or the television newscast instead of from her memory of the person she saw at 151 Campbell Street on October 24, 1993. You must also

dépositions des témoins oculaires. Elle a ensuite fait une autre mise en garde :

[TRADUCTION] Rappelez-vous que, même si l'identification faite par un témoin peut corroborer celle d'un autre témoin, bon nombre de témoins sincères peuvent se tromper.

Dans l'arrêt *Canning*, précité, notre Cour a confirmé qu'en plus de faire une mise en garde générale sur les faiblesses de la preuve d'identification, le juge du procès doit également établir un lien entre la nécessité de faire montre de circonspection et les faits particuliers de l'affaire. À mon avis, la juge du procès a bien fait la mise en garde requise à cet égard en relevant et en analysant minutieusement certains points faibles de la preuve d'identification. Elle s'est demandé : [TRADUCTION] « Le témoin oculaire a-t-il vu une photo de la personne décrite avant de l'identifier? » Elle a répondu à cette question en examinant la preuve suivante :

[TRADUCTION] En l'espèce, vous avez la preuve que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux vu une photo de l'accusé lors d'une séance d'identification à l'aide de photos, avant de l'identifier à l'audience. Mademoiselle Visscher a également vu une photo de l'accusé et elle a été incapable de l'identifier à l'audience comme étant l'homme qu'elle avait vu sur la digue. Mesdames McLeod et Baker ont toutes les deux vu un reportage télévisé dans lequel l'accusé quittait le palais de justice après avoir été inculpé. De même, vous disposez du témoignage de Janet McLeod selon lequel elle a regardé le bulletin d'information trois fois, en arrêtant sur l'image de l'accusé. On a évoqué la question de l'image figée. Elle a dit avoir regardé les nouvelles le 14 décembre 1993, pour s'assurer qu'il s'agissait de la bonne personne. Ce sont là ses propres mots. Son mari et elle ont fait un arrêt sur l'image de l'accusé présentée dans le bulletin d'information, elle l'a examinée et elle a alors affirmé et continue maintenant d'affirmer que l'accusé est la bonne personne.

La juge du procès a alors donné au jury une explication claire de l'importance de cette preuve :

[TRADUCTION] . . . vous devez tenir compte de la possibilité que M^{me} McLeod ait identifié l'accusé à l'audience en fonction du souvenir qu'elle avait soit des photos qui lui avaient été montrées soit des nouvelles télévisées, au lieu de le faire en fonction du souvenir qu'elle avait de

consider the same possibility in respect of Mrs. Baker's in court identification of the accused.

I also remind you that both Mrs. McLeod and Mrs. Baker positively identified the accused for the first time when each was asked to identify him in the courtroom at the preliminary hearing and at the first trial and at this trial and the law provides that the identification of the accused for the first time in the courtroom after a failure to positively identify him from a photo line up is to be accorded little weight.

After providing specific cautions regarding the possibility that the in-court identification was tainted and was in any event entitled to little weight given the inability of witnesses to pick the accused out of a photo line-up, the trial judge summed up her instruction on identification evidence as follows:

It is open to you to find that the Crown's case on visual identification evidence is vulnerable for some of the reasons that have been outlined and applying the guidelines I have given you.

The appellant argues that the trial judge should have instructed the jury that Mrs. McLeod's and Mrs. Baker's in-court identification should be accorded no weight whatsoever given the possibility that these witnesses were basing their identification on subsequent observations of the appellant (on television, at the preliminary hearing at the first trial) rather than on their recollection of the appellant at the scene of the crime. He further asserts that the failure of the witnesses to positively identify him prior to seeing him on television and in court strengthens the argument that the in-court identification should be given no weight.

My colleague rejects the appellant's argument that the trial judge should have instructed the jury to accord no weight to the in-court identification. She is of the opinion that the in-court identification was entitled to some weight. She notes in this respect that the in-court identification served to confirm that the accused was, in the opinion of Mrs. McLeod and Mrs. Baker, the same man they saw through the

la personne qu'elle avait aperçue au 151, rue Campbell, le 24 octobre 1993. Vous devez tenir compte de la même possibilité en ce qui concerne l'identification de l'accusé faite à l'audience par M^{me} Baker.

Je vous rappelle également que M^{mes} McLeod et Baker ont toutes les deux identifié formellement l'accusé pour la première fois lorsqu'on a demandé à chacune d'elles de l'identifier dans la salle d'audience à l'enquête préliminaire, au premier procès et au présent procès, et la loi prévoit que peu de poids doit être accordé à l'identification de l'accusé faite pour la première fois dans la salle d'audience par une personne qui ne l'a pas identifié formellement lors d'une séance d'identification à l'aide de photos.

Après avoir explicitement mis le jury en garde contre la possibilité que l'identification à l'audience soit viciée et l'avoir prévenu qu'il fallait, de toute façon accorder peu de poids à cette preuve vu l'incapacité des témoins d'identifier l'accusé parmi les photos leur ayant été montrées, la juge du procès a résumé ainsi sa directive sur la preuve d'identification :

[TRADUCTION] Vous pouvez conclure que la preuve d'identification visuelle du ministère public est fragile pour certains des motifs exposés et en appliquant les directives que je vous ai données.

L'appelant fait valoir que la juge du procès aurait dû dire au jury qu'il ne devait accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience par M^{mes} McLeod et Baker, vu la possibilité que ces témoins aient fondé leur identification sur des observations subséquentes de l'appelant (à la télévision, à l'enquête préliminaire, au premier procès) plutôt que sur le souvenir qu'elles avaient de lui sur les lieux du crime. Il soutient de plus que le fait que les témoins ne l'aient pas identifié formellement avant de le voir à la télévision et à l'audience renforce l'argument selon lequel aucun poids ne doit être accordé à l'identification faite à l'audience.

Ma collègue rejette l'argument de l'appelant selon lequel la juge du procès aurait dû dire au jury de n'accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience. Elle est d'avis qu'il faut accorder un certain poids à cette identification. Elle fait remarquer à cet égard que l'identification faite à l'audience a servi à confirmer que l'accusé était, de l'avis de M^{mes} McLeod et Baker, l'homme qu'elles avaient

83

84

85

chain of events (from arrest through to the second trial). In addition, she notes that a jury may be concerned if a witness was not asked to identify an accused in court as the perpetrator and might draw an adverse inference against the Crown if the question was not asked. Moreover, in-court identification serves some purpose since the inability of a witness to identify the accused in court as the perpetrator is entitled to some weight.

86 While she would not require the trial judge to instruct the jury that the in-court identification was entitled to no weight, she would have preferred the trial judge to instruct the jury that they could not rely on the in-court identification as direct reliable identification of the perpetrator of the offence. For the reasons discussed below, it is my opinion that a warning of that nature was neither necessary nor desirable.

87 The first problem I have with the instruction suggested by my colleague is that it appears inconsistent and therefore risks confusing the jury. On the one hand, the jury is told that in-court identification has some purpose and in particular can be used to refute the Crown's theory that the accused is the perpetrator if the witness is unable to identify the accused as the perpetrator in court. On the other hand, they are told that a positive in-court identification of the accused as the perpetrator should not be relied upon as direct reliable evidence of the identification of the perpetrator. In my view, a jury would find these two views confusing and inconsistent and would tend to disregard in-court identification for any purpose. The approach of the trial judge in this case was preferable. Rather than instructing the jury to disregard the identification of the accused in court, she warned the jury that this evidence was entitled to little weight and accompanied this warning with a clear explanation as to why the evidence was entitled to little weight given the particular circumstances of the case.

vu tout au long de la suite des événements (depuis l'arrestation jusqu'au deuxième procès). De plus, elle fait observer que, si on ne demandait pas à un témoin d'identifier un accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime, un jury pourrait se préoccuper de cette lacune et faire alors une inférence défavorable au ministère public. Par surcroît, l'identification faite à l'audience a son utilité puisqu'il faut accorder un certain poids à l'incapacité d'un témoin d'identifier l'accusé, à l'audience, comme étant l'auteur du crime.

Ma collègue n'aurait pas exigé de la juge du procès qu'elle informe le jury qu'il ne fallait accorder aucun poids à l'identification faite à l'audience, mais elle aurait préféré qu'elle dise au jury qu'il ne pourrait pas considérer l'identification faite à l'audience comme une identification directe fiable de l'auteur de l'infraction. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une mise en garde de cette nature n'était ni nécessaire ni souhaitable.

Le premier problème que pose, à mon avis, la directive proposée par ma collègue est qu'elle semble contradictoire et risque donc de semer la confusion dans l'esprit des jurés. D'une part, on dit au jury que l'identification faite à l'audience a une certaine utilité et, notamment, qu'elle peut servir à réfuter la théorie du ministère public selon laquelle l'accusé est l'auteur du crime, si le témoin est incapable de l'identifier à l'audience comme étant l'auteur du crime. D'autre part, on dit au jury de ne pas considérer l'identification formelle de l'accusé à l'audience comme une preuve directe fiable de l'identification de l'auteur du crime. À mon avis, un jury trouverait ces deux avis déroutants et contradictoires et aurait tendance à ne tenir aucun compte de l'identification faite à l'audience. L'approche proposée par la juge du procès en l'espèce était préférable. Plutôt que de dire au jury de ne pas tenir compte de l'identification de l'accusé à l'audience, elle l'a prévenu qu'il fallait accorder peu de poids à cette preuve et elle a accompagné cette mise en garde d'une explication claire de la raison pour laquelle il fallait accorder peu de poids à la preuve en question dans les circonstances particulières de l'affaire.

Perhaps a more significant problem with the instruction suggested by my colleague is that it encroaches upon the jury's essential function as the trier of fact. Once the decision has been made to allow evidence to be put before the jury, it is ultimately up to the jury to determine what weight to attribute to that evidence. Though this Court recognizes that there are certain frailties associated with identification evidence that must be brought to the attention of the jury, properly admitted identification evidence should not be effectively removed from the jury's consideration by means of the trial judge's instruction. As was stated by Weiler J.A. in *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, at para. 91:

The trial judge was correct that the generally accepted state of the law is that, where evidence is tainted, either because identification was suggested by the accused's presence in the prisoner's box or as a result of inappropriate police procedures, the evidence is not thereby rendered inadmissible. Rather, the evidence of tainting is a factor going to the weight of the evidence which is exclusively the province of the jury. See *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; 68 N.R. 1; 43 Man. R. (2d) 161; 27 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Miaponoose (A.)* (1996), 93 O.A.C. 115; 110 C.C.C. (3d) 445, at p. 458 (C.A.); *R. v. Buric (G.J.) et al.* (1996), 90 O.A.C. 321; 106 C.C.C. (3d) 97, at p. 112 (C.A.), per Labrosse, J.A, whose reasons were affirmed at (1997), 209 N.R. 241; 98 O.A.C. 398; 114 C.C.C. (3d) 95 (S.C.C.). [Emphasis added.]

In this case, it was open to the jury to determine that Mrs. McLeod and Mrs. Baker were able to identify the accused in court because they recognized the accused as the perpetrator of the crime. The trial judge cautioned the jury regarding the dangers associated with drawing this conclusion without unduly impinging upon the jury's function to weigh the evidence.

The final problem that I have with the instruction suggested by my colleague is that it seems to create a spectrum of warnings from which the trial judge must choose when instructing a jury regarding in-court identification. While in some cases it may be appropriate for the trial judge to instruct the jury to accord "little weight" to the in-court identification, in other cases the trial judge must instruct the jury that in-court identification should not be used as

La directive proposée par ma collègue pose un problème peut-être plus grave en ce qu'elle empiète sur la fonction essentielle du jury qui est d'agir comme juge des faits. Une fois qu'il a été décidé de soumettre un élément de preuve à l'appréciation du jury, c'est à ce dernier qu'il revient, en fin de compte, de décider du poids à accorder à cette preuve. Bien que notre Cour reconnaisse qu'il faut attirer l'attention du jury sur certaines faiblesses liées à la preuve d'identification, une preuve d'identification admise à bon droit ne doit pas, dans les faits, être soustraite à l'appréciation du jury au moyen d'une directive du juge du procès. Comme l'affirme la juge Weiler dans l'arrêt *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, par. 91 :

[TRADUCTION] Le juge du procès a eu raison de déclarer que, selon l'état du droit, tel qu'il est généralement reconnu, lorsque la preuve est viciée, soit parce que l'identification a été suggérée par la présence de l'accusé sur le banc des accusés ou par suite de procédures policières irrégulières, elle ne devient pas de ce fait inadmissible. La preuve d'un vice est un facteur qui influence le poids à accorder aux éléments de preuve, dont l'appréciation relève exclusivement du jury. Voir *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802, 68 N.R. 1, 43 Man. R. (2d) 161, 27 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Miaponoose (A.)* (1996), 93 O.A.C. 115, 110 C.C.C. (3d) 445, p. 458 (C.A.); *R. c. Buric (G.J.) et al.* (1996), 90 O.A.C. 321, 106 C.C.C. (3d) 97, p. 112 (C.A.), le juge Labrosse, dont les motifs ont été confirmés dans (1997), 209 N.R. 241, 98 O.A.C. 398, 114 C.C.C. (3d) 95 (S.C.C.). [Je souligne.]

En l'espèce, le jury pouvait conclure que M^{mes} McLeod et Baker avaient été capables d'identifier l'accusé à l'audience parce qu'elles l'avaient reconnu comme étant l'auteur du crime. La juge du procès a prévenu le jury des dangers liés à cette conclusion sans empiéter indûment sur la fonction du jury qui est de soupeser la preuve.

Le dernier problème que pose, selon moi, la directive proposée par ma collègue est qu'elle semble créer un éventail de mises en garde parmi lesquelles le juge du procès doit choisir lorsqu'il donne au jury des directives sur l'identification faite à l'audience. Bien que, dans certains cas, il puisse convenir que le juge du procès dise au jury d'accorder « peu de poids » à l'identification faite à l'audience, dans d'autres cas, le juge du procès doit informer le jury

evidence of “direct reliable identification”, a standard which presumably lies somewhere in between “little weight” and “no weight”. In my view, creating a myriad of appropriate cautions ranging from “little weight” to “no weight” is unnecessary and confusing and will have the undesirable effect of spawning a new ground for appeal.

que l’identification faite à l’audience ne devrait pas être considérée comme étant une preuve « d’identification directe fiable », une norme qui se situe probablement quelque part entre « peu de poids » et « aucun poids ». À mon avis, créer une myriade de mises en garde appropriées allant du « peu de poids » à « aucun poids » est inutile et déroutant, en plus d’avoir pour effet non souhaité de créer un nouveau moyen d’appel.

90

Furthermore, where the Court concludes that the warning provided by the trial judge was adequate taking into account the circumstances of the case, it is unnecessary to suggest an alternative preferable method of cautioning the jury. As I stated in *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53, at para. 24:

En outre, lorsque notre Cour conclut que la mise en garde faite par le juge du procès était suffisante compte tenu des circonstances de l’affaire, il n’est pas nécessaire de proposer une autre méthode préférable de mise en garde du jury. Comme je l’ai affirmé dans l’arrêt *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53, par. 24 :

Even if the trial judge could have expressed himself more clearly, “a standard of perfection is not the test when an appellate court reviews a jury charge” (*R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123, at para. 15). In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, our Court recognized at para. 2 that while there is an entitlement to a properly instructed jury, “(t)here is . . . no requirement for perfectly instructed juries” (emphasis deleted). One must accept that it is not incumbent on the trial judge to make an argument for the defence or to fashion the most favourable charge to the defence; see *R. v. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (Sask. C.A.).

Même si le juge du procès aurait pu s’exprimer de façon plus claire, « la norme qu’applique une cour d’appel qui examine un exposé au jury n’est pas celle de la perfection » (*R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123, au par. 15). Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, notre Cour reconnaît (au par. 2) que, même si le droit à un jury ayant reçu des directives appropriées existe, « (i)l n’existe (. . .) aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (soulignement omis). Force nous est d’accepter qu’il n’incombe pas au juge du procès de présenter un argument favorable à la défense ou un exposé au jury qui profite à celle-ci (voir *R. c. Dickhoff* (1998), 130 C.C.C. (3d) 494 (C.A. Sask.)).

91

The above principle, which eschews a formulaic approach to the trial judge’s charge to the jury, was echoed in the specific context of the trial judge’s instructions on identification evidence in *R. v. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362, a decision of the British Columbia Court of Appeal, at paras. 39 to 41:

Dans l’arrêt *R. c. Edwardson* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362, par. 39-41, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a repris, dans le contexte particulier des directives sur la preuve d’identification, le principe susmentionné qui évite l’approche fondée sur l’application d’une formule en matière d’exposé du jury au jury :

As I have noted, there has been a reluctance on the part of this and other appellate courts to adopt a general rule such as that found in the *Turnbull* case. The reason for that is undoubtedly the fear that in some cases a special instruction on the inherent frailties of eyewitness identification will induce juries to reject accurate identifications and acquit where they should convict.

[TRADUCTION] Comme je l’ai fait observer, notre cour et les autres tribunaux d’appel sont réticents à adopter une règle générale comme celle établie dans l’affaire *Turnbull*. Cette réticence est sans doute motivée par la crainte que, dans certains cas, une directive spéciale sur les faiblesses inhérentes de l’identification par témoin oculaire incite les jurés à rejeter des identifications exactes et à acquitter un accusé qu’ils auraient dû déclarer coupable.

But that concern can be met by casting the special instruction in language appropriate to the case. The

Mais il est possible de régler ce problème en formulant la directive spéciale dans des termes adaptés aux

precise point which has been made time and again is that there is no rigid formulation for such instruction. Each should be designed with specific reference to the evidence which either supports or casts doubt on the eyewitness identification. . . .

In all cases the jury should be told that they ought not to resile from acting upon an eyewitness identification if, after taking into account the various weaknesses which have been pointed out to them by both the judge and counsel, and exercising the required caution, they are nonetheless satisfied beyond a reasonable doubt that it is an accurate identification. [Emphasis added.]

For the reasons expressed above, I also think that the suggestions put forward by my colleague at para. 52 are unnecessary, and in some instances, undesirable. My colleague suggests that the trial judge should have emphasized “the very weak link between the confidence level of a witness and the accuracy of that witness”. In my view, the trial judge communicated that idea to the jury when she explained that an eyewitness can be very convincing when he or she honestly believes that the accused person is the person she or he saw, but that “[o]bservation and memory can be unreliable when it comes to identification of people because people make honest mistakes.”

In the same paragraph (para. 52), my colleague says that the trial judge should have stressed that Mrs. McLeod could not have divorced her previous recollection of the assailant from the mental images she formed after having seen the appellant arrested by the police on television. I disagree that a caution of this nature should have been given by the trial judge. As I discussed above, whether Mrs. McLeod was able to identify the accused as her assailant, or whether she was merely identifying him as the man she saw being arrested and at previous hearings, was ultimately a question for the jury to answer.

II. Application of the Proviso to the Trial Judge’s Erroneous Instruction on Alibi

This Court has established that the question to be asked when considering the application of

circonstances. La remarque qui a maintes fois été réitérée est qu’il n’existe aucune formule rigide pour une telle directive. Chaque directive devrait renvoyer spécifiquement à la preuve qui appuie l’identification par témoin oculaire ou jette un doute à cet égard . . .

Dans tous les cas, on devrait dire au jury qu’il ne doit pas s’abstenir de se fonder sur une identification par témoin oculaire si, après avoir tenu compte des diverses faiblesses qui lui ont été soulignées par le juge et l’avocat, et avoir fait preuve de la prudence nécessaire, il est néanmoins convaincu hors de tout doute raisonnable que l’identification est exacte. [Je souligne.]

Pour les motifs qui précèdent, je crois également que les propositions faites par ma collègue, au par. 52, sont inutiles et, dans certains cas, non souhaitables. Ma collègue fait valoir que la juge du procès aurait dû insister « sur le fait que le lien existant entre le niveau de confiance d’un témoin et l’exactitude de son témoignage est très ténu ». À mon avis, la juge du procès a communiqué cette idée au jury en expliquant qu’un témoin oculaire peut être très convaincant lorsqu’il croit sincèrement que l’accusé est la personne qu’il a vue, mais que [TRADUCTION] «[l]e sens de l’observation et la mémoire peuvent être sujets à caution lorsqu’il s’agit d’identifier des personnes, du fait que les gens commettent des erreurs de bonne foi. »

Au même paragraphe (par. 52), ma collègue affirme que la juge du procès aurait dû souligner que M^{me} McLeod ne pouvait pas avoir dissocié le souvenir antérieur qu’elle avait de son agresseur de l’image mentale qu’elle s’était formée après avoir vu l’appelant être arrêté par la police à la télévision. Je ne considère pas que la juge du procès aurait dû donner une mise en garde de cette nature. Comme nous l’avons vu, la question de savoir si M^{me} McLeod était capable d’identifier l’accusé comme étant son agresseur, ou si elle l’a simplement identifié comme étant l’homme qu’elle a vu en état d’arrestation et lors des audiences précédentes, est une question qu’il appartient au jury de trancher en définitive.

II. Application de la disposition réparatrice aux directives erronées que la juge du procès a données au sujet de l’alibi

Notre Cour a établi que, pour décider si le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* s’applique,

92

93

94

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 616; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 58; *Charlebois*, *supra*, at para. 11; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 48; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 28.

95

In answering the above question, the strength of the Crown's case, otherwise stated as "the legally admissible evidence untainted by the error", is but one factor to be considered along with the seriousness of the error in question and the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process (*Jolivet*, *supra*, at para. 54). I agree with the Court of Appeal that the Crown's case was a strong one. However, in my view, it is the latter two factors that are dispositive of this case. The trial judge mitigated the seriousness of the error contained in the then standard jury instructions by tailoring the instruction to the particular circumstances of the case. When the error in the trial judge's instructions on alibi is considered in the context of the charge as a whole and against the background of the entire trial, it is evident that there was no reasonable possibility that the error would have impacted upon the reasoning process of the jury.

96

I agree with my colleague that case law applying the proviso distinguishes between trivial errors, or errors that had no effect on the verdict, and serious errors of law which could taint the conviction. Where the error is determined to be "serious", the proviso should not be applied unless the evidence of guilt untainted by the error is so overwhelming that any other reasonable jury would inevitably convict (*Khan*, *supra*, at para. 26). My colleague suggests that the error made in this case was, by its very nature, serious. In my view, there is no independent yardstick by which to gauge the seriousness of the error. As McIntyre J. remarked in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 852, "[t]he Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial." Whether an error is considered "trivial" or whether it is "serious" depends

il faut se demander s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 58; *Charlebois*, précité, par. 11; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 48; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 28.

Pour répondre à la question susmentionnée, la force probante de la preuve du ministère public, c'est-à-dire « la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur », n'est qu'un des facteurs à considérer au même titre que la gravité de l'erreur en question et l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury (*Jolivet*, précité, par. 54). Je conviens avec la Cour d'appel que la preuve du ministère public était concluante. Cependant, j'estime que ce sont les deux derniers facteurs qui sont décisifs en l'espèce. Le juge du procès a atténué la gravité de l'erreur contenue dans les directives qui étaient alors habituellement données au jury en adaptant la directive aux circonstances particulières de l'affaire. Lorsqu'on examine l'erreur qu'elle a commise dans les directives sur l'alibi en fonction de l'ensemble de l'exposé et du procès, il est évident qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que cette erreur ait influé sur le raisonnement du jury.

Je conviens avec ma collègue que la jurisprudence dans laquelle la disposition réparatrice est appliquée établit une distinction entre les erreurs négligeables, ou erreurs n'ayant eu aucune incidence sur le verdict, et les erreurs de droit graves qui ont pu vicier la déclaration de culpabilité. Lorsqu'on juge que l'erreur est « grave », la disposition réparatrice ne devrait s'appliquer que si la preuve de la culpabilité non viciée par l'erreur est à ce point accablante que tout autre jury raisonnable conclurait inévitablement à la culpabilité (*Khan*, précité, par. 26). Ma collègue laisse entendre que l'erreur commise en l'espèce était grave de par sa nature même. À mon avis, aucun critère indépendant ne permet d'évaluer la gravité de l'erreur. Comme le juge McIntyre l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, p. 852, « [l]a cour d'appel

on the extent to which it can be said to have affected the jury's determination.

Whether or not the error was in this case "serious" necessitates an examination of the nature of the error and the likely effect it had on this jury's reasoning process. The trial judge's error consisted of giving the standard instruction concerning false alibi as contained in G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 8.04-1 to 8.04-4. Those instructions were found to be in error in *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (B.C.C.A.), a decision which the trial judge did not have the benefit of when charging the jury. *Tessier* holds that in the absence of some evidence of actual concoction, a disbelieved alibi has no evidentiary value and cannot be placed on the scales to contribute to a finding of guilt. It is therefore an error to instruct the jury that they can draw an inference of guilt from a disbelieved alibi in the absence of independent evidence of fabrication. The error is described in the following terms in *R. v. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (Ont. C.A.), at pp. 163-64:

This court has consistently held that in the absence of evidence of concoction, (there is no suggestion by the Crown that such exists in this case), an alibi that is disbelieved has no evidentiary value. It should not be added to other evidence to contribute to a finding of guilt. . . . As explained by Doherty J.A. in *Coutts*, this cannot be justified by pure logic because in many cases the inference of concoction, and thus consciousness of guilt, may flow naturally from disbelief. However, the safeguard is necessary to prevent the jury from short-circuiting the Crown's obligation to prove guilt beyond a reasonable doubt by moving directly from disbelief of an alibi to a finding of guilt.

The trial judge in this case instructed the jury: "If . . . you determine beyond a reasonable doubt that the alibi is false and was put forward to deceive you, this allows you to draw if you wish the

doit examiner les erreurs en fonction de l'ensemble du procès. » La question de savoir si une erreur est « négligeable » ou si elle est « grave » dépend de la mesure dans laquelle on peut dire qu'elle a influé sur la décision du jury.

La question de savoir si l'erreur commise en l'espèce était « grave » oblige à en examiner la nature et l'incidence probable sur le raisonnement du jury. L'erreur de la juge du procès a consisté à donner la directive habituelle sur les faux alibis, contenue dans l'ouvrage de G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 8.04-1 à 8.04-4. Ces directives ont été jugées erronées dans l'arrêt *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (C.A.C.-B.), dont ne bénéficiait pas la juge du procès lorsqu'elle a donné ses directives au jury. Suivant l'arrêt *Tessier*, en l'absence d'une preuve d'invention réelle, un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante et ne peut pas être pris en considération pour prononcer un verdict de culpabilité. Il est donc erroné de dire au jury, en l'absence d'une preuve indépendante d'invention, qu'il peut inférer d'un alibi auquel il n'ajoute pas foi que l'accusé est coupable. L'erreur est décrite ainsi dans l'arrêt *R. c. Krishantharajah* (1999), 133 C.C.C. (3d) 157 (C.A. Ont.), p. 163-164 :

[TRADUCTION] Notre cour a constamment jugé qu'en l'absence de preuve d'invention (le ministère public ne laisse pas entendre qu'il y a invention en l'espèce) un alibi auquel on n'ajoute pas foi n'a aucune valeur probante. On ne devrait pas l'ajouter aux autres éléments de preuve pour prononcer un verdict de culpabilité. [. . .] Comme l'a expliqué le juge Doherty dans la décision *Coutts*, la logique seule ne saurait justifier cela car, dans bien des cas, l'inférence d'invention et, par conséquent, la conscience de culpabilité peuvent découler naturellement de l'omission d'ajouter foi. Cependant, cette garantie est nécessaire pour empêcher le jury de court-circuiter l'obligation du ministère public d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable en passant directement de l'omission d'ajouter foi à un alibi à un verdict de culpabilité.

Dans la présente affaire, la juge du procès a dit ceci au jury : [TRADUCTION] « Si [. . .] vous décidez hors de tout doute raisonnable que l'alibi est faux et qu'il a été présenté dans le but de vous

inference that the accused is guilty.” To have acted impermissibly on this instruction, the jury would have had to have made an initial determination that the accused’s alibi was concocted. In addition, the jury would have had to have applied the inference to go directly to a finding of guilt without examining the whole of the evidence. For the reasons discussed below, I think that it is highly improbable that the jury reasoned in this way.

99

If the jury heeded the trial judge’s instructions they would have been unlikely to reach the conclusion that the accused’s alibi was concocted. In the portion of the instructions immediately following the erroneous instruction on alibi, the trial judge gave the following caution:

You have to examine all the evidence when you are deciding whether the alibi is merely untruthful or was fabricated or concocted in a way designed to hide guilt. Keep in mind that a person may tell an untrue story for reasons other than for trying to hide guilt, that the Crown here is not suggesting to you that the times as they relate to the defence of alibi are concocted. Rather the Crown is suggesting that the times testified to have been reconstructed through conversations among and between the accused, Mrs. Hibbert and the daughters. The Crown is therefore arguing the weight and encouraging you not to give it much weight, that is the evidence of specific times as testified to by the accused and family members. [Emphasis added.]

I agree with the respondent that this passage “could only have served to neutralize the effect of the erroneous passage of the instruction because it immediately withdrew it from the jury’s consideration”.

100

My colleague states that despite the trial judge’s clear instruction that the Crown was not suggesting that the alibi was concocted, the jury might nonetheless have reached that conclusion from the Crown’s cross-examination of Mrs. Hibbert. I find no suggestion in the Crown’s cross-examination of Mrs. Hibbert that the witnesses were lying. In cross-examination of Mrs. Hibbert, the Crown merely suggests that Mrs. Hibbert assisted the family members to remember the times of things that occurred

induire en erreur, vous pouvez en inférer, si vous le voulez, que l’accusé est coupable. » Pour agir de façon inacceptable en s’appuyant sur cette directive, le jury aurait dû commencer par décider que l’alibi de l’accusé était inventé. De plus, le jury aurait dû utiliser cette inférence pour prononcer directement un verdict de culpabilité sans examiner l’ensemble de la preuve. Pour les motifs énoncés ci-après, j’estime qu’il est fort improbable que le jury ait raisonné de cette façon.

Si le jury avait tenu compte des directives de la juge du procès, il n’aurait vraisemblablement pas conclu que l’alibi de l’accusé était inventé. Dans la partie des directives suivant immédiatement la directive erronée concernant l’alibi, la juge du procès a fait cette mise en garde :

[TRADUCTION] Vous devez examiner l’ensemble de la preuve pour décider si l’alibi est simplement faux ou s’il a été fabriqué ou inventé de manière à dissimuler la culpabilité. Rappelez-vous qu’une personne peut raconter une histoire fausse pour un autre motif que celui d’essayer de cacher sa culpabilité, que le ministère public en l’espèce ne vous laisse pas entendre que la chronologie mentionnée relativement à l’alibi invoqué comme moyen de défense a été inventée. Le ministère public laisse plutôt entendre que l’emploi du temps mentionné dans les témoignages a été reconstitué à partir des conversations intervenues entre l’accusé, M^{me} Hibbert et les filles. Le ministère public conteste donc la valeur probante de la chronologie mentionnée par l’accusé et les membres de sa famille dans leurs témoignages, et vous incite à ne pas accorder trop de poids à cette preuve. [Je souligne.]

Je conviens avec l’intimée que ce passage [TRADUCTION] « ne pouvait avoir que neutralisé l’effet du passage erroné de la directive étant donné qu’il le soustrayait aussitôt à l’appréciation du jury ».

Ma collègue affirme que, malgré la directive claire de la juge du procès selon laquelle le ministère public ne laissait pas entendre que l’alibi était inventé, le contre-interrogatoire de M^{me} Hibbert par le ministère public aurait pu néanmoins permettre au jury d’arriver à cette conclusion. Selon moi, rien dans ce contre-interrogatoire ne donne à penser que les témoins mentaient. En contre-interrogeant M^{me} Hibbert, le ministère public laisse simplement entendre que M^{me} Hibbert a aidé

on the day of the crime. In doing so the Crown puts forward the suggestion that there was “some confusion” regarding the times. Nor did the Crown’s closing argument suggest a concocted or false alibi.

Even in the unlikely event that the jury did conclude that the alibi was concocted, it seems improbable that the jury would have applied the inference to proceed directly to a finding of guilt without examining the whole of the evidence. Immediately preceding the erroneous instruction, the trial judge provided the jury with the following comprehensive instructions:

It is open to you to consider what effect if any the conversations among and between the various family and the accused have on the various times testified to, and it is for you to decide what weight you attribute to the evidence of the timing of the various events. Clearly the defence of alibi and issues of credibility are intertwined, and you must know that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of alibi cannot succeed. The accused does not have to prove anything.

Keep in mind three things, that if you accept the evidence in support of the defence of alibi, you must return a verdict of not guilty if you find that these times just do not allow for this accused to have committed the acts alleged. If you do not accept the evidence in support of the defence of alibi, but you are left in a reasonable doubt about it, you must return a verdict of not guilty. Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of alibi, you must still go on to determine whether or not on the basis of all the evidence the accused is guilty. [Emphasis added.]

In my view, the jury would likely take these comprehensive instructions as their guide to assessing the alibi evidence as opposed to drawing an inference of guilt based on a theory of concoction that was, as the trial judge carefully reminded, not before them.

les membres de sa famille à se rappeler la chronologie des événements survenus le jour du crime. Ce faisant, le ministère public fait valoir qu’il existait une [TRADUCTION] « certaine confusion » concernant la chronologie des événements. Le ministère public n’a pas non plus laissé entendre, dans sa plaidoirie finale, que l’alibi avait été inventé ou qu’il était faux.

Même dans le cas improbable où le jury aurait inféré que l’alibi a été inventé, il semble peu probable qu’il se serait servi de cette inférence pour prononcer directement un verdict de culpabilité sans examiner l’ensemble de la preuve. Immédiatement avant la directive erronée, la juge du procès a donné au jury les directives complètes suivantes :

[TRADUCTION] Vous pouvez examiner l’incidence qu’ont eu, le cas échéant, les conversations intervenues entre les différents membres de la famille et l’accusé sur la chronologie qu’ils ont mentionnée dans leurs témoignages, et il vous revient de décider du poids à accorder à la preuve de la chronologie des différents événements. Le moyen de défense fondé sur un alibi et les questions de crédibilité sont de toute évidence étroitement liés, et vous devez savoir qu’il incombe au ministère public de prouver hors de tout raisonnable que le moyen de défense fondé sur l’alibi ne peut pas être retenu. L’accusé n’a rien à prouver.

Rappelez-vous trois choses : si vous acceptez la preuve à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez prononcer un verdict d’acquiescement si vous estimez que, d’après cette chronologie, l’accusé n’a tout simplement pas eu le temps de commettre les actes reprochés. Si vous n’acceptez pas la preuve à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, mais que vous avez un doute raisonnable à son sujet, vous devez prononcer un verdict d’acquiescement. Même si vous n’avez aucun doute raisonnable au sujet de la preuve produite à l’appui du moyen de défense fondé sur un alibi, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, l’accusé est coupable. [Je souligne.]

À mon avis, le jury s’inspirerait probablement de ces directives complètes pour apprécier la preuve d’alibi et non pour faire une inférence de culpabilité fondée sur une théorie d’invention qui ne lui a pas été soumise, comme a pris soin de le rappeler la juge du procès.

102

My colleague submits that the case was by no means “open and shut” and notes that the jury deliberated for several days (paras. 72-73). In my view, the fact that the jury deliberated for several days indicates that they did not proceed on the erroneous basis that they could move directly from a rejection of the accused’s alibi to guilt. Perhaps more significant is that after three days of deliberations the jury asked the trial judge to read back the charge on circumstantial evidence. The jury’s request to have the direction on circumstantial evidence repeated suggests that the jury, having rejected the defence of alibi, went on to determine whether the accused was guilty on the basis of the circumstantial evidence adduced by the Crown. Had the jury found the alibi to be concocted and followed the erroneous instruction that they could infer guilt on this basis alone, they would have required no further clarification on the distinction between direct and circumstantial evidence.

103

Given the trial judge’s charge in its entirety and the circumstances of this particular case, I conclude that the danger of a miscarriage of justice arising from the trial judge’s misdirection on alibi was “more theoretical than real” (*Tessier, supra*, at p. 562). The test for the application of the proviso is not whether it is in theory possible that the verdict would have been different had the error not been made, but rather whether there is a reasonable possibility that the verdict would have been different taking into account the background of the whole trial. As the Ontario Court of Appeal once observed, “[t]here will probably never be a perfect charge or one that cloistered appellate counsel cannot find objectionable after minute scrutiny” (*R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, at p. 436). Though the test for the application of the proviso is strict, it nonetheless recognizes that while the accused is entitled to a properly instructed jury he or she is not entitled to a perfectly instructed one (*Jacquard, supra*, at para. 2).

104

My colleague notes that on appeal from the first trial in this case, the Court of Appeal held that the instructions to the jury had not adequately dealt

Ma collègue affirme qu’il ne s’agissait absolument pas d’une affaire dont le résultat était acquis d’avance et elle fait remarquer que le jury avait délibéré pendant plusieurs jours (par. 72-73). À mon avis, le fait que le jury a délibéré pendant plusieurs jours indique qu’il n’a pas agi en fonction de l’idée erronée qu’il pouvait passer directement du rejet de l’alibi de l’accusé à un verdict de culpabilité de ce dernier. Fait peut-être plus important, après trois jours de délibérations le jury a demandé à la juge du procès de lui relire les directives concernant la preuve circonstancielle. Cette demande du jury indique qu’après avoir rejeté le moyen de défense fondé sur un alibi il a ensuite décidé si l’accusé était coupable en s’appuyant sur la preuve circonstancielle produite par le ministère public. Si le jury avait estimé que l’alibi était inventé et suivi la directive erronée selon laquelle il pouvait, de ce seul fait, inférer que l’accusé était coupable, il n’aurait pas demandé d’autres explications sur la différence entre la preuve directe et la preuve circonstancielle.

Vu l’ensemble de l’exposé de la juge du procès et les circonstances particulières de la présente affaire, je conclus que le risque d’erreur judiciaire résultant de sa directive erronée sur l’alibi était [TRADUCTION] « plus théorique que réel » (*Tessier, précité*, p. 562). Le critère d’application de la disposition réparatrice est de savoir non pas s’il est théoriquement possible que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur, mais plutôt s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent compte tenu de l’ensemble du procès. Comme l’a déjà fait observer la Cour d’appel de l’Ontario, [TRADUCTION] « [i]l n’existera probablement jamais d’exposé parfait ou irréprochable aux yeux d’un avocat se livrant à un travail monacal d’exégèse » (*R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, p. 436). Bien que le critère d’application de la disposition réparatrice soit strict, il reconnaît néanmoins que, même si l’accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées, il n’y a aucune obligation que ces directives soient parfaites (*Jacquard, précité*, par. 2).

Ma collègue fait observer que, lors de l’appel interjeté contre le premier procès en l’espèce, la Cour d’appel a statué que les directives au jury

with the weaknesses in the identification evidence and the court declined to apply the proviso to cure this error (see para. 68, citing *R. v. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277). In my view, applying the proviso in the circumstances of this trial even though it was not applied in the first trial creates no inconsistency. In the first trial the Court of Appeal commented at length upon the seriousness of the trial judge's failure to give an adequate warning on identification evidence at para. 63:

The case for the Crown against the appellant was indeed a strong circumstantial case and the address of counsel for the appellant at trial had stressed the weakness of the identification evidence shortly before the judge gave his charge. However, in my view, it was important that the judge deal with the weaknesses in the identification evidence and avoid giving the jury the impression that Mrs. McLeod and Mrs. Baker had identified the appellant as the man who committed the assault. This was particularly important in the case under appeal because the appellant had testified, supported by his wife and two stepdaughters, that he was not the person who had entered the house and assaulted Mrs. McLeod. There was the possibility that Mrs. McLeod was confused in her evidence over when she had learned of the military background of the appellant. Further, there was no evidence that the appellant had any motive for committing the assault on Mrs. McLeod. The appellant's credibility and the credibility of Mrs. Hibbert and the two daughters were significant matters for the jury to consider and weigh with the weaknesses in the evidence of identification in deciding whether it was convinced beyond a reasonable doubt that the appellant was the person who committed the crime. If the learned judge had warned the jury of the weaknesses in the identification evidence, the jury might have been left with a reasonable doubt that the Crown had proved that it was the appellant who committed the assault. [Emphasis added.]

Whereas the Court of Appeal concluded that the error made by the trial judge in the first trial was a serious one, I conclude that the error that was made by the trial judge in the second trial was not, in all the circumstances, serious. In my view, there is a compelling rationale underlying the rule that when applying the proviso, the court looks to the error and whether that error might have affected the jury. If the court were to look only to the case as a whole and whether it was overwhelming for any jury, the

n'avaient pas suffisamment traité des faiblesses de la preuve d'identification et qu'elle a refusé d'appliquer la disposition réparatrice pour remédier à cette erreur (voir par. 68, citant *R. c. Hibbert* (1996), 78 B.C.A.C. 277). À mon avis, appliquer la disposition réparatrice dans les circonstances du présent procès, même si elle ne l'a pas été lors du premier procès, n'a rien de contradictoire. En ce qui concerne le premier procès, la Cour d'appel a fait, au par. 63, un long commentaire sur la gravité de l'omission du juge du procès de faire une mise en garde suffisante concernant la preuve d'identification :

[TRADUCTION] La preuve à charge qui pesait contre l'appellant était, en fait, une preuve circonstancielle concluante et, dans son exposé, l'avocat de l'appellant avait souligné la faiblesse de la preuve d'identification peu avant que le juge ne donne ses directives. À mon avis, toutefois, il était important que le juge traite des faiblesses de la preuve d'identification et qu'il évite de donner au jury l'impression que M^{mes} McLeod et Baker avaient identifié l'appellant comme étant l'auteur de l'agression. Cela était particulièrement important en l'espèce parce que l'appellant avait témoigné, avec l'appui de son épouse et ses deux belles-filles, qu'il n'était pas celui qui avait pénétré dans la maison et agressé M^{me} McLeod. Il était possible que M^{me} McLeod se soit embrouillée dans son témoignage quant au moment où elle avait appris que l'appellant avait fait carrière dans l'armée. De plus, rien ne prouvait que l'appellant avait une raison d'agresser M^{me} McLeod. La crédibilité de l'appellant et celle de M^{me} Hibbert et de ses deux filles étaient des questions importantes que le jury devait prendre en considération et soupeser, au même titre que les faiblesses de la preuve d'identification, pour décider s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant était l'auteur du crime. Si le juge avait mis le jury en garde contre les faiblesses de la preuve d'identification, ce dernier aurait pu avoir un doute raisonnable quant à savoir si le ministère public avait prouvé que l'appellant était l'auteur de l'agression. [Je souligne.]

Tandis que la Cour d'appel a conclu que l'erreur commise par le juge lors du premier procès était grave, je conclus que l'erreur commise par la juge lors du deuxième procès n'était pas grave, compte tenu de l'ensemble des circonstances. À mon avis, un motif impérieux sous-tend la règle voulant que, lorsqu'il applique la disposition réparatrice, le tribunal examine l'erreur et se demande si elle peut avoir influé sur le jury. Si le tribunal devait examiner seulement la preuve dans son ensemble et se demander

result would be that trials would be held over and over again as long as the trial judge's charge contained some error, no matter how minute.

106

As I stated at the outset, I am of the view that the proviso should be applied in this case for the reason that the trial judge's error was not, in the circumstances, serious and was unlikely to have affected the jury. This conclusion is nonetheless inextricably linked to a finding that the weight of the Crown's evidence was overwhelming and I do not reject the Court of Appeal's conclusion in this regard. Having determined that there was no real possibility that the error in question affected the reasoning process of the jury, it is only logical to conclude that the accused was convicted because the evidence against him was overwhelming.

107

I would therefore apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) and dismiss the appeal.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Firestone & Tyhurst, Victoria.

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

si n'importe quel jury l'aurait jugée accablante, il s'ensuivrait que les procès seraient repris chaque fois que l'exposé du juge au procès comporterait une erreur, si minime soit-elle.

Comme je l'ai affirmé au départ, je suis d'avis que la disposition réparatrice devrait s'appliquer en l'espèce du fait que l'erreur commise par la juge du procès n'était pas grave dans les circonstances et qu'elle n'a vraisemblablement pas influencé le jury. Cette conclusion est néanmoins inextricablement liée à celle que la preuve du ministère public était accablante et je ne rejette pas la conclusion de la Cour d'appel à cet égard. Après avoir conclu à l'absence de possibilité réelle que l'erreur en question ait influencé le raisonnement du jury, il n'est que logique de conclure que l'accusé a été déclaré coupable parce que la preuve pesant contre lui était accablante.

J'appliquerais donc la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Firestone & Tyhurst, Victoria.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

**Patrick Berry, James Deluce,
Jeffrey Karelsen, Robert James Simerson
and Ernest Zurkan** *Appellants*

v.

**Chris Pulley, Tom Fraser,
Lars T. Jensen, James Griffith and
Kent Hardisty** *Respondents*

and

Canadian Labour Congress *Intervener*

INDEXED AS: BERRY v. PULLEY

Neutral citation: 2002 SCC 40.

File No.: 27992.

2001: October 30; 2002: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Labour relations — Trade unions — Members —
Nature of obligations existing between members of a
trade union — Action for breach of contract brought by
union members against other union members — Whether
union member may be personally liable to other mem-
bers in breach of contract action based on terms of union
constitution — Whether web of contracts exists between
union members and, if so, whether it can form the basis
for a breach of contract claim against union members.*

The appellants brought an intended class proceeding on behalf of all Air Ontario pilots who were members of the Canadian Air Line Pilots Association ("CALPA"), on March 28, 1995, the day a crucial arbitration award was handed down. The proposed respondent class consists of all Air Canada pilots who were members of CALPA, a trade union that was the certified bargaining agent for over 4000 pilots across Canada, on that same date. In March 1991, pursuant to the merger policy appended to the CALPA constitution, the CALPA president issued a merger declaration that affected the Air Canada pilots, who were then members of CALPA, and the pilots of five

**Patrick Berry, James Deluce,
Jeffrey Karelsen, Robert James Simerson et
Ernest Zurkan** *Appelants*

c.

**Chris Pulley, Tom Fraser,
Lars T. Jensen, James Griffith et
Kent Hardisty** *Intimés*

et

Congrès du travail du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : BERRY c. PULLEY

Référence neutre : 2002 CSC 40.

N^o du greffe : 27992.

2001 : 30 octobre; 2002 : 25 avril.

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

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

*Relations du travail — Syndicats — Membres —
Nature des obligations existant entre les membres d'un
syndicat — Action pour rupture de contrat intentée par
des syndiqués contre d'autres syndiqués — Un syndiqué
peut-il être tenu personnellement responsable envers
d'autres syndiqués dans une action pour rupture de
contrat, fondée sur le texte des statuts du syndicat? —
Existe-t-il une série de contrats entre les syndiqués et,
dans l'affirmative, cette relation peut-elle justifier une
action pour rupture de contrat contre des syndiqués?*

Les appelants exercent un recours collectif projeté au nom des pilotes d'Air Ontario, qui, le 28 mars 1995, jour où fut rendue une importante décision arbitrale, étaient membres de l'Association canadienne des pilotes de ligne (l'« ACPL »). Le groupe proposé d'intimés comprend les pilotes d'Air Canada, également membres de l'ACPL, l'agent négociateur accrédité de plus de 4 000 pilotes dans tout le Canada, à cette date. En mars 1991, conformément à la politique de fusionnement annexée aux statuts de l'ACPL, le président de l'ACPL fait une déclaration de fusionnement qui touche les pilotes d'Air Canada, alors membres de l'ACPL, ainsi que les

regional airlines, including Air Ontario. The effect of the declaration was to trigger a process whereby the separate seniority lists covering the pilots of all six airlines were to be integrated. This process resulted in an arbitration award, the "Picher Award". The Air Canada pilots took exception to the award, refused to present a merged seniority list to Air Canada, and voted to reject the Picher Award. On May 19, 1995, the Air Canada pilots left CALPA and formed their own union. The appellants sued the proposed class of Air Canada pilots personally in tort and for breach of contract. The appellants contended that the respondents' refusal to advance the Picher Award during the collective bargaining with Air Canada constituted a breach of the contract contained in the union constitution. The respondents moved for summary judgment to dismiss the action. The motion for summary judgment was granted in part. The appellants' claim in contract was dismissed, but there was determined to be a genuine issue for trial with respect to the claims in tort. The appellants appealed the dismissal of the contractual claim and the respondents cross-appealed the dismissal of the motion to dismiss the tort claims. The appeal and cross-appeal were both dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

Historically, at common law trade unions were unincorporated associations lacking legal status. To overcome this status problem, courts developed the theory that union members were joined together by a web of individual contracts, the breach of which could give rise to group liability. This allowed individual members to seek remedies for acts committed against them by their union. Since these early cases, the field of labour relations has become increasingly sophisticated and regulated, with the granting of significant statutory powers and duties to trade unions. As a result, trade unions have come to be recognized as legal entities at least for the purpose of discharging their functions and performing their role in the field of labour relations. As such, it is no longer necessary to maintain the concept that union members are bound to each other through a complex of contracts. The recognition of the legal status of trade unions enables the adoption of a more common sense approach, namely, that each union member has a contractual relationship with the union itself. When a member joins a union, a relationship in the nature of a contract arises between the member and the trade union as a legal entity. Although the relationship includes at least some of the indicia of a common law contract, the terms of the contractual relationship between the union and the member will

pilotes de cinq compagnies aériennes régionales, dont Air Ontario. Cette déclaration a pour effet de mettre en branle un processus d'intégration des listes d'ancienneté des pilotes des six compagnies aériennes concernées. Ce processus donne lieu à une décision arbitrale appelée « décision Picher ». Les pilotes d'Air Canada prennent mal la décision, refusent de présenter à Air Canada la liste fusionnée d'ancienneté et votent pour le rejet de la décision Picher. Le 19 mai 1995, ils quittent l'ACPL et forment leur propre syndicat. Les appelants poursuivent personnellement en responsabilité délictuelle les pilotes d'Air Canada faisant partie de la catégorie proposée et les poursuivent aussi pour rupture de contrat. Ils prétendent que le refus par les intimés de présenter la décision Picher lors des négociations collectives avec Air Canada constitue une violation du contrat contenu dans les statuts du syndicat. Les intimés présentent une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire visant le rejet de l'action. La motion est accueillie en partie. Le recours de nature contractuelle des appelants est rejeté, mais il est conclu qu'il existe une question litigieuse pour ce qui est du recours en responsabilité délictuelle. Les appelants interjettent appel du rejet des poursuites en responsabilité contractuelle et les intimés déposent un appel incident contre le rejet de la motion relative aux actions en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel rejette l'appel ainsi que l'appel incident.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pendant très longtemps, en common law, les syndicats étaient des associations non constituées en personne morale sans statut juridique. Pour remédier à ce problème du statut juridique, les tribunaux ont élaboré la théorie selon laquelle les syndiqués étaient liés par une série de contrats individuels, dont la violation pouvait donner lieu à une responsabilité collective. Un membre pouvait ainsi chercher à obtenir réparation pour tout acte commis contre lui par son syndicat. Depuis cette jurisprudence initiale, le domaine des relations du travail est devenu de plus en plus complexe et réglementé, les syndicats ayant maintenant, de par la loi, d'importants pouvoirs et obligations. De ce fait, les syndicats en sont venus à être reconnus comme des entités possédant la personnalité juridique lorsqu'ils assument leur rôle dans le domaine des relations du travail. Ainsi, il n'est plus nécessaire de maintenir le concept voulant que les membres d'un syndicat soient liés entre eux par une série de contrats. La reconnaissance du statut juridique des syndicats permet d'adopter une méthode davantage conforme au bon sens, à savoir que chaque syndiqué a un lien contractuel avec le syndicat même. L'adhésion syndicale donne naissance à une relation de la nature d'un contrat entre le syndiqué et le syndicat à titre d'entité juridique. Bien que la relation comporte au moins certains indices d'un contrat de

be greatly determined by the statutory labour relations regime and labour law principles. This contractual relationship is unique in both character and context, since it is essentially an adhesion contract with a statutory labour relations scheme superimposed over it.

The legal fiction that union members are bound to each other through a complex of contracts should be discarded because it is both unnecessary and impractical. A member wishing to sue his or her union for breach of the constitution is not impeded by a lack of legal status. On grounds of both law and policy, there is no contract between union members based on the terms of the union constitution. It is not within the reasonable expectations of union members that they could be held personally liable to other members for breaching the union constitution. If courts were to allow disagreements between union members to result in claims against their personal assets absent the existence of an identifiable wrongdoer in breach of some duty, like the required elements of a tort action, this would have a chilling effect on union democracy, and it would interfere with the ability of unions to manage their internal affairs and conflicts.

Cases Cited

Referred to: *Orchard v. Tunney*, [1957] S.C.R. 436; *Astgen v. Smith*, [1970] 1 O.R. 129; *Bimson v. Johnston*, [1957] O.R. 519; *United Mine Workers of America, Local Union No. 1562 v. Williams* (1919), 59 S.C.R. 240; *Society Brand Clothes Ltd. v. Amalgamated Clothing Workers of America*, [1931] S.C.R. 321; *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Bonsor v. Musicians' Union*, [1955] 3 All E.R. 518; *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *Hornak v. Paterson* (1966), 58 D.L.R. (2d) 175; *Tippett v. International Typographical Union, Local 226* (1975), 63 D.L.R. (3d) 522.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 35 [repl. 1998, c. 26, s. 17], 37, 103(1), (2).
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2267 to 2279.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 60.
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 114(2).

common law, les conditions de la relation contractuelle entre le syndicat et le syndiqué seront en grande partie déterminées par le régime législatif applicable aux relations du travail ainsi que par les principes du droit du travail. Cette relation contractuelle est unique par son caractère et son contexte, puisqu'il s'agit essentiellement d'un contrat d'adhésion auquel vient se superposer un régime législatif en matière de relations du travail.

Il faudrait rejeter la fiction juridique selon laquelle les syndiqués sont liés entre eux par une série de contrats, car elle n'est ni nécessaire ni réaliste. L'absence de statut juridique ne constitue pas un obstacle pour un membre désireux d'intenter contre son syndicat une poursuite pour violation des statuts. Sur le plan du droit et du principe, il n'existe pas de contrat entre les syndiqués d'après le texte des statuts du syndicat. Les syndiqués ne s'attendraient pas raisonnablement à être tenus personnellement responsables envers d'autres syndiqués pour violation des statuts du syndicat. Si les tribunaux devaient permettre que des différends entre syndiqués donnent lieu à des réclamations sur leurs avoirs personnels sans qu'une personne déterminée ait manqué à une obligation qui lui incombe, éléments qui doivent être établis dans une action en responsabilité délictuelle, cela aurait un effet paralysant sur la démocratie syndicale et nuirait à la capacité des syndicats de gérer leurs affaires et conflits internes.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C.S. 436; *Astgen c. Smith*, [1970] 1 O.R. 129; *Bimson c. Johnston*, [1957] O.R. 519; *United Mine Workers of America, Local Union No. 1562 c. Williams* (1919), 59 R.C.S. 240; *Society Brand Clothes Ltd. c. Amalgamated Clothing Workers of America*, [1931] R.C.S. 321; *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Bonsor c. Musicians' Union*, [1955] 3 All E.R. 518; *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120; *Hornak c. Paterson* (1966), 58 D.L.R. (2d) 175; *Tippett c. International Typographical Union, Local 226* (1975), 63 D.L.R. (3d) 522.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 35 [repl. 1998, ch. 26, art. 17], 37, 103(1), (2).
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2267 à 2279.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 60.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.
Labour Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, art. 44(1).

Labour Act, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 44(1).
Labour Code, R.S.Q., c. C-27.
Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, ss. 146(1), 150(3).
Labour Relations Act, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 141(1).
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 107(1), 108 [am. 2000, c. 38, s. 16].
Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 25(1).
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 154.
Professional Syndicates Act, R.S.Q., c. S-40, ss. 1, 9.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.04(4).
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 79(1).
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 29 [am. 1983, c. 81, s. 9].

Authors Cited

Perrins, Bryn. *Trade Union Law*. London: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 48 O.R. (3d) 169, 186 D.L.R. (4th) 311, 131 O.A.C. 337, 2 C.C.L.T. (3d) 103, 46 C.P.C. (4th) 62, 2000 C.L.L.C. ¶ 220-042, [2000] O.J. No. 1401 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (1999), 45 O.R. (3d) 449, 99 C.L.L.C. ¶ 220-052, [1999] O.J. No. 1965 (QL). Appeal dismissed.

Frank J. C. Newbould, Q.C., Benjamin T. Glustein and Joseph M. P. Weiler, for the appellants.

Steve H. Waller and Eric Pietersma, for the respondents Chris Pulley, Tom Fraser, Lars T. Jensen and James Griffith.

Brian Shell and Barry E. Wadsworth, for the respondent Kent Hardisty.

John Baigent, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal raises the basic question of whether a union member may be personally liable to other

Labour Relations Act, R.S.N. 1990, ch. L-1, art. 141(1).
Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 25(1).
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 154.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 107(1), 108 [mod. 2000, ch. 38, art. 16].
Loi sur les relations du travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 146(1), 150(3).
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 114(2).
Loi sur les syndicats professionnels, L.R.Q., ch. S-40, art. 1, 9.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 20.04(4).
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, ch. 475, art. 79(1).
Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 29 [mod. 1983, ch. 81, art. 9].

Doctrine citée

Perrins, Bryn. *Trade Union Law*. London : Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 169, 186 D.L.R. (4th) 311, 131 O.A.C. 337, 2 C.C.L.T. (3d) 103, 46 C.P.C. (4th) 62, 2000 C.L.L.C. ¶ 220-042, [2000] O.J. No. 1401 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (1999), 45 O.R. (3d) 449, 99 C.L.L.C. ¶ 220-052, [1999] O.J. No. 1965 (QL). Pourvoi rejeté.

Frank J. C. Newbould, c.r., Benjamin T. Glustein et Joseph M. P. Weiler, pour les appelants.

Steve H. Waller et Eric Pietersma, pour les intimés Chris Pulley, Tom Fraser, Lars T. Jensen et James Griffith.

Brian Shell et Barry E. Wadsworth, pour l'intimé Kent Hardisty.

John Baigent, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi touche la question fondamentale de savoir si un syndiqué peut être tenu

members in a breach of contract action based on the terms of the union constitution. This requires an analysis of the nature of the obligations that exist between members of a trade union.

The idea that union members are contractually bound to each other by the union constitution has its roots in the historical development of the union at common law. Early decisions dealing with actions brought by and against trade unions held that trade unions were unincorporated associations lacking legal status. As a result, a member who had been wronged by his or her union could not bring suit against the association directly. To overcome this status problem, courts developed the theory that union members were joined together by a web of individual contracts, the breach of which could give rise to group liability. This allowed individual members to seek remedies for acts committed against them by their union.

Since these early cases, the field of labour relations has become increasingly sophisticated and regulated, with the granting of significant statutory powers and duties to trade unions. In light of these developments, unions have come to be recognized as entities which possess a legal personality with respect to their labour relations role. This status not only allows a union member to bring suit against his or her union directly, but also enables the union to enter into contracts of membership with each of its members.

In this modern context, it is no longer necessary to maintain the concept that union members are bound to each other through a complex of contracts. The notion that every union member has a contract with every other member should be discarded, not only because it is unnecessary, but also because it is largely impractical. Further, on a policy level, to allow a breach of contract action to be maintained on this basis would be detrimental both to individual members and to their unions.

personnellement responsable envers d'autres syndiqués dans une action pour rupture de contrat, fondée sur le texte des statuts du syndicat. Pour trancher cette question, la Cour doit analyser la nature des obligations existant entre les membres d'un syndicat.

L'idée que les syndiqués sont liés entre eux par contrat aux termes des statuts du syndicat puise son origine dans l'évolution historique du mouvement syndical en common law. Les premiers arrêts portant sur les actions intentées par des syndicats ou contre eux ont établi que les syndicats sont des associations non constituées en personne morale sans statut juridique. Par conséquent, un syndiqué lésé par son syndicat ne pouvait tenter une poursuite directement contre l'association. Pour remédier à ce problème du statut juridique, les tribunaux ont élaboré la théorie selon laquelle les syndiqués étaient liés par une série de contrats individuels, dont la violation pouvait donner lieu à une responsabilité collective. Un membre pouvait ainsi obtenir réparation pour tout acte commis contre lui par son syndicat.

Depuis cette jurisprudence initiale, le domaine des relations du travail est devenu de plus en plus complexe et réglementé, les syndicats ayant maintenant, de par la loi, d'importants pouvoirs et obligations. Vu ces changements, les syndicats en sont venus à être reconnus comme des entités possédant la personnalité juridique lorsqu'ils assument leur rôle dans le domaine des relations du travail. Ce statut permet non seulement à un syndiqué d'initier une poursuite directement contre son syndicat, mais aussi au syndicat de conclure des contrats d'adhésion syndicale avec chacun de ses membres.

Dans ce contexte moderne, il n'est plus nécessaire de maintenir le concept voulant que les membres d'un syndicat soient liés entre eux par une série de contrats. Il faudrait rejeter la notion selon laquelle les syndiqués ont entre eux une relation contractuelle, non seulement parce que cette notion n'est pas nécessaire, mais aussi parce qu'elle est en grande partie irréaliste. De plus, en principe, se servir de cette notion pour accueillir une action pour rupture de contrat serait préjudiciable à chacun des syndiqués et à leur syndicat.

2

3

4

5 Instead, the recognition of the legal status of trade unions enables the adoption of a more common sense approach, namely, that each union member has a contractual relationship with the union itself. This relationship is based on the constating documents of the union, although it must be read in light of the statutory labour relations regime and governing principles of labour law which regulate unions and their activities.

6 Accordingly, as will be discussed further, I agree with the judgments and basic reasoning of the motions judge and the Ontario Court of Appeal to disallow the action brought against the respondent union members. I would dismiss the appeal.

II. Facts

7 This appeal relates to an intended class proceeding brought on behalf of the appellants, all Air Ontario pilots who were members of the Canadian Air Line Pilots Association (“CALPA”), an unincorporated trade union, on March 28, 1995, the day a crucial arbitration award was handed down. The proposed respondent class consists of all Air Canada pilots who were members of CALPA on that same date.

8 CALPA was the certified bargaining agent for over 4,000 pilots across Canada, including pilots employed by Air Canada and Air Ontario. CALPA is governed by a constitution and appended administrative policy (“constitution”). Under the constitution, CALPA is organized into five sub-units:

- (a) local councils at each base of the member airlines;
- (b) local executive councils of each local council;
- (c) master executive councils (“MEC”) for each member airline pilot group;
- (d) the board of directors of CALPA; and
- (e) the convention assembly of CALPA.

The convention assembly is the highest governing body of CALPA. However, on matters exclusively

Au contraire, la reconnaissance du statut juridique des syndicats permet d’adopter une méthode davantage conforme au bon sens, à savoir que chaque syndiqué a un lien contractuel avec le syndicat même. Ce lien repose sur les actes constitutifs du syndicat, mais il doit être interprété par rapport au régime législatif des relations du travail et aux principes applicables en matière de droit du travail qui réglementent les syndicats et leurs activités.

En conséquence, comme je l’examinerai davantage plus loin, je souscris aux décisions ainsi qu’au raisonnement de fond du juge des requêtes et de la Cour d’appel de l’Ontario portant rejet de l’action intentée contre les syndiqués intimés. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

Le présent pourvoi a trait au recours collectif projeté au nom des appelants, tous des pilotes d’Air Ontario, qui, le 28 mars 1995, jour où fut rendue une importante décision arbitrale, étaient membres de l’Association canadienne des pilotes de ligne (l’« ACPL »), syndicat professionnel non constitué en personne morale. Le groupe proposé d’intimés comprend les pilotes d’Air Canada, également membres de l’ACPL à cette date.

L’ACPL est l’agent négociateur accrédité de plus de 4 000 pilotes dans tout le Canada, dont les pilotes employés par Air Canada et Air Ontario. Elle est régie par des statuts et une politique administrative annexée (les « statuts »). En vertu de ses statuts, l’ACPL est structurée en cinq sous-unités :

- a) des conseils locaux à chaque assise des compagnies aériennes membres;
- b) des conseils exécutifs locaux pour chaque conseil local;
- c) des comités exécutifs principaux (« CEP ») pour chaque groupe de pilotes aériens membres;
- d) le conseil d’administration de l’ACPL;
- e) l’assemblée des délégués de l’ACPL.

L’assemblée des délégués est l’organe directeur hiérarchiquement le plus élevé de l’ACPL. Cependant,

affecting the members of its bargaining unit, the MEC for that bargaining unit is the highest governing authority. Each MEC chairman was a member of the CALPA board of directors.

Contained in the administrative policy was a merger policy pursuant to which the President had the power to declare that employer airlines had merged, even though they had not yet merged in the corporate sense. The purpose of this merger policy was to prevent pilot employee groups from bidding against one another for work.

On March 1, 1991, pursuant to the merger policy, the CALPA President issued a merger declaration that affected the Air Canada pilots, who were then members of CALPA, and the pilots of five regional airlines, including Air Ontario. The effect of the declaration was to trigger a process whereby the separate seniority lists covering the pilots of all six airlines were to be integrated. The process contemplated an initial attempt to negotiate an integrated seniority list, and failing agreement, a determination by final and binding arbitration.

No agreement was reached through negotiation, which led to an arbitration conducted by Michel Picher. The Air Canada pilots requested an “endtail merger” that would result in all Air Ontario pilots being ranked after the Air Canada pilots in seniority. On March 28, 1995, the arbitrator released his decision on the integration of the seniority list (“Picher Award”). He rejected the Air Canada pilots’ position and directed that the bottom 15 percent of the Air Canada pilots should be “dovetailed” with the most senior regional airline pilots.

The CALPA President officially accepted the Picher Award on April 5, 1995, as required by the merger policy. Captain Pulley, Chairman of the Air Canada pilots’ MEC, advised the CALPA President

pour les questions touchant exclusivement les membres d’une unité de négociation, c’est le CEP de cette unité qui est l’organe hiérarchiquement le plus élevé. Chaque président d’un CEP est membre du conseil d’administration de l’ACPL.

La politique administrative prévoit une politique de fusionnement selon laquelle le président a le pouvoir de déclarer qu’il y a eu fusionnement de compagnies aériennes employeurs, même si elles ne se sont pas encore « fusionnées » au sens où ce concept est compris en droit corporatif. Le but en est d’empêcher les groupes de pilotes employés de soumissionner le travail les uns contre les autres.

Le 1^{er} mars 1991, conformément à la politique de fusionnement, le président de l’ACPL publie une déclaration de fusionnement touchant les pilotes d’Air Canada, alors membres de l’ACPL, ainsi que les pilotes de cinq compagnies aériennes régionales, dont Air Ontario. Cette déclaration a pour effet de mettre en branle un processus d’intégration des listes d’ancienneté des pilotes des six compagnies aériennes concernées. Ce processus vise, dans un premier temps, la négociation d’une liste intégrée d’ancienneté, puis, en cas d’échec, l’arbitrage définitif et exécutoire.

La négociation ne donne lieu à aucune entente et l’arbitrage est confié à Michel Picher. Les pilotes d’Air Canada demandent un [TRADUCTION] « fusionnement par intégration des listes d’ancienneté l’une à la suite de l’autre », ce qui aurait pour effet de placer les pilotes d’Air Ontario à la suite des pilotes d’Air Canada sur la liste d’ancienneté. Le 28 mars 1995, l’arbitre rend sa décision sur l’intégration des listes d’ancienneté (la « décision Picher »). Il rejette la position des pilotes d’Air Canada et ordonne que les pilotes d’Air Canada représentant les 15 pour 100 du bas de la liste d’ancienneté soient intégrés [TRADUCTION] « par imbrication » parmi les pilotes ayant le plus d’ancienneté au sein des compagnies régionales.

Le président de l’ACPL accepte officiellement la décision Picher le 5 avril 1995, comme l’exige la politique de fusionnement. Le capitaine Pulley, président du CEP des pilotes d’Air Canada, informe

9

10

11

12

that the Air Canada MEC had reviewed the decision and found the award unacceptable. Captain Pulley attended but refused to participate in a meeting to fashion the seniority list in accordance with the Picher Award.

13 The Air Canada pilots were in negotiations with Air Canada for a new collective agreement at the time that the Picher Award was released. They refused to present a merged seniority list to Air Canada. The Picher Award had no practical force or effect without the agreement of the employer.

14 The Air Canada pilots voted to reject the Picher Award. On May 19, 1995, they left CALPA and formed their own union, the Air Canada Pilots Association (“ACPA”). ACPA was certified as the bargaining agent for the Air Canada pilots on November 14, 1995. The membership of all Air Canada pilots in CALPA was automatically terminated when ACPA was certified as their bargaining agent.

15 On March 20, 1996, CALPA filed an application under s. 35 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, asking the Canada Labour Relations Board (“CLRB”) to declare Air Canada and the five regional airline subsidiaries a single employer and to consolidate the six separate pilot bargaining units into one. Also on March 20, CALPA brought an unfair labour practice complaint before the CLRB against ACPA seeking remedies for CALPA and the members of the five connector bargaining units. The CLRB consolidated these proceedings and on December 22, 1999 released its decision dismissing both the single employer declaration and the unfair labour practice complaint.

16 The appellants sued the proposed class of Air Canada pilots personally in tort, alleging conspiracy, interference with economic relations and interference with contractual relations. They also sued for breach of contract. The appellants contended that the refusal of the respondents to advance the Picher Award during the collective bargaining with

le président de l’ACPL que le CEP d’Air Canada a examiné la décision et l’a trouvée inacceptable. Le capitaine Pulley assiste à une réunion au cours de laquelle doit être établie la liste d’ancienneté en conformité avec la décision Picher, mais refuse d’y participer.

Au moment où est rendue la décision Picher, les pilotes d’Air Canada sont en négociations avec Air Canada pour la signature d’une nouvelle convention collective. Ils refusent de présenter à Air Canada la liste fusionnée d’ancienneté. La décision Picher n’a, en pratique, aucun effet ou aucune force sans l’accord de l’employeur.

Les pilotes d’Air Canada votent pour le rejet de la décision Picher. Le 19 mai 1995, ils quittent l’ACPL et forment leur propre syndicat, l’Association des pilotes d’Air Canada (l’« APAC »). Le 14 novembre 1995, l’APAC est accréditée à titre d’agent négociateur des pilotes d’Air Canada. L’adhésion des pilotes d’Air Canada à l’ACPL prend fin automatiquement au moment de l’accréditation de l’APAC en tant que leur agent négociateur.

Le 20 mars 1996, l’ACPL présente au titre de l’art. 35 du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, une requête au Conseil canadien des relations du travail (le « CCRT »), lui demandant de déclarer qu’Air Canada et les cinq filiales aériennes régionales constituent un employeur unique et de réunir les six unités de négociation distinctes des pilotes en une seule. Le même jour, l’ACPL dépose auprès du CCRT à l’encontre de l’APAC une plainte de pratique déloyale, cherchant à obtenir réparation pour l’ACPL et les membres des cinq unités de négociation correspondantes. Le CCRT fait une jonction des instances et le 22 décembre 1999 rend sa décision, refusant de déclarer qu’il existe un employeur unique et rejetant la plainte de pratique déloyale.

Les appelants poursuivent personnellement en responsabilité délictuelle les pilotes d’Air Canada faisant partie de la catégorie proposée, alléguant complot, ingérence dans les relations économiques et ingérence dans les relations contractuelles. Ils poursuivent aussi pour rupture de contrat. Ils prétendent que le refus par les intimés de présenter la

Air Canada was a breach of the contract contained in the union constitution. The respondents moved for summary judgment to dismiss the action.

Winkler J. of the Ontario Superior Court of Justice granted the respondents' motion for summary judgment under subrule 20.04(4) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, with respect to the claim for damages arising from breach of contract. He dismissed the motion with respect to the tort claims finding that those claims raised a genuine issue for trial.

The appellants appealed the dismissal of the contractual claim and the respondents cross-appealed the dismissal of the motion to dismiss the tort claims to the Court of Appeal for Ontario. The appeal and cross-appeal were both dismissed with costs.

III. Judgments Below

A. *Ontario Superior Court of Justice* (1999), 45 O.R. (3d) 449

The motions judge, Winkler J., commenced his analysis by examining the theories of legal status regarding unions. He noted that the appellants' case was based on the concept that a union is a complex of individual contracts. He thus framed the motion with respect to the breach of contract claim in terms of the following two issues:

- (1) what is the nature of the contract of union membership; and,
- (2) is it an incident of the contract that individual members of the union can be personally liable in damages to other union members based on an alleged breach of the union constitution?

The motions judge concluded, on the authority of *Orchard v. Tunney*, [1957] S.C.R. 436, *Astgen v. Smith*, [1970] 1 O.R. 129 (C.A.), and *Bimson v. Johnston*, [1957] O.R. 519 (H.C.), that unions are

décision Picher lors des négociations collectives avec Air Canada constitue une violation du contrat contenu dans les statuts du syndicat. Les intimés présentent une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire visant le rejet de l'action.

Le juge Winkler, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, accueille la motion présentée par les intimés en application du par. 20.04(4) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, visant l'action en dommages-intérêts pour rupture de contrat. Il rejette la motion relative au recours en responsabilité délictuelle, concluant que le recours soulève une question litigieuse.

Les appelants interjettent appel auprès de la Cour d'appel de l'Ontario contre le rejet des poursuites en responsabilité contractuelle et les intimés déposent un appel incident contre le rejet de la motion relative aux actions en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel rejette l'appel ainsi que l'appel incident, avec dépens.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (1999), 45 O.R. (3d) 449

Le juge des requêtes, le juge Winkler, commence son analyse par un examen des théories sur le statut juridique des syndicats. Il fait remarquer que l'action des appelants est fondée sur le concept selon lequel un syndicat représente un ensemble de contrats individuels. C'est ainsi qu'il articule autour des deux questions suivantes la réclamation fondée sur l'inexécution du contrat :

- (1) Quelle est la nature du contrat d'adhésion syndicale?
- (2) Est-ce un effet du contrat qu'un syndiqué puisse être personnellement tenu de verser des dommages-intérêts à d'autres syndiqués à la suite d'une présumée violation des statuts du syndicat?

Se fondant sur *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C.S. 436, *Astgen c. Smith*, [1970] 1 O.R. 129 (C.A.), et *Bimson c. Johnston*, [1957] O.R. 519 (H.C.), le juge des requêtes conclut, d'une part, que les syndicats

17

18

19

20

unincorporated associations bound together by the contractual bonds between the members, and that the contracting parties are the member and every other member of the union, as opposed to the member and the other members as a group.

21 The motions judge observed that the issues raised in the proceeding were a matter of first impression, since no other Canadian case had involved individual union members suing other members for breach of the union contract. The determination of the motion thus required an examination of first principles.

22 In Winkler J.'s opinion, the view that a union is a complex of individual contracts was "a legal fiction adopted to create an identifiable legal personality for a construct which otherwise has neither common law nor statutory status" (para. 80). He stated that the main purpose of imposing legal status on unions was to enable individuals to seek remedies for acts committed against them by or through the auspices of the union.

23 He found that the assertion that the appellants were entitled to the remedy of damages from each defendant individually was "fundamentally flawed". Because the failure to advance the Picher Award was a result of the resolutions of the local councils and because the "vast majority" of the Air Canada pilots opposed the award, the appellants were essentially seeking individual remedies from a group action. Not only was this contrary to the principle stated in *Orchard, supra*, namely that "liabilities incurred in group action are group liabilities", but Winkler J. also found that there was an inherent contradiction in seeking an individual remedy for a group action taken by a majoritarian organization.

24 Aside from the question of liability, Winkler J. also found problematic the contention that there

sont des associations non constituées en personne morale où les membres sont unis par des liens contractuels et, d'autre part, que les parties contractantes sont le membre lui-même ainsi que les autres syndiqués pris individuellement et non le membre et les autres syndiqués en tant que groupe.

Le juge des requêtes fait remarquer que les questions soulevées sont de droit nouveau puisqu'il n'existe au Canada aucune autre affaire où un syndiqué intente des poursuites contre d'autres syndiqués pour violation de la convention collective. Pour trancher la requête, il faut examiner les principes de base.

Selon le juge Winkler, l'opinion selon laquelle un syndicat représente un ensemble de contrats individuels relève de la [TRADUCTION] « fiction juridique visant à créer une personnalité juridique identifiable pour une entité qui n'a par ailleurs aucun statut en vertu de la common law ou de la loi » (par. 80). Le juge précise que l'imposition d'un statut juridique aux syndicats vise principalement à permettre aux individus d'obtenir réparation pour des actes commis contre eux par le syndicat ou sous son égide.

Selon lui, l'affirmation que les appelants ont le droit de recouvrer auprès de chaque défendeur des dommages-intérêts est [TRADUCTION] « foncièrement défectueuse ». Puisque l'omission de donner suite à la décision Picher résulte des résolutions des conseils locaux et que la [TRADUCTION] « vaste majorité » des pilotes d'Air Canada s'opposent à cette décision, les appelants cherchent essentiellement à obtenir des réparations individuelles relativement à ce qui constitue une activité collective. Le juge Winkler non seulement affirme que cela va à l'encontre du principe formulé dans *Orchard, précité*, établissant que [TRADUCTION] « les engagements liés à une activité collective sont des engagements collectifs », mais aussi qu'il existe une contradiction inhérente au fait de chercher à obtenir une réparation individuelle pour une mesure collective prise par une organisation majoritaire.

Outre la question de la responsabilité, le juge Winkler trouve également problématique

existed a remedy of damages as an incident to the union membership contract. He noted that the union contract was essentially an “adhesion” contract, that is, a form of “take it or leave it” arrangement which could not be assigned the same attributes as a commercial contract between two parties of equal bargaining power.

He held that union contracts were relational as opposed to transactional and were predicated on a determination of the reasonable expectations of the parties. He found that it could not have been contemplated by individual union members when they joined the union that they would be exposing their personal assets to this type of claim.

The motions judge concluded that to give effect to the appellants’ contention would “require a disregard for the realities of labour relations and union membership” (para. 95) and “produce an injustice rather than promote the cause of justice”. In conclusion, Winkler J. wrote at paras. 94 and 97:

An extension of the contract theory of union membership to provide a remedy in damages against union members in their personal capacity would be to take the legal fiction well beyond its original purpose and dramatically alter the landscape of labour relations.

. . .

In conclusion, it is not an incident of a contract of union membership that individual members of the union may be held personally liable to other union members as a result of the collective action of the bargaining unit. The remedy of damages as against individual members is not available for the breach of contract of the nature asserted to exist between the union members.

The motion for summary judgment was granted in part. The appellants’ claim in contract was dismissed, as the judge found that it raised no cause of action known in law; however, he found, without giving reasons, that there was a genuine issue for trial with respect to the claims in tort.

l’allégation que le recours en dommages-intérêts serait un effet du contrat d’adhésion syndicale. Il précise que la convention collective constitue essentiellement un contrat d’« adhésion », c’est-à-dire qu’il s’agit d’une entente à prendre ou à laisser à laquelle on ne peut conférer les mêmes caractéristiques qu’un contrat commercial entre deux parties disposant d’un pouvoir de négociation égal.

À son avis, les conventions collectives sont relationnelles et non transactionnelles et reposent sur la détermination des attentes raisonnables des parties. Il conclut qu’un syndiqué ne saurait avoir envisagé, lorsqu’il a adhéré au syndicat, qu’il exposait ses avoirs personnels à ce type de réclamation.

Le juge des requêtes conclut que donner effet à la thèse des appelants [TRADUCTION] « exigerait le mépris de la réalité des relations du travail et de l’adhésion syndicale » (par. 95) et « causerait une injustice au lieu de favoriser la justice ». En conclusion, le juge Winkler écrit (aux par. 94 et 97) :

[TRADUCTION] Un élargissement de la théorie relative au contrat d’adhésion syndicale de façon à établir un recours en dommages-intérêts contre les syndiqués en leur qualité personnelle aurait pour effet d’élargir la fiction juridique bien au-delà de son objet initial et de changer sensiblement le contexte des relations du travail.

. . .

En conclusion, le contrat d’adhésion n’emporte pas comme effet que chaque syndiqué peut être tenu personnellement responsable envers les autres syndiqués à la suite d’une mesure collective prise par l’unité de négociation. Il n’est pas autorisé d’exercer un recours en dommages-intérêts contre un membre personnellement pour la rupture de contrats de la nature de ceux qui sont présumés exister entre les syndiqués.

La motion présentée en vue d’obtenir un jugement sommaire est accueillie en partie. Le juge Winkler rejette le recours de nature contractuelle des appelants au motif qu’il ne soulève aucune cause d’action connue en droit; cependant, il conclut, mais sans motifs à l’appui, qu’il existe une question litigieuse pour ce qui est du recours en responsabilité délictuelle.

25

26

27

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 48 O.R. (3d) 169

28 Sharpe J.A., for the court, held that the motions court judge was correct in granting the respondents' motion for summary judgment. The court agreed with the motions judge that the appellants' proposed action could not be sustained upon close analysis of the contractual construct of the CALPA constitution and the case law.

29 After reviewing the three leading cases — *Orchard, supra, Astgen, supra, and Bimson, supra* — the court concluded that the rights and obligations of the individual union member are not held or owned *vis-à-vis* other individual members. As well, it would be a distortion of the very nature of the complex of contracts between each and every member to suggest that members are individually contractually liable to each other. It followed that the contractual right of an individual member to damages lies against the membership as a whole and not against other individual union members.

30 The court also agreed with the motions judge that it would not be within the reasonable expectations of the union members to expose themselves to a claim for damages in contract. The court was further of the view that it could not be said that the denial of the right of action in contract could produce a situation where there was a wrong without a remedy because of the ability to pursue a remedy through the CLRB (now the Canada Industrial Relations Board), as well as the existence of disciplinary measures contained in the CALPA constitution for members who breached the obligations imposed by the constitution.

31 With respect to the tort claims, the court was not certain that the tort claims asserted would be tenable, since they were significantly dependent upon the same contract. However, the court noted that it is well recognized that the acts of individual union members may attract tort liability for conspiracy, interference with economic relations and interference with economic interests, and thus the court could not be certain that the

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 48 O.R. (3d) 169

Le juge Sharpe, au nom de la cour, statue que le juge des requêtes a eu raison de faire droit à la motion présentée par les intimés en vue d'obtenir un jugement sommaire. La cour convient avec le juge des requêtes que l'action projetée des appelants ne pourrait résister à une analyse minutieuse de la jurisprudence et de la nature contractuelle des statuts de l'ACPL.

Après avoir examiné les trois arrêts de principe, *Orchard, Astgen et Bimson*, précités, la cour conclut qu'un syndiqué n'a pas de droits ni d'obligations à l'égard des autres syndiqués. De plus, ce serait dénaturer l'essence même de l'ensemble de contrats entre chacun des membres que de donner à croire que les syndiqués sont contractuellement responsables les uns envers les autres. Le droit contractuel d'un syndiqué aux dommages-intérêts peut donc être revendiqué contre l'ensemble des syndiqués et non contre chacun d'entre eux.

La cour convient aussi avec le juge des requêtes que les syndiqués ne s'attendraient pas raisonnablement à s'exposer à un recours contractuel en dommages-intérêts. Elle est également d'avis que l'on ne peut affirmer que le refus d'un droit d'action contractuel risquerait de donner lieu à une situation où il existerait une injustice sans réparation possible vu qu'on ne peut obtenir réparation devant le CCRT (maintenant le Conseil canadien des relations industrielles) et que les statuts de l'ACPL comportent des mesures disciplinaires applicables aux syndiqués ayant contrevenu aux obligations imposées par ces statuts.

Les recours en responsabilité délictuelle reposant sensiblement sur le même contrat, la cour n'est pas certaine qu'ils seraient défendables. Cependant, elle affirme qu'il est bien reconnu que les actes d'un seul syndiqué peuvent donner lieu à une responsabilité délictuelle pour complot, ingérence dans les relations économiques et ingérence dans les intérêts économiques; elle n'est donc pas certaine que les appelants ne seraient pas en mesure d'établir le

appellants would be unable to make out their tort claims.

In conclusion, the Court of Appeal dismissed the appeal, upholding Winkler J.'s decision which dismissed the appellants' claim in contract but found that there was a genuine issue for trial with respect to the tort claims.

IV. Issue

The issue on this appeal is whether a union member who breaches or causes the breach of a union constitution may incur personal liability in breach of contract to another union member who suffers damage as a result.

V. Analysis

A. *A Brief Overview of the Historical Development of the Union Contract and Union Status*

The use of a contractual model to characterize union membership arose in the early part of the 20th century as a consequence of the rising prominence of trade unions in England. The general rule at common law was that unions, as unincorporated associations, had no legal status. As a result, members could not bring suit against the union itself and courts would normally only engage in union affairs in order to protect the property interests of the members, refusing to interfere to enforce the rules of the association: see B. Perrins, *Trade Union Law* (1985), at p. 90; see also *United Mine Workers of America, Local Union No. 1562 v. Williams* (1919), 59 S.C.R. 240; *Society Brand Clothes Ltd. v. Amalgamated Clothing Workers of America*, [1931] S.C.R. 321. As the role of trade unions became more significant, and unions were able to exercise significant control over employers and employees alike, common law courts sought to establish a basis for a legally enforceable obligation on unions to follow their internal rules, thereby protecting the rights of individual union members.

bien-fondé de leurs recours en responsabilité délictuelle.

En conclusion, la Cour d'appel rejette l'appel, confirmant ainsi la décision du juge Winkler rejetant le recours en responsabilité contractuelle mais conclut que le recours en responsabilité délictuelle soulève une question litigieuse.

IV. La question en litige

La question dans ce pourvoi est de savoir si le syndiqué qui contrevient aux statuts d'un syndicat ou cause cette contravention peut engager sa responsabilité personnelle pour rupture de contrat envers un autre syndiqué qui a, de ce fait, subi des dommages.

V. Analyse

A. *Survol de l'évolution historique de la convention collective et du statut des syndicats*

L'utilisation du modèle contractuel pour caractériser l'adhésion syndicale remonte au début du XX^e siècle, à une époque où les syndicats occupent une place de plus en plus importante en Angleterre. En vertu de la règle générale de common law, les syndicats, en tant qu'associations non constituées en personne morale, ne possédaient pas de statut juridique. Les syndiqués ne pouvaient donc pas intenter une action contre le syndicat même et les tribunaux n'intervenaient généralement dans les affaires syndicales que pour protéger les droits de propriété des membres, refusant de s'ingérer dans l'exécution des statuts de l'association : voir B. Perrins, *Trade Union Law* (1985), p. 90; voir aussi *United Mine Workers of America, Local Union No. 1562 c. Williams* (1919), 59 R.C.S. 240; *Society Brand Clothes Ltd. c. Amalgamated Clothing Workers of America*, [1931] R.C.S. 321. Comme les syndicats en étaient venus à jouer un rôle plus important et pouvaient exercer une grande emprise à la fois sur les employeurs et les employés, les tribunaux de common law ont cherché à établir un fondement pour imposer aux syndicats l'obligation exécutoire sur le plan juridique de respecter leurs règles internes, protégeant ainsi les droits de chaque syndiqué.

32

33

34

35

In *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426, the House of Lords held that an action in tort lay against a union for the actions of its agents. The reasoning of the court was that the statutory rights of trade unions (for example to be registered, hold property, and enter into contracts) granted to them by the *Trade Union Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 31, and the *Trade Union Act Amendment Act, 1876* (U.K.), 39 & 40 Vict., c. 22, brought with them corresponding obligations to the unions' members. As such, a trade union possessed the legal status to be sued in its registered name and could be held liable to the extent of the property of the union. The House of Lords was unanimous in its approval and adoption of the reasons of the trial judge, Farwell J., who, at p. 429, rationalized the legal personality of a trade union as follows:

Now, although a corporation and an individual or individuals may be the only entity known to the common law who can sue or be sued, it is competent to the Legislature to give to an association of individuals which is neither a corporation nor a partnership nor an individual a capacity for owning property and acting by agents, and such capacity in the absence of express enactment to the contrary involves the necessary correlative of liability to the extent of such property for the acts and defaults of such agents. It is beside the mark to say of such an association that it is unknown to the common law. The Legislature has legalised it, and it must be dealt with by the Courts according to the intention of the Legislature.

36

In *Bonsor v. Musicians' Union*, [1955] 3 All E.R. 518 (H.L.), an expelled union member brought an action against the union in breach of contract. Lords Morton, Porter and Keith agreed that the reasoning in *Taff Vale, supra*, was applicable, and held that a trade union had the status to be sued in a breach of contract action brought by a member against the union for expelling the member in contravention of the union's rules. At p. 524, Lord Morton characterized the relationship between the member and the union as follows:

When Mr. Bonsor applied to join the respondent union, and his application was accepted, a contract came into

Dans *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426, la Chambre des lords a statué qu'une action en responsabilité délictuelle pouvait être intentée contre un syndicat pour des actes commis par ses mandataires. Le raisonnement de la cour était que les droits conférés aux syndicats (par exemple le droit d'être accrédité, celui de détenir des biens et celui de conclure des contrats) par la *Trade Union Act, 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., ch. 31, et la *Trade Union Act Amendment Act, 1876* (R.-U.), 39 & 40 Vict., ch. 22, étaient aussi assortis d'obligations correspondantes envers les syndiqués. Ainsi, le syndicat possédait la capacité juridique d'être poursuivi sous sa raison sociale enregistrée et pouvait être tenu responsable jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens. La Chambre des lords a, à l'unanimité, approuvé et adopté les motifs du juge première instance, le juge Farwell, qui, à la p. 429, avait expliqué la personnalité juridique du syndicat en ces termes :

[TRADUCTION] Maintenant, bien qu'une corporation et une personne ou des personnes soient les seules entités qui, en common law, peuvent ester en justice, le législateur peut donner à un groupe d'individus qui n'est ni une corporation ni une société ni une personne physique, le pouvoir de posséder des biens et d'agir par des mandataires, et un tel pouvoir, en l'absence d'un texte législatif contraire, implique nécessairement la responsabilité du groupe jusqu'à concurrence de ses biens pour les actes et les omissions de ses mandataires. Dire qu'une telle association n'existe pas en common law n'est pas pertinent. Le législateur l'a légalisée, et les cours doivent traiter de cette question selon l'intention du législateur.

Dans *Bonsor c. Musicians' Union*, [1955] 3 All E.R. 518 (H.L.), un syndiqué expulsé avait intenté une action contre le syndicat pour rupture de contrat. Les lords Morton, Porter et Keith ont convenu que le raisonnement dans *Taff Vale*, précité, était applicable et ont conclu que le syndicat pouvait être poursuivi par un syndiqué pour rupture de contrat du fait qu'il l'avait expulsé en contravention de ses règles. À la p. 524, lord Morton a qualifié ainsi la relation entre le syndiqué et le syndicat :

[TRADUCTION] Lorsque M. Bonsor a demandé à devenir membre du syndicat intimé et que sa demande a été

existence between Mr. Bonsor and the respondent union, whereby Mr. Bonsor agreed to abide by the rules of the respondent union, and the union impliedly agreed that Mr. Bonsor would not be excluded by the union or its officers otherwise than in accordance with the rules. . . . The respondent union broke this contract, by wrongfully expelling Mr. Bonsor and Mr. Bonsor sued the union as a legal entity. He did not sue either all the members of the union at the date of the writ other than himself, many of whom must have joined since the breach of contract, or all the members of the union including himself.

Although Lord Morton recognized that the facts in the *Taff Vale* case differed from the case before him in that the former involved a tort action which was not brought by a member of the union, he held that these were not “vital differences” (at p. 523) and employed similar reasoning in coming to the conclusion that the union had the status to contract with Mr. Bonsor, and could therefore be sued for breaching that contract.

In the seminal Canadian case of *Orchard, supra*, a union member sued members of the union’s executive board in tort for infringing his rights under the union constitution. In addressing the character of the rights and obligations relating to union membership, Rand J. (for the majority) looked to the *Taff Vale* and *Bonsor* decisions for the basis of his judgment; however he noted that those decisions were grounded in the fact that the English *Trade Union Acts* had granted significant rights to trade unions, and that there was no comparable legislation in Manitoba. Thus, with no basis upon which to follow these English decisions, Rand J. was unable to find that trade unions in Manitoba had legal status or personality.

In light of this statutory difference, Rand J. did not wholly adopt the reasoning of the House of Lords from *Bonsor, supra*, to the effect that there existed an enforceable contract between the union *per se* and each individual member. Instead he held at p. 445 that, although union membership was contractual in nature, the contract was between the members *inter se*:

acceptée, il s’est formé entre les deux parties un contrat, en vertu duquel M. Bonsor a accepté de se conformer aux règlements du syndicat et celui-ci a implicitement accepté que ni lui ni ses officiers n’expulseraient M. Bonsor, sauf en conformité des règlements. [. . .] L’intimé a violé ce contrat en expulsant M. Bonsor de façon injustifiée et ce dernier a poursuivi le syndicat en tant qu’entité juridique. À la date du bref, il n’a ni poursuivi tous les membres, lui excepté, dont plusieurs ont dû joindre le syndicat après la violation de contrat, ni tous les membres y compris lui-même.

Bien que lord Morton ait reconnu que les faits dans *Taff Vale* différaient de ceux de l’affaire dont il était saisi, en ce sens que l’action en responsabilité délictuelle n’avait pas, dans cet arrêt, été intentée par un syndiqué, il a conclu qu’il ne s’agissait pas là de [TRADUCTION] « différences essentielles » (p. 523) et s’est fondé sur un raisonnement similaire pour conclure que le syndicat avait la capacité de passer un contrat avec M. Bonsor et pouvait donc être poursuivi pour rupture de contrat.

Dans l’arrêt charnière *Orchard*, précité, un syndiqué avait intenté contre des membres du conseil de direction d’un syndicat une action en responsabilité délictuelle pour violation des droits que lui garantissaient les statuts du syndicat. Dans l’examen du caractère des droits et obligations rattachés à l’appartenance syndicale, le juge Rand (au nom de la majorité) a consulté les arrêts *Taff Vale* et *Bonsor* pour motiver son jugement; toutefois, il a précisé que ces arrêts reposaient sur le fait que les *Trade Union Acts* d’Angleterre avaient accordé d’importants droits aux syndicats et qu’il n’existait pas de loi comparable au Manitoba. Par conséquent, comme il n’avait aucune raison de suivre ces arrêts anglais, le juge Rand a été incapable de conclure que les syndicats du Manitoba possédaient un statut ou la personnalité juridiques.

Compte tenu de cette différence sur le plan de la législation, le juge Rand ne s’était pas entièrement rallié au raisonnement de la Chambre des lords dans *Bonsor*, précité, dans lequel elle avait reconnu l’existence d’un contrat exécutoire entre le syndicat et chacun de ses membres. Le juge Rand a plutôt conclu à la p. 445 que, même si l’adhésion syndicale était de nature contractuelle, le contrat avait été conclu entre les syndiqués :

37

38

There is no legislation in Manitoba similar to that of the *Trade Union Acts*, 1871-1876; and it was not argued that *The Labour Relations Act*, *supra*, had any wider effect than as already stated. Apart, then, from statute, that a union is held together by contractual bonds seems obvious; each member commits himself to a group on a foundation of specific terms governing individual and collective action, a commitment today almost obligatory, and made on both sides with the intent that the rules shall bind them in their relations to each other. That means that each is bound to all the others jointly. The terms allow for the change of those within that relation by withdrawal from or new entrance into membership. Underlying this is the assumption that the members are creating a body of which they are members and that it is as members only that they have accepted obligations: that the body as such is that to which the responsibilities for action taken as of the group are to be related.

By the contract, therefore, liabilities incurred in group action are group liabilities and it is this unexpressed assumption that warrants the conclusion of several of the Lords in *Taff Vale* and in *Bonsor* in limiting execution of the judgments in those cases recovered to the property of the union. That such a limitation can be effected contractually as between the parties is undoubted and its attribution to the agreement is simply making explicit what is implicit in their act of organization. The contractual rights of a member are, then, with all members except himself, otherwise it would be the group as one that contracts; and what ordinarily is complained of as a breach toward a member must, in the light of the rules and the agreement to be bound by a majority, be such as at the same time is a violation in respect of all the other members and not of one or more only. [Emphasis added.]

Although he characterized the contract slightly differently, the effect of Rand J.'s statement accords with the thrust of the *Bonsor* decision. The essence of both judgments is that the act of joining a union is contractual in nature. By becoming a member, the individual accepts responsibility as a member of the group; however, liability arising from the union's breach of the constitution is of a group nature and is therefore limited to the property of the union.

[TRADUCTION] Au Manitoba, il n'existe aucune loi semblable aux *Trade Union Acts*, 1871-1876; et l'on n'a pas avancé que *The Labour Relations Act*, précitée, avait un effet plus large que ce qui a été mentionné. Indépendamment de la loi, il est évident qu'un syndicat est uni par des liens contractuels; chaque syndiqué s'engage envers un groupe à des conditions précises régissant les activités individuelles et collectives, engagement qui, de nos jours, est presque obligatoire et que les parties prennent dans l'intention que ces règles les lient dans leurs relations. Ce qui signifie que chaque personne est liée envers les autres conjointement. Aux termes des conditions d'engagement, des changements peuvent être apportés à la composition du groupe de personnes à l'intérieur de cette relation, que ce soit par retrait ou adhésion de membres. Cet énoncé repose sur l'hypothèse que les syndiqués créent un organisme dont ils sont membres et que c'est à ce titre seulement qu'ils ont accepté des obligations : c'est à l'organisme qu'il faut rattacher les responsabilités relativement à des mesures prises en tant que groupe.

Par conséquent, aux termes du contrat, les engagements liés à une activité collective sont des engagements collectifs et c'est cette hypothèse implicite qui justifie la conclusion de plusieurs des lords dans *Taff Vale* et *Bonsor* suivant laquelle l'exécution des jugements ayant donné lieu à une indemnisation se fera seulement sur les biens du syndicat. Certes, une telle restriction peut être prévue contractuellement par les parties, et son insertion dans la convention ne fait que rendre explicite ce qui est implicite dans les statuts constitutifs. Un syndiqué partage des droits contractuels avec tous les autres membres; sinon ce serait le groupe en tant que groupe qui conclurait le contrat. De plus, ce qui est habituellement reproché comme violation à l'égard d'un syndiqué doit, compte tenu des règles et de l'entente devant être ratifiés par la majorité, être tel qu'il constitue en même temps une violation à l'égard de tous les autres syndiqués et non seulement à l'égard d'une seule ou de quelques personnes. [Soulignement ajouté.]

Bien qu'il ait qualifié le contrat d'une façon légèrement différente, le juge Rand souscrit pour l'essentiel à l'arrêt *Bonsor*. Ces deux arrêts établissent essentiellement que l'acte d'adhérer à un syndicat est de nature contractuelle. En devenant membre d'un syndicat, la personne accepte une responsabilité en tant que membre du groupe; cependant, la responsabilité découlant de la violation des statuts par le syndicat est une responsabilité de groupe qui se limite à la valeur des biens du syndicat.

Since the *Orchard* decision, legislatures have granted statutory rights to trade unions similar to those acknowledged by the House of Lords in *Taff Vale*, *supra*. Recognizing these statutory developments, this Court has come to hold the view that a trade union is a legal entity that can be sued in its own name. In *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, at pp. 277-78, the Court held through the judgment of Locke J. that:

The granting of these [statutory] rights, powers and immunities to these unincorporated associations or bodies is quite inconsistent with the idea that it was not intended that they should be constituted legal entities exercising these powers and enjoying these immunities as such. . . .

. . .

In my opinion, the appellant is a legal entity which may be made liable in name for damages either for breach of a provision of the *Labour Relations Act* or under the common law. [Emphasis added.]

Although *Therien* is arguably restricted in its application owing to the fact that the Court relied on specific provisions of the British Columbia *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, c. 17, and *Trade-unions Act*, R.S.B.C. 1948, c. 342, in *International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120, at pp. 135-37, Estey J. speaking for the Court made a more general statement with respect to the legal status of trade unions:

Federal and provincial labour relations statutes alike have been interpreted by the courts in the same general way as Farwell J. interpreted the United Kingdom legislation in the *Taff Vale* case, *supra*, and over the years the concept has crystallized in our law whereby trade unions and employer organizations are deemed to have been constituted by the Legislature as legal entities for the purpose of discharging their function and performing their role in the field of labour relations. . . .

. . . The [Canada Labour] Code introduced by Parliament in 1972 . . . establishes in modern form an elaborate and comprehensive pattern of labour relations in all its aspects within the federal jurisdiction. The

Depuis *Orchard*, les législatures ont accordé aux syndicats des droits prévus par la loi semblables à ceux reconnus par la Chambre des lords dans *Taff Vale*, précité. Reconnaisant cette évolution législative, la Cour en est venue à conclure que le syndicat est une entité juridique qui peut être poursuivie en son propre nom. Dans *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, p. 277-278, la Cour, sous la plume du juge Locke, conclut :

[TRADUCTION] L'octroi de droits, pouvoirs et immunités [prévus par la loi] à ces associations ou organismes non constitués est tout à fait incompatible avec l'idée qu'on n'avait pas l'intention d'en faire des entités juridiques exerçant ces pouvoirs et jouissant de ces immunités . . .

. . .

À mon avis, l'appelant est une entité juridique qui peut être passible, en son propre nom, de dommages-intérêts, soit pour violation d'une disposition de la *Labour Relations Act*, soit en vertu de la common law. [Je souligne.]

Bien qu'il soit possible de prétendre que l'arrêt *Therien* a une application restreinte puisque la Cour se fondait alors sur des dispositions précises de la *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, ch. 17, et de la *Trade-unions Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 342, le juge Estey, au nom de la Cour, dans *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120, p. 135-137, a formulé un énoncé plus général concernant le statut juridique des syndicats :

Les tribunaux ont généralement interprété les lois fédérales et provinciales sur les relations de travail de la même façon que le juge Farwell a vu la législation du Royaume-Uni dans l'arrêt *Taff Vale*, précité. Avec les années, notre droit a admis le concept selon lequel le législateur est censé avoir considéré les syndicats et les associations patronales comme des entités juridiques dans l'exercice de leurs fonctions respectives dans le domaine des relations de travail . . .

. . . [L]e Code [canadien du travail] adopté par le Parlement en 1972 fournit un cadre moderne et global aux relations de travail dans ses aspects qui relèvent de la compétence fédérale. Seuls des groupes constituant des

exercise of the rights and the performance of the obligations arising under that statute can only be undertaken efficiently and conveniently by those groups acting as legal entities. The reasoning in the *Taff Vale* decision, *supra*, and the subsequent cases in this country apply with equal force and effect in the case of the Code. It is not necessary to decide as has been done in some of the judgments cited above whether any action might be maintained in the courts by or against these entities in respect of conduct outside the discharge of their obligations or the exercise of their rights under the Code. It would take the clearest possible language in my view on the part of Parliament when enacting the Code to show that Parliament did not wish to establish the bargaining agent and the employer as legal entities for the purpose of employer relations regardless of the status of each under pre-existing statute law or the common law generally. In the result, the Association is a legal entity fully capable of bringing these proceedings; and the three Locals are likewise each legal entities fully capable at law of being added as a party defendant. [Emphasis added.]

41

I note that neither *Therien* nor *International Longshoremen's Association* involved a breach of contract action. *Therien* considered union status in relation to actions brought against the union by a third party in tort and for breach of the British Columbia *Labour Relations Act*, and *International Longshoremen's Association* involved an injunction application brought against the union. However, in *Hornak v. Paterson* (1966), 58 D.L.R. (2d) 175, McFarlane J.A. of the British Columbia Court of Appeal held, at p. 181, that the reasoning in *Therien* was equally applicable to a breach of contract claim by a union member against the union:

Respondents' counsel sought to distinguish the *Therien* case on the ground that it involved an action for damages in tort. In my view this is not a valid distinction. I think when Locke, J., referred to damages under the common law he meant to include damages for breach of contract such as the contract of union membership here invoked, as well as damages for tort. Locke, J., referred to the rights, powers and immunities conferred upon trade unions by the *Labour Relations Act* of this Province, now R.S.B.C. 1960, c. 205, as amended by 1961 (B.C.), c. 31, which defines a trade union as an organization that has as one of its purposes the regulation in the Province of the relations between employers and employees through collective bargaining. The right to bargain collectively and to enter into agreements for that purpose involves

entités juridiques peuvent efficacement exercer les droits et remplir les obligations découlant de cette loi. Le raisonnement qui a prévalu dans l'arrêt *Taff Vale*, précité, et les arrêts canadiens ultérieurs, s'applique de façon aussi persuasive dans le cas du Code. Il n'est pas nécessaire de décider, comme quelques arrêts précités l'ont fait, si les tribunaux peuvent entendre une action intentée par ces entités juridiques, ou contre elles, en dehors de ce qui concerne l'exécution de leurs obligations et l'exercice de leurs droits en vertu du Code. À mon avis, s'il ne souhaitait pas que l'agent négociateur et l'employeur soient considérés comme des entités juridiques aux fins des relations de travail, quel que puisse avoir été leur statut juridique aux termes des lois alors existantes ou de la common law, le Parlement l'aurait dit expressément dans le Code. En conséquence, l'Association est une entité juridique parfaitement habile à intenter ces procédures; les trois sections locales sont également des entités juridiques parfaitement habiles en droit à y être jointes comme parties défenderesses. [Je souligne.]

Je remarque qu'il n'est question d'action pour rupture de contrat ni dans *Therien* ni dans *Association internationale des débardeurs*. Dans *Therien*, la Cour a examiné le statut d'un syndicat par rapport aux actions intentées contre lui par une tierce partie en responsabilité délictuelle et pour contravention à la *Labour Relations Act* de la Colombie-Britannique; dans *Association internationale des débardeurs*, il s'agissait d'une demande d'injonction contre le syndicat. Cependant, dans *Hornak c. Paterson* (1966), 58 D.L.R. (2d) 175, le juge McFarlane, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a conclu, à la p. 181, que le raisonnement suivi dans *Therien* s'appliquait également à une action pour rupture de contrat intentée par un syndiqué contre le syndicat :

[TRADUCTION] L'avocat des intimés a cherché à distinguer l'arrêt *Therien* au motif que celui-ci visait une action en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle. À mon avis, cette distinction n'est pas valide. Selon moi, lorsqu'il a parlé des dommages-intérêts en vertu de la common law, le juge Locke voulait englober des dommages-intérêts pour rupture de contrat, comme le contrat d'adhésion syndicale visé en l'espèce, de même que des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle. Le juge Locke parle des droits, pouvoirs et immunités conférés aux syndicats par la *Labour Relations Act* de cette province, maintenant R.S.B.C. 1960, ch. 205, modifiée par 1961 (B.C.), ch. 31, qui définit le syndicat comme une organisation dont l'un des objets est la réglementation dans la province des relations

necessarily the creation of contractual obligations as between the union and the employees for whom the Legislature has empowered it to act when certified as the statute provides. Locke, J., said also at p. 11:

In the absence of anything to show a contrary intention . . . the Legislature must be taken to have intended that the creature of the statute shall have the same duties and that its funds shall be subject to the same liabilities as the general law would impose on a private individual doing the same thing. *Qui sentit commodum sentire debet et onus.*

. . . For these reasons I am of the opinion that Local 97 may be made liable in name for damages for breach of its contract of membership with the appellant.

In addition to the judicial recognition of the legal status of trade unions, labour relations legislation in this country has expressly acknowledged the legal status of trade unions to varying degrees. For example, ss. 103(1) and 103(2) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, provide that:

103. (1) A prosecution for an offence under this Part may be brought against and in the name of an employers' organization, a trade union or a council of trade unions.

(2) For the purpose of a prosecution under subsection (1),

(a) an employers' organization, trade union or council of trade unions shall be deemed to be a person;

Similarly, ss. 107(1) and 108 of the *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, allow for prosecutions for offences under that Act and proceedings to enforce the decisions of arbitrators or the Ontario Labour Relations Board to be brought against the union in its own name.

Section 154 of the *British Columbia Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, has a broader recognition of legal status:

154 Every trade union and every employers' organization is a legal entity for the purposes of this Code.

patronales-syndicales dans le cadre de la négociation collective. Le droit de négocier collectivement et de conclure des ententes à cette fin emporte nécessairement la création d'obligations contractuelles entre les employés et le syndicat à qui le législateur a conféré le pouvoir d'agir lorsqu'il est accrédité comme le prévoit la loi. Le juge Locke affirme aussi à la p. 11 :

En l'absence de tout élément indiquant une intention contraire, [. . .] on doit comprendre que le législateur a voulu que l'entité créée par la loi ait les mêmes devoirs et que ses fonds soient assujettis aux mêmes obligations que ceux qu'impose le droit général aux individus agissant de la même façon. Celui qui jouit de l'avantage doit aussi subir la charge.

. . . Pour ces motifs, je suis d'avis que la section locale 97 peut être passible en son propre nom de dommages-intérêts pour rupture de son contrat d'adhésion syndicale avec l'appellant.

En plus d'être accepté par les tribunaux, le statut juridique des syndicats est explicitement reconnu, à divers degrés, dans la législation canadienne sur les relations du travail. Par exemple, les par. 103(1) et (2) du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, prévoient :

103. (1) Les poursuites visant une infraction à la présente partie peuvent être intentées contre une organisation patronale, un syndicat ou un regroupement de syndicats et en leur nom.

(2) Dans le cadre des poursuites prévues par le paragraphe (1) :

a) les organisations patronales, les syndicats ou les regroupements de syndicats sont réputés être des personnes;

De même, le paragraphe 107(1) et l'art. 108 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, prévoient des poursuites pour infraction à cette loi et disposent que des instances visant à faire exécuter les décisions des arbitres ou de la Commission des relations de travail de l'Ontario peuvent être introduites contre le syndicat en son nom.

L'article 154 du *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 244, prévoit une large reconnaissance du statut juridique :

[TRADUCTION]

154 Tout syndicat et toute association patronale sont des entités juridiques pour l'application du Code.

42

43

Substantially similar provisions can be found in Alberta, Saskatchewan, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island, and Newfoundland labour legislation: see *Alta. Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 25(1); *Sask. Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 29; *Man. Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, ss. 146(1) and 150(3); *N.B. Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 114(2); *N.S. Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 79(1); *P.E.I. Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 44(1); *Nfld. Labour Relations Act*, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 141(1).

Des dispositions sensiblement similaires existent dans la législation ouvrière en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve; voir : *Labour Relations Code* de l'Alb., R.S.A. 2000, ch. L-1, par. 25(1); *Trade Union Act* de la Sask., R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 29; *Loi sur les relations du travail* du Man., L.R.M. 1987, ch. L10, par. 146(1) et 150(3); *Loi sur les relations industrielles* du N.-B., L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 114(2); *Trade Union Act* de la N.-É., R.S.N.S. 1989, ch. 475, par. 79(1); *Labour Act* de l'Î.-P.-É., R.S.P.E.I. 1988, ch. L-1, par. 44(1); *Labour Relations Act* de T.-N., R.S.N. 1990, ch. L-1, par. 141(1).

44

Under Quebec legislation, a union of fifteen or more members can incorporate under s. 1 of the *Professional Syndicates Act*, R.S.Q., c. S-40, and s. 9 of that Act grants extensive powers to such associations, including the right to appear before the courts and enter into contracts. As well, by art. 60 of the *Code of Civil Procedure* of Quebec, R.S.Q., c. C-25, an unincorporated union may be a party to legal proceedings in its own name provided that, where the association is bringing the action, it deposits with the court a certificate of the labour commissioner-general attesting that it is an association of employees within the meaning of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27. Other aspects of legal personality are granted to unincorporated associations by the section on Associations of the *Civil Code of Québec*: see S.Q. 1991, c. 64, arts. 2267 to 2279.

Selon la législation québécoise, un syndicat regroupant quinze personnes ou plus peut se constituer en personne morale en vertu de l'article premier de la *Loi sur les syndicats professionnels*, L.R.Q., ch. S-40, et l'art. 9 de cette loi accorde de vastes pouvoirs à de telles associations, notamment le droit de comparaître devant les tribunaux et celui de passer des contrats. Par ailleurs, en vertu de l'art. 60 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, un syndicat non constitué en personne morale peut être partie à une instance en son nom, à condition, dans le cas où c'est l'association qui agit en justice, de déposer auprès du tribunal un certificat du commissaire général du travail attestant qu'elle constitue une association de salariés au sens du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27. D'autres aspects de la personnalité juridique sont conférés aux associations non constituées en personne morale par la section sur les associations du *Code civil du Québec* : voir L.Q. 1991, ch. 64, art. 2267 à 2279.

45

As can be seen, there have been numerous statutory developments aimed at enhancing the legal status of trade unions. In addition to these specific provisions, I agree with the view expressed by Estey J. in *International Longshoremen's Association*, *supra*, at p. 137 that, regardless of the status of trade unions under statutory law, "[i]t would take the clearest possible language" to show that legislatures did not wish to establish the bargaining agent as a legal entity for labour relations purposes.

Comme on peut le constater, il y a eu adoption de nombreux textes législatifs visant à améliorer le statut juridique des syndicats. Outre les dispositions que je viens de mentionner, je souscris à l'opinion du juge Estey dans *Association internationale des débardeurs*, précité, p. 137, qui affirme que, quel que soit le statut des syndicats en vertu des lois, il faut que ce soit « dit expressément » que le législateur ne souhaitait pas que l'agent négociateur soit considéré comme une entité juridique dans le cadre des relations du travail.

B. *The Union Contract and Union Status in the Modern Context*

As the above cases and statutory provisions suggest, the world of labour relations in Canada has evolved considerably since the decision of this Court in *Orchard, supra*. We now have a sophisticated statutory regime under which trade unions are recognized as entities with significant rights and obligations. As part of this gradual evolution the view has emerged that, by conferring these rights and obligations on trade unions, legislatures have intended, absent express legislative provisions to the contrary, to bestow on these entities the legal status to sue and be sued in their own name. As such, unions are legal entities at least for the purpose of discharging their function and performing their role in the field of labour relations. It follows from this that, in such a proceeding, a union may be held liable to the extent of its own assets.

Viewed in this modern context, the proposition that a trade union does not have the legal status to enter into contracts with its members is implausible. The impediments that prevented Rand J. in *Orchard, supra*, from holding that by joining a union, the member contracts directly with the union as a legal entity, have been overcome. In order for trade unions to fulfill their labour relations functions, it is essential for unions to control and regulate their internal affairs. Since the regulation of union membership is a fundamental part of the role of trade unions, it is only logical that it should fall within the sphere of activities for which unions have legal status. It follows that unions must have sufficient legal personality to enter into contracts of membership, and that this is an aspect of union affairs for which legislatures have impliedly conferred legal status on unions. In addition, I agree with Lord Morton's statement in *Bonsor, supra*, that there are no "vital differences" between an action in tort and an action in breach of contract brought by a member against the union, and to draw a line between the legal status to be sued in tort and the legal status to

B. *La convention et le statut des syndicats dans le contexte moderne*

Comme le donnent à penser la jurisprudence et les textes législatifs que j'ai mentionnés, le monde des relations du travail au Canada a beaucoup évolué depuis l'arrêt *Orchard*, précité. Nous avons maintenant un régime législatif très élaboré en vertu duquel les syndicats sont reconnus comme des entités ayant d'importants droits et obligations. Au cours de cette évolution progressive, il s'est dégagé le point de vue selon lequel les législatures, en attribuant ces droits et obligations aux syndicats, entendaient, en l'absence de dispositions législatives explicites à l'effet contraire, conférer à ces entités la capacité juridique d'ester en justice en leur propre nom. Ainsi, les syndicats sont des entités juridiques, du moins pour l'exécution de leurs fonctions et l'exercice de leur rôle dans le domaine des relations du travail. De ce fait, ils peuvent être tenus responsables jusqu'à concurrence de la valeur de leurs biens.

Dans ce contexte moderne, la thèse selon laquelle le syndicat ne possède pas la capacité juridique de conclure des contrats avec ses membres n'est pas plausible. On a surmonté les obstacles qui, dans *Orchard*, précité, avaient empêché le juge Rand de statuer que le syndiqué, en adhérant à un syndicat, conclut directement un contrat avec celui-ci en tant qu'entité juridique. Pour que les syndicats s'acquittent de leurs fonctions en matière de relations du travail, il est essentiel qu'ils contrôlent et réglementent leurs affaires internes. La réglementation de l'adhésion syndicale constituant un aspect fondamental de leur rôle, il n'est que logique qu'elle s'inscrive dans la sphère des activités pour lesquelles le syndicat jouit d'une capacité juridique. Il s'ensuit qu'ils doivent posséder une personnalité juridique suffisante pour conclure des contrats d'adhésion et qu'il s'agit là d'un aspect des affaires syndicales pour lesquelles les législatures leur ont implicitement conféré une capacité juridique. En outre, à l'instar de lord Morton dans *Bonsor*, précité, je conviens qu'il n'existe pas de [TRADUCTION] « différences essentielles » entre une action en responsabilité délictuelle et une action pour rupture de contrat intentée

46

47

enter into contracts with its members is arbitrary and illogical.

48

In light of the above, the time has come to recognize formally that when a member joins a union, a relationship in the nature of a contract arises between the member and the trade union as a legal entity. By the act of membership, both the union and the member agree to be bound by the terms of the union constitution, and an action may be brought by a member against the union for its breach; however, since the union itself is the contracting party, the liability of the union is limited to the assets of the union and cannot extend to its members personally. I say that this relationship is in the nature of a contract because it is unlike a typical commercial contract. Although the relationship includes at least some of the indicia of a common law contract (for example offer and acceptance), the terms of the contractual relationship between the union and the member will be greatly determined by the statutory regime affecting unions generally as well as the labour law principles that courts have fashioned over the years. With this in mind, for ease of reference I will refer to the membership agreement between the individual member and the union as a contract.

49

Having said that there exists an enforceable contract between union members and the union, I believe it is worth elaborating on several factors which make this contract unique. First, it is essentially an adhesion contract as, practically speaking, the applicant has no bargaining power with the union. Moreover, in many situations, union membership is a prerequisite to employment, leaving the individual with little choice but to accept the contract and its terms. Finally, it must be borne in mind that a statutory labour relations scheme is superimposed over the contract between the member and the union, and can create legal obligations. Consequently, the contract must be viewed in this overall statutory context. For example, the statutory right of members to be represented by the union of their choice implies

par un syndiqué contre son syndicat; il serait donc arbitraire et illogique d'établir une distinction entre le statut juridique requis pour être poursuivi en responsabilité délictuelle et celui dont le syndicat doit jouir pour conclure des contrats avec ses membres.

Compte tenu de ce qui précède, il est temps de reconnaître formellement que l'adhésion syndicale donne naissance à une relation de la nature d'un contrat entre le syndiqué et le syndicat à titre d'entité juridique. Au moment de l'adhésion, le syndicat et le syndiqué conviennent tous deux d'être liés par les modalités des statuts du syndicat, et, lorsqu'il y est contrevenu, le syndiqué peut intenter une action contre le syndicat; cependant, puisque le syndicat lui-même est la partie contractante, la responsabilité qu'il encourt se limite à la valeur de ses biens et ne peut s'étendre aux membres en leur qualité personnelle. Je précise que cette relation est de la nature d'un contrat parce qu'elle n'est pas comme un contrat commercial typique. Bien que la relation comporte au moins certains indices d'un contrat de common law (par ex. l'offre et l'acceptation), les conditions de la relation contractuelle entre le syndicat et le syndiqué seront en grande partie déterminées par le régime législatif applicable à l'ensemble des syndicats ainsi que par les principes du droit du travail que les tribunaux ont formulés au fil des ans. Dans cette perspective, par souci de commodité, je parlerai de l'entente d'adhésion entre le syndiqué et le syndicat comme d'un contrat.

Après avoir affirmé qu'il existe un contrat exécutoire entre les syndiqués et le syndicat, j'estime qu'il vaut la peine d'examiner plusieurs des facteurs qui donnent à ce contrat un caractère unique. Premièrement, il constitue essentiellement un contrat d'adhésion puisque le requérant n'a en pratique aucun pouvoir de négociation avec le syndicat. Par ailleurs, dans de nombreux cas, l'adhésion syndicale est une condition préalable à l'emploi, la personne n'ayant pas d'autre choix que d'accepter le contrat et ses conditions. Enfin, il ne faut pas oublier qu'un régime législatif en matière de relations du travail vient se superposer au contrat entre syndiqué et syndicat et qu'il peut créer des obligations juridiques. Par conséquent, il faut examiner le contrat dans ce contexte législatif global. Par exemple, le droit que

that the contract only exists as long as the members maintain that union as their bargaining agent, and no penalty could be imposed by the contract against members for exercising this statutory right. As it is not necessary to interpret the terms of the membership contract or determine its scope on the facts of this case, I decline from elaborating further on these matters. I simply note that the unique character and context of this contract, as well as the nature of the questions in issue, will necessarily inform its construction in any given situation.

In my view, the above characterization not only fulfills the practical purpose of providing a basis from which the terms of the union constitution may be enforced, but it also serves as an accurate and realistic description of the nature of union membership. The individual applies for membership with the union. It is the union, represented by its agents, that accepts the individual as a member, and this individual agrees to follow the rules of the union. Aside from the fact that the relationship between the union and its members fits naturally into the contractual model, in today's labour relations context, the public has come to view unions as associations with the responsibility to discharge their obligations to members; it would be inconsistent with this view to deny unions the right to enter into legally enforceable contracts with these members.

I emphasize that the above recognition of the legal status of trade unions does not automatically extend to other unincorporated associations. The unique status of trade unions is a consequence of the complex labour relations regime governing their existence and operations. By statute, labour unions have been endowed with significant powers and corresponding duties. They are granted the monopoly power to act as the exclusive bargaining agent for a group of employees, and they have a corresponding duty to bargain fairly on their behalf. As well, union membership is often a prerequisite to employment, forcing members to join the union based on its prescribed terms. By acceding to union

la loi confère au syndiqué d'être représenté par le syndicat de son choix laisse entendre que le contrat existe seulement dans la mesure où le syndiqué conserve ce syndicat comme agent négociateur, et aucune peine ne pourrait lui être imposée s'il exerce ce droit. Comme il n'est pas nécessaire d'interpréter les conditions du contrat d'adhésion ou de déterminer son application aux faits en l'espèce, je refuse de m'étendre davantage sur ces questions. Je tiens tout simplement à ajouter que le caractère et le contexte uniques de ce contrat, conjugués à la nature des questions en litige, guideront nécessairement l'interprétation qu'on y donnera dans une situation donnée.

À mon avis, la qualification qui précède permet non seulement d'assurer, en pratique, un fondement à partir duquel peuvent être exécutées les modalités des statuts du syndicat, mais aussi de décrire de façon précise et réaliste la nature de l'adhésion syndicale. La personne présente une demande d'adhésion au syndicat. C'est le syndicat, représenté par ses mandataires, qui accepte la personne comme syndiqué, et cette personne consent à respecter les règles du syndicat. À part le fait que la relation entre syndicat et syndiqués cadre bien avec le modèle contractuel, dans le contexte moderne des relations du travail, le public en est venu à considérer les syndicats comme des associations tenues de s'acquitter de leurs obligations envers leurs membres; il serait incompatible avec ce point de vue de refuser aux syndicats le droit de conclure avec leurs membres des contrats exécutoires sur le plan juridique.

Je tiens à souligner que la reconnaissance du statut juridique des syndicats dont il est question ci-dessus ne s'étend pas automatiquement à d'autres associations non constituées en personne morale. Le statut unique des syndicats résulte du régime complexe des relations du travail régissant leur existence et leur fonctionnement. La loi confère aux syndicats des pouvoirs importants ainsi que des obligations correspondantes. En effet, les syndicats possèdent le pouvoir monopolistique d'agir à titre d'agent négociateur exclusif d'un groupe d'employés et ont l'obligation correspondante de négocier de façon équitable en leur nom. De plus, l'adhésion syndicale est souvent une

50

51

membership, the individual agrees to be bound by the union constitution, the terms of which will almost inevitably include internal disciplinary provisions in the event of a breach by the member. In light of the significant powers and duties of the union *vis-à-vis* its members, and in particular its ability to enforce the terms of the membership agreement internally, it is only logical to hold that the legislature has intended unions to have the status at common law to sue and be sued in matters relating to their labour relations functions and operations.

C. *Existence of a Contract Inter Se Between Union Members*

52 Given the recognition of the special form of contractual relationship which exists between a trade union and each of its members, the question remains whether there is any basis for maintaining the proposition that there exists a web of contracts between each of the union members *inter se*, and, if so, whether this relationship can form the basis for a breach of contract claim against union members.

53 As discussed above, the idea that union members were joined to each other through a web of contracts arose as a legal fiction designed by courts as a way to exert jurisdiction over the internal affairs of a trade union. It allowed courts to circumvent the lack of legal status of unions and hold unions liable through the medium of their membership. By characterizing the liability as that of the group, the execution of the judgment was limited to the assets of the union.

54 With the acknowledgment of the legal status of unions relating to the fulfilment of their labour relations role, I agree with the view that the legal fiction of a web of contracts between members is no longer necessary. A member wishing to sue his or her union for breach of the constitution is not impeded by a lack of legal status. Since the underlying problem which led to the establishment of the fiction has been resolved, in the absence of some compelling

condition préalable à l'emploi, ce qui oblige les travailleurs à adhérer au syndicat aux conditions fixées par ce dernier. Par son adhésion, le syndiqué consent à être lié par les statuts du syndicat, dont les dispositions comporteront presque inévitablement des mesures disciplinaires internes en cas de violation. Compte tenu des importants pouvoirs et obligations du syndicat vis-à-vis de ses membres, tout particulièrement son pouvoir de faire exécuter les conditions de l'entente d'adhésion par des mesures internes, il n'est que logique de conclure que le législateur voulait que les syndicats possèdent en common law la capacité d'ester en justice dans des affaires touchant leurs fonctions et activités dans le domaine des relations du travail.

C. *Existence d'un contrat entre les syndiqués*

Vu la reconnaissance de l'existence d'un type spécial de relation contractuelle entre un syndicat et chacun des syndiqués, il reste à déterminer si la thèse de la série de contrats entre chacun des syndiqués est fondée et, dans l'affirmative, si cette relation peut justifier une action pour rupture de contrat intentée contre des syndiqués.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'idée voulant que les syndiqués soient liés entre eux par une série de contrats découle d'une fiction juridique que les tribunaux ont conçue pour avoir compétence sur les affaires internes du syndicat. Les tribunaux pouvaient ainsi contourner l'absence de statut juridique d'un syndicat et le tenir responsable par l'intermédiaire de ses syndiqués. Comme la responsabilité était qualifiée de responsabilité collective, le jugement rendu ne pouvait être exécuté que sur les biens du syndicat.

En reconnaissant que les syndicats possèdent un statut juridique lorsqu'ils exercent leur rôle dans le domaine des relations du travail, je souscris au point de vue qu'il n'est plus nécessaire de maintenir la fiction juridique de la série de contrats entre syndiqués. L'absence de statut juridique ne constitue pas un obstacle pour un membre désireux d'intenter contre son syndicat une poursuite pour violation des statuts. Puisque le problème sous-jacent qui a abouti

reason to maintain it, the idea that union members are contractually connected to each other should likewise be abandoned.

As an initial matter, I would find it difficult, if not impossible, to conclude that the traditional indicia of a contract exist between the members of a union. For example, it stretches the imagination to suppose that each and every member of a union makes an offer of membership to an individual who then accepts these various offers, or vice versa, or that there takes place some mutual exchange of consideration between and among perhaps thousands of members. This is in contrast with the ease with which the relationship between the member and the union fits into the contractual model. In my view, it is simply unrealistic to posit that such a web of contracts exists between union members. Moreover, I agree with the courts below that it is not within the reasonable expectations of union members that they could be held personally liable to other members for breaching the union constitution. As well, the union constitution does not generally set out obligations which exist between individuals. It is mainly concerned with the obligations of the individual to the union (e.g. to pay dues, to participate in job action, etc.) as well as laying out how the union will be governed and conduct its affairs.

The respondents argue that the concept of a contractual relationship between the members should be maintained and enforced in this case in order to fill a gap that would otherwise exist in the labour relations scheme. In my view, there is no gap in this case that needs to be filled; if the appellants were in fact wronged, there are remedies that were and are available to them that appear to be fair and reasonable.

First, although the Air Canada pilots subsequently left CALPA, at the time the alleged wrongs were committed, they were still members of CALPA and internal remedies were available to the Air Ontario pilots. For example, Article II, s. 7 of the constitution allowed the Board or any MEC to bring a charge against any member for, among other misdemeanours, a willful violation of the constitution.

à la création de cette fiction a été résolu, il faudrait également abandonner l'idée que les syndiqués sont liés entre eux par contrat, à moins que des motifs impérieux n'en justifient le maintien.

Au départ, je trouverais difficile, voire impossible, de conclure que l'on retrouve entre les membres d'un syndicat les indices traditionnels de l'existence d'un contrat. Par exemple, il serait fantaisiste de supposer que chacun des syndiqués fait une offre d'adhésion à une personne, qui peut alors accepter ou refuser, ou qu'il se produit un échange de contreparties entre des milliers de syndiqués, alors que la relation entre syndiqué et syndicat cadre si bien avec le modèle contractuel. À mon avis, il est tout simplement irréaliste d'avancer l'existence d'une telle série de contrats; de plus, je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que les syndiqués ne peuvent raisonnablement s'attendre à être tenus personnellement responsables envers d'autres syndiqués lorsqu'ils contreviennent aux statuts du syndicat. Par ailleurs, les statuts d'un syndicat ne prévoient généralement pas les obligations qui existent entre syndiqués. Ils portent principalement sur les obligations du syndiqué envers le syndicat (par exemple, le versement des cotisations, la participation aux moyens de pression au travail) et établissent la façon dont le syndicat sera administré et conduira ses affaires.

Les intimés soutiennent qu'il y a lieu en l'espèce de maintenir et d'appliquer le concept d'une relation contractuelle entre les syndiqués pour remplir le vide dans le régime des relations du travail. À mon avis, il n'y a aucun vide à remplir en l'espèce, car si les appelants ont effectivement été lésés, ils peuvent toujours recourir à des mesures de redressement qui semblent justes et raisonnables.

Premièrement, bien que les pilotes d'Air Canada aient ultérieurement quitté l'ACPL, ils étaient encore, à l'époque des présumées atteintes, membres de l'ACPL et il existait des mesures de redressement internes dont pouvaient se prévaloir les pilotes d'Air Ontario. Par exemple, la section 7 de l'article II des statuts permet au conseil ou à un CEP de déposer une accusation contre un syndiqué pour

55

56

57

As well, by Article VI, s. 1(b), the Board had the power to intervene in the affairs of an MEC if the Board was of the opinion that the MEC was contravening the constitution or policies of the union.

58

In addition to these internal procedures, if the appellants were of the opinion that CALPA was not adequately addressing the alleged misdemeanours by the Air Canada MEC, the appellants may have been able to bring a complaint before the CLRB against CALPA for failing in its duty under s. 37 of the *Canada Labour Code*, to fairly represent the appellants in the bargaining of seniority rights. Although the appellants and respondents disagreed on whether the duty of fair representation was broad enough to encompass this situation, the essential point here is that the appellants failed to pursue any of these internal or CLRB procedures. In this connection, the appellants conceded at trial that there were internal remedies available to them which they elected not to pursue (para. 92). In addition, aside from the availability of internal procedures and CLRB proceedings, it is well established that tort claims may lie between union members, and in this case, the tort actions have been allowed to proceed.

59

However, apart from the fact that there were and are remedies available to the appellants in these particular circumstances, on a more general level, it seems problematic for a court to fill legislative gaps in the labour relations scheme by contorting what is essentially a contractual metaphor into a basis for a breach of contract action. Absent an independent basis for recognizing a breach of contract action between members, the mere argument that there exists a legislative gap is insufficient justification for transforming this contractual metaphor, initially created to provide a foundation for finding group liability, into a concrete basis which allows for personal liability to exist between union members.

des infractions mineures, telles la violation délibérée des statuts. De plus, aux termes de la section 1b) de l'article VI, le conseil peut intervenir dans les affaires d'un CEP s'il est d'avis que celui-ci contrevient aux statuts ou aux politiques du syndicat.

Outre ces procédures internes, les appelants pouvaient peut-être, s'ils estimaient que l'ACPL ne remédiait pas de façon adéquate aux infractions mineures du CEP d'Air Canada, déposer une plainte auprès du CCRT contre l'ACPL pour manquement à son obligation de les représenter de façon équitable au cours de la négociation des droits d'ancienneté, en conformité avec l'art. 37 du *Code canadien du travail*. Bien que les appelants et les intimés ne soient pas d'accord quant à savoir si l'obligation de représentation équitable est suffisamment large pour englober la présente situation, le point essentiel en l'espèce est que les appelants n'ont pas eu recours aux mécanismes internes ou intenté des procédures auprès du CCRT. À cet égard, ils ont admis en première instance qu'il existait des mesures de réparation internes auxquelles ils ont choisi de ne pas avoir recours (par. 92). Par ailleurs, outre les procédures internes et les procédures devant le CCRT, il est bien établi que des actions en responsabilité délictuelle peuvent être intentées entre syndiqués, et, en l'espèce, on a permis que les actions en responsabilité délictuelle suivent leur cours.

Cependant, hormis le fait que les appelants peuvent toujours se prévaloir des mesures de redressement dans les circonstances particulières de l'espèce, il semble problématique, à un niveau plus général, pour un tribunal de combler des lacunes législatives dans le régime des relations du travail en transformant ce qui est essentiellement une métaphore du contrat pour justifier une action pour rupture de contrat. En l'absence d'un autre fondement qui permettrait de reconnaître la possibilité d'une action pour rupture de contrat entre syndiqués, le simple argument qu'il existe une lacune législative ne justifie pas que l'on transforme cette métaphore du contrat, initialement créée pour servir d'assise à une responsabilité collective, en un fondement concret qui permet de créer une responsabilité personnelle entre les syndiqués.

On a policy level, if courts were to allow disagreements between union members to result in claims against their personal assets absent the existence of an identifiable wrongdoer in breach of some duty, like the required elements of a tort action, this would have a chilling effect on union democracy. The importance of the democratic rights of union members, including the right to dissent, was pointed out in *Tippett v. International Typographical Union, Local 226* (1975), 63 D.L.R. (3d) 522 (B.C.S.C.), at p. 546:

All members of trade unions have the unqualified right to speak out against the manner in which union affairs are conducted. There is a right of dissent. There is a right to seek decertification, subject to the condition that no member of a union shall conspire with his employer to injure his union. I point out, moreover, that dual unionism is a fact of life in this Province. No person can be expelled or penalized by a trade union for insisting on his rights.

Exposing the personal assets of dissenting union members to liability would be antithetical to this "unqualified right" of union members to speak out against the agenda of their bargaining agent. The result would be to discourage member participation in union affairs and to erode union democracy.

As well, I agree with Winkler J. that trade unions would find it difficult to recruit members or obtain certificates to bargain collectively if the act of joining a trade union exposed individuals to personal liability in damages to other members for alleged breaches of provisions of the constitution. Further, if union members were permitted to bring suit against other members instead of resorting to internal dispute resolution mechanisms where breaches of the constitution were alleged, the ability of unions to resolve internal conflicts would be hindered. This loss of control over internal affairs would undermine the ability of unions to present a united front to employers and pursue the collective interests of their members.

En principe, si les tribunaux devaient permettre que des différends entre syndiqués donnent lieu à des réclamations sur leurs avoirs personnels sans qu'une personne déterminée ait manqué à une obligation qui lui incombe, éléments qui doivent être établis dans une action en responsabilité délictuelle, cela aurait un effet paralysant sur la démocratie syndicale. L'arrêt *Tippett c. International Typographical Union, Local 226* (1975), 63 D.L.R. (3d) 522 (C.S.C.-B.), p. 546, fait ressortir l'importance des droits démocratiques des syndiqués, dont le droit à la dissidence :

[TRADUCTION] Tous les syndiqués ont le droit inconditionnel de se prononcer contre la façon dont le syndicat conduit ses affaires. Il existe un droit à la dissidence. Il existe un droit de chercher la révocation de l'accréditation, à la condition qu'aucun syndiqué ne complotte avec son employeur en vue de nuire à son syndicat. Par ailleurs, je tiens à préciser que le double syndicalisme est une réalité dans notre province. Un syndicat ne peut expulser ou pénaliser un syndiqué qui insiste pour exercer ses droits.

Exposer à la responsabilité personnelle les syndiqués dissidents irait à l'encontre du [TRADUCTION] « droit inconditionnel » des syndiqués de se prononcer contre le programme de leur agent négociateur. Cela aurait pour effet de dissuader la participation des syndiqués aux affaires syndicales et d'éroder la démocratie syndicale.

De plus, je conviens avec le juge Winkler qu'il serait difficile pour les syndicats de recruter des membres ou d'obtenir le mandat de négocier collectivement si l'adhésion syndicale emportait pour les individus un risque de responsabilité personnelle en dommages-intérêts envers d'autres syndiqués pour des présumées violations des dispositions des statuts du syndicat. De même, si les syndiqués étaient autorisés à tenter des poursuites contre d'autres syndiqués au lieu de recourir aux mécanismes internes de règlement des différends dans le cas de présumées violations des statuts, la capacité des syndicats de régler des conflits internes s'en trouverait diminuée. Cette perte de contrôle sur les affaires internes saperait la capacité des syndicats de présenter aux employeurs un front uni et d'assurer les intérêts collectifs de leurs membres.

62 To summarize, on grounds of both law and policy, I conclude that there is no contract between union members based on the terms of the union constitution. In light of the finding that the union itself can be held liable in breach of contract, there is no need to maintain the “complex of contracts” model. In addition, to interpret this model so as to allow for personal liability between union members would be contrary to its purpose and intent and would have negative consequences on the operation of the labour relations scheme in this country.

63 However, this is not to say that union members do not have some obligations *inter se*. By joining a union, the member agrees to follow the rules of the union, and, through the common bond of membership, union members have legal obligations to one another to comply with these rules. If there is a breach of a member’s constitutional rights, this is a breach by the union, and the union may be liable to the individual. Similarly, the disciplinary measures in the constitution can be imposed by the union on a member who contravenes the union’s rules. A failure by the union to follow these disciplinary procedures may cause it to breach its contractual obligations to the other members, giving rise to corresponding contractual remedies.

64 In addition to potential internal procedures, a failure by the union to insist on compliance with the constitution or impose disciplinary measures for its breach may allow members to initiate proceedings either at the Canada Industrial Relations Board, or the courts, depending on the nature of the complaint. Aside from actions against the union, a member who is harmed by the breach of the union’s rules by another member may, if the requisite elements are present, have an action in tort against that member.

VI. Conclusion

65 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

En résumé, pour des motifs à la fois de droit et de principe, je conclus qu’il n’existe pas entre syndiqués de contrat fondé sur les statuts du syndicat. Compte tenu de la conclusion que le syndicat peut lui-même être tenu responsable pour rupture de contrat, il n’est pas nécessaire de maintenir le modèle de la « série de contrats ». De plus, l’interprétation de ce modèle de façon à permettre l’existence d’une responsabilité personnelle entre syndiqués irait à l’encontre de son objet et de son but et entraînerait des conséquences négatives sur le fonctionnement du régime des relations du travail au Canada.

Toutefois, cela ne veut pas dire qu’il n’existe pas d’obligations entre les syndiqués. Par son adhésion, le syndiqué consent à respecter les règles du syndicat, et par l’adhésion qui les lie, les syndiqués ont les uns envers les autres des obligations juridiques de se conformer à ces règles. S’il y a atteinte aux droits garantis aux syndiqués par les statuts du syndicat, c’est une atteinte commise par le syndicat, qui peut alors être tenu responsable envers le syndiqué en cause. De même, un syndicat peut imposer au syndiqué qui contrevient à ses règlements les mesures disciplinaires prévues par ses statuts. En ne se conformant pas à ces procédures en matière disciplinaire, le syndicat risque de manquer à ses obligations contractuelles envers les autres syndiqués, manquement qui donne lieu aux recours correspondants prévus au contrat.

Si le syndicat n’insiste pas pour que ses statuts soient respectés ou n’impose pas de mesures disciplinaires en cas de violation, les syndiqués pourraient peut-être, en plus de bénéficier des procédures internes existantes, tenter des poursuites auprès du Conseil canadien des relations industrielles ou d’une cour de justice, selon la nature de la plainte. En plus des poursuites qu’il peut tenter contre le syndicat, le syndiqué lésé par suite de l’inobservation des règles du syndicat de la part d’un autre syndiqué peut tenter une action en responsabilité délictuelle contre ce dernier si les éléments requis sont établis.

VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Toronto; Faculty of Law, University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondents Chris Pulley, Tom Fraser, Lars T. Jensen and James Griffith: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitors for the respondent Kent Hardisty: Shell Jacobs, Toronto.

Solicitors for the intervener: Baigent & Jackson, Enderby, B.C.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Toronto; Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs des intimés Chris Pulley, Tom Fraser, Lars T. Jensen et James Griffith : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Kent Hardisty : Shell Jacobs, Toronto.

Procureurs de l'intervenant : Baigent & Jackson, Enderby, C.-B.

**Atomic Energy of Canada
Limited** *Appellant*

v.

Sierra Club of Canada *Respondent*

and

**The Minister of Finance of Canada, the
Minister of Foreign Affairs of Canada,
the Minister of International Trade of
Canada and the Attorney General of
Canada** *Respondents*

**INDEXED AS: SIERRA CLUB OF CANADA v. CANADA
(MINISTER OF FINANCE)**

Neutral citation: 2002 SCC 41.

File No.: 28020.

2001: November 6; 2002: April 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci,
Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Practice — Federal Court of Canada — Filing of confidential material — Environmental organization seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance to Crown corporation for construction and sale of nuclear reactors — Crown corporation requesting confidentiality order in respect of certain documents — Proper analytical approach to be applied to exercise of judicial discretion where litigant seeks confidentiality order — Whether confidentiality order should be granted — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government's decision to provide financial assistance to Atomic Energy of Canada Ltd. ("AECL"), a Crown corporation, for the construction and sale to China of two CANDU reactors. The reactors are currently under construction in China, where AECL is the main contractor and project manager. Sierra Club maintains that the authorization of financial assistance

**Énergie atomique du Canada
Limitée** *Appelante*

c.

Sierra Club du Canada *Intimé*

et

**Le ministre des Finances du Canada, le
ministre des Affaires étrangères du Canada,
le ministre du Commerce international
du Canada et le procureur général du
Canada** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : SIERRA CLUB DU CANADA c. CANADA
(MINISTRE DES FINANCES)**

Référence neutre : 2002 CSC 41.

N° du greffe : 28020.

2001 : 6 novembre; 2002 : 26 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et
LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Pratique — Cour fédérale du Canada — Production de documents confidentiels — Contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental de la décision du gouvernement fédéral de donner une aide financière à une société d'État pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires — Ordonnance de confidentialité demandée par la société d'État pour certains documents — Analyse applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire sur une demande d'ordonnance de confidentialité — Faut-il accorder l'ordonnance? — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

Un organisme environnemental, Sierra Club, demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à Énergie atomique du Canada Ltée (« ÉACL »), une société de la Couronne, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs CANDU. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où ÉACL est l'entrepreneur principal et le gestionnaire de projet. Sierra Club soutient que

by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act* ("CEAA"), requiring an environmental assessment as a condition of the financial assistance, and that the failure to comply compels a cancellation of the financial arrangements. AECL filed an affidavit in the proceedings which summarized confidential documents containing thousands of pages of technical information concerning the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities. AECL resisted Sierra Club's application for production of the confidential documents on the ground, *inter alia*, that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have the authority to disclose them. The Chinese authorities authorized disclosure of the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, under which they would only be made available to the parties and the court, but with no restriction on public access to the judicial proceedings. AECL's application for a confidentiality order was rejected by the Federal Court, Trial Division. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed and the confidentiality order granted on the terms requested by AECL.

In light of the established link between open courts and freedom of expression, the fundamental question for a court to consider in an application for a confidentiality order is whether the right to freedom of expression should be compromised in the circumstances. The court must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles because a confidentiality order will have a negative effect on the s. 2(b) right to freedom of expression. A confidentiality order should only be granted when (1) such an order is necessary to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings. Three important elements are subsumed under the first branch of the test. First, the risk must be real and substantial, well grounded in evidence, posing a serious threat to the commercial interest in question. Second, the important commercial interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality, where there is a general principle at stake. Finally, the judge is required to consider not only whether reasonable alternatives are available to such an order but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

l'autorisation d'aide financière du gouvernement déclenche l'application de l'al. 5(1)(b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (« LCÉE ») exigeant une évaluation environnementale comme condition de l'aide financière, et que le défaut d'évaluation entraîne l'annulation des ententes financières. ÉACL dépose un affidavit qui résume des documents confidentiels contenant des milliers de pages d'information technique concernant l'évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises. ÉACL s'oppose à la communication des documents demandée par Sierra Club pour la raison notamment qu'ils sont la propriété des autorités chinoises et qu'elle n'est pas autorisée à les divulguer. Les autorités chinoises donnent l'autorisation de les communiquer à la condition qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité n'y donnant accès qu'aux parties et à la cour, mais n'imposant aucune restriction à l'accès du public aux débats. La demande d'ordonnance de confidentialité est rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision.

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance demandée par ÉACL est accordée.

Vu le lien existant entre la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression, la question fondamentale pour la cour saisie d'une demande d'ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d'expression. La cour doit s'assurer que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'accorder est conforme aux principes de la *Charte* parce qu'une ordonnance de confidentialité a des effets préjudiciables sur la liberté d'expression garantie à l'al. 2b). On ne doit l'accorder que (1) lorsqu'elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) lorsque ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires. Trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. Premièrement, le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement l'intérêt commercial en question. Deuxièmement, l'intérêt doit pouvoir se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité, mettant en jeu un principe général. Enfin le juge doit non seulement déterminer s'il existe d'autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.

Applying the test to the present circumstances, the commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality, which is sufficiently important to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met. The information must have been treated as confidential at all relevant times; on a balance of probabilities, proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by disclosure of the information; and the information must have been accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential. These requirements have been met in this case. Disclosure of the confidential documents would impose a serious risk on an important commercial interest of AECL, and there are no reasonably alternative measures to granting the order.

Under the second branch of the test, the confidentiality order would have significant salutary effects on AECL's right to a fair trial. Disclosure of the confidential documents would cause AECL to breach its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. If a confidentiality order is denied, AECL will be forced to withhold the documents in order to protect its commercial interests, and since that information is relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders AECL's capacity to make full answer and defence. Although in the context of a civil proceeding, this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial is a fundamental principle of justice. Further, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the confidential documents, and permit cross-examination based on their contents, assisting in the search for truth, a core value underlying freedom of expression. Finally, given the technical nature of the information, there may be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

The deleterious effects of granting a confidentiality order include a negative effect on the open court principle, and therefore on the right to freedom of expression. The more detrimental the confidentiality order would be to the core values of (1) seeking the truth and the common good, (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit, and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons, the harder it will be to justify the confidentiality order. In the hands of the parties and their experts, the confidential documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the highly technical nature of the documents, the important value of the search for the truth which underlies

En l'espèce, l'intérêt commercial en jeu, la préservation d'obligations contractuelles de confidentialité, est suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse, pourvu que certaines conditions soient remplies : les renseignements ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels; il est raisonnable de penser que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation compromettrait des droits exclusifs, commerciaux et scientifiques; et les renseignements ont été recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteraient confidentiels. Ces conditions sont réunies en l'espèce. La divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de ÉACL et il n'existe pas d'options raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité.

À la deuxième étape de l'analyse, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques considérables sur le droit de ÉACL à un procès équitable. Si ÉACL divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Le refus de l'ordonnance obligerait ÉACL à retenir les documents pour protéger ses intérêts commerciaux et comme ils sont pertinents pour l'exercice des moyens de défense prévus par la *LCÉE*, l'impossibilité de les produire empêcherait ÉACL de présenter une défense pleine et entière. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale. L'ordonnance permettrait aux parties et au tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu, favorisant ainsi la recherche de la vérité, une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression. Il peut enfin y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ce type de renseignements techniques.

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires et donc sur la liberté d'expression. Plus l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales que sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun, (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées et (3) la participation de tous au processus politique, plus il est difficile de justifier l'ordonnance. Dans les mains des parties et de leurs experts, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, et donc pour aider la cour à parvenir à des conclusions de fait exactes. Compte tenu de leur nature hautement technique, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance demandée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui

both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the confidential documents under the order sought than it would by denying the order.

Under the terms of the order sought, the only restrictions relate to the public distribution of the documents, which is a fairly minimal intrusion into the open court rule. Although the confidentiality order would restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, the second core value of promoting individual self-fulfilment would not be significantly affected by the confidentiality order. The third core value figures prominently in this appeal as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. By their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection, so that the public interest is engaged here more than if this were an action between private parties involving private interests. However, the narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the confidential documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts. The core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. The salutary effects of the order outweigh its deleterious effects and the order should be granted. A balancing of the various rights and obligations engaged indicates that the confidentiality order would have substantial salutary effects on AECL's right to a fair trial and freedom of expression, while the deleterious effects on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal.

Cases Cited

Applied: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and*

sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le refus de l'ordonnance.

Aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions ont trait à la distribution publique des documents, une atteinte relativement minime à la règle de la publicité des débats judiciaires. Même si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, la deuxième valeur fondamentale, l'épanouissement personnel, ne serait pas touchée de manière significative. La troisième valeur joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection, de sorte que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés. Toutefois la portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. Ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, et il y a lieu de l'accorder. Selon la pondération des divers droits et intérêts en jeu, l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de ÉACL à un procès équitable et à la liberté d'expression, et ses effets préjudiciables sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés :** *AB Hassle c.*

Welfare), [2000] 3 F.C. 360, aff'g (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5(1)(b), 8, 54, 54(2)(b).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 312.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 4 F.C. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] F.C.J. No. 732 (QL), affirming a decision of the Trial Division, [2000] 2 F.C. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] F.C.J. No. 1633 (QL). Appeal allowed.

J. Brett Ledger and Peter Chapin, for the appellant.

Timothy J. Howard and Franklin S. Gertler, for the respondent Sierra Club of Canada.

Graham Garton, Q.C., and *J. Sanderson Graham*, for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ In our country, courts are the institutions generally chosen to resolve legal disputes as best they can through the application of legal principles to the facts of the case involved. One of the underlying principles of the judicial process is public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution. However, some material can be made the subject of a confidentiality order. This appeal raises the important

Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [2000] 3 C.F. 360, conf. [1998] A.C.F. n° 1850 (QL); *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5(1)b), 8, 54, 54(2) [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 37].
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 312.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 4 C.F. 426, 187 D.L.R. (4th) 231, 256 N.R. 1, 24 Admin. L.R. (3d) 1, [2000] A.C.F. n° 732 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400, 178 F.T.R. 283, [1999] A.C.F. n° 1633 (QL). Pourvoi accueilli.

J. Brett Ledger et Peter Chapin, pour l'appelante.

Timothy J. Howard et Franklin S. Gertler, pour l'intimé Sierra Club du Canada.

Graham Garton, c.r., et *J. Sanderson Graham*, pour les intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans notre pays, les tribunaux sont les institutions généralement choisies pour résoudre au mieux les différends juridiques par l'application de principes juridiques aux faits de chaque espèce. Un des principes sous-jacents au processus judiciaire est la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les éléments pertinents à la solution du litige. Certains de ces éléments peuvent toutefois faire l'objet d'une ordonnance de confidentialité. Le

issues of when, and under what circumstances, a confidentiality order should be granted.

For the following reasons, I would issue the confidentiality order sought and accordingly would allow the appeal.

II. Facts

The appellant, Atomic Energy of Canada Limited (“AECL”) is a Crown corporation that owns and markets CANDU nuclear technology, and is an intervener with the rights of a party in the application for judicial review by the respondent, the Sierra Club of Canada (“Sierra Club”). Sierra Club is an environmental organization seeking judicial review of the federal government’s decision to provide financial assistance in the form of a \$1.5 billion guaranteed loan relating to the construction and sale of two CANDU nuclear reactors to China by the appellant. The reactors are currently under construction in China, where the appellant is the main contractor and project manager.

The respondent maintains that the authorization of financial assistance by the government triggered s. 5(1)(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA”), which requires that an environmental assessment be undertaken before a federal authority grants financial assistance to a project. Failure to undertake such an assessment compels cancellation of the financial arrangements.

The appellant and the respondent Ministers argue that the CEAA does not apply to the loan transaction, and that if it does, the statutory defences available under ss. 8 and 54 apply. Section 8 describes the circumstances where Crown corporations are required to conduct environmental assessments. Section 54(2)(b) recognizes the validity of an environmental assessment carried out by a foreign authority provided that it is consistent with the provisions of the CEAA.

In the course of the application by Sierra Club to set aside the funding arrangements, the appellant

pourvoi soulève les importantes questions de savoir à quel moment et dans quelles circonstances il y a lieu de rendre une ordonnance de confidentialité.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rendre l’ordonnance de confidentialité demandée et par conséquent d’accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L’appelante, Énergie atomique du Canada Limitée (« ÉACL »), société d’État propriétaire et vendeuse de la technologie nucléaire CANDU, est une intervenante ayant reçu les droits de partie dans la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé, Sierra Club du Canada (« Sierra Club »), un organisme environnemental. Sierra Club demande le contrôle judiciaire de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière, sous forme de garantie d’emprunt de 1,5 milliard de dollars, pour la construction et la vente à la Chine de deux réacteurs nucléaires CANDU par l’appelante. Les réacteurs sont actuellement en construction en Chine, où l’appelante est entrepreneur principal et gestionnaire de projet.

L’intimé soutient que l’autorisation d’aide financière du gouvernement déclenche l’application de l’al. 5(1)(b) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCÉE »), qui exige une évaluation environnementale avant qu’une autorité fédérale puisse fournir une aide financière à un projet. Le défaut d’évaluation entraîne l’annulation des ententes financières.

Selon l’appelante et les ministres intimés, la LCÉE ne s’applique pas à la convention de prêt et si elle s’y applique, ils peuvent invoquer les défenses prévues aux art. 8 et 54 de cette loi. L’article 8 prévoit les circonstances dans lesquelles les sociétés d’État sont tenues de procéder à des évaluations environnementales. Le paragraphe 54(2) reconnaît la validité des évaluations environnementales effectuées par des autorités étrangères pourvu qu’elles soient compatibles avec les dispositions de la LCÉE.

Dans le cadre de la requête de Sierra Club en annulation des ententes financières, l’appelante a

2

3

4

5

6

filed an affidavit of Dr. Simon Pang, a senior manager of the appellant. In the affidavit, Dr. Pang referred to and summarized certain documents (the "Confidential Documents"). The Confidential Documents are also referred to in an affidavit prepared by Mr. Feng, one of AECL's experts. Prior to cross-examining Dr. Pang on his affidavit, Sierra Club made an application for the production of the Confidential Documents, arguing that it could not test Dr. Pang's evidence without access to the underlying documents. The appellant resisted production on various grounds, including the fact that the documents were the property of the Chinese authorities and that it did not have authority to disclose them. After receiving authorization by the Chinese authorities to disclose the documents on the condition that they be protected by a confidentiality order, the appellant sought to introduce the Confidential Documents under Rule 312 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, and requested a confidentiality order in respect of the documents.

7

Under the terms of the order requested, the Confidential Documents would only be made available to the parties and the court; however, there would be no restriction on public access to the proceedings. In essence, what is being sought is an order preventing the dissemination of the Confidential Documents to the public.

8

The Confidential Documents comprise two Environmental Impact Reports on Siting and Construction Design (the "EIRs"), a Preliminary Safety Analysis Report (the "PSAR"), and the supplementary affidavit of Dr. Pang which summarizes the contents of the EIRs and the PSAR. If admitted, the EIRs and the PSAR would be attached as exhibits to the supplementary affidavit of Dr. Pang. The EIRs were prepared by the Chinese authorities in the Chinese language, and the PSAR was prepared by the appellant with assistance from the Chinese participants in the project. The documents contain a mass of technical information and comprise thousands of pages. They describe the ongoing environmental assessment of the construction site by the Chinese authorities under Chinese law.

déposé un affidavit de M. Simon Pang, un de ses cadres supérieurs. Dans l'affidavit, M. Pang mentionne et résume certains documents (les « documents confidentiels ») qui sont également mentionnés dans un affidavit de M. Feng, un expert d'ÉACL. Avant de contre-interroger M. Pang sur son affidavit, Sierra Club a demandé par requête la production des documents confidentiels, au motif qu'il ne pouvait vérifier la validité de sa déposition sans consulter les documents de base. L'appelante s'oppose pour plusieurs raisons à la production des documents, dont le fait qu'ils sont la propriété des autorités chinoises et qu'elle n'est pas autorisée à les divulguer. Après avoir obtenu des autorités chinoises l'autorisation de communiquer les documents à la condition qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, l'appelante a cherché à les produire en invoquant la règle 312 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, et a demandé une ordonnance de confidentialité à leur égard.

Aux termes de l'ordonnance demandée, seules les parties et la cour auraient accès aux documents confidentiels. Aucune restriction ne serait imposée à l'accès du public aux débats. On demande essentiellement d'empêcher la diffusion des documents confidentiels au public.

Les documents confidentiels comprennent deux Rapports d'impact environnemental (« RIE ») sur le site et la construction, un Rapport préliminaire d'analyse sur la sécurité (« RPAS ») ainsi que l'affidavit supplémentaire de M. Pang qui résume le contenu des RIE et du RPAS. S'ils étaient admis, les rapports seraient joints en annexe de l'affidavit supplémentaire de M. Pang. Les RIE ont été préparés en chinois par les autorités chinoises, et le RPAS a été préparé par l'appelante en collaboration avec les responsables chinois du projet. Les documents contiennent une quantité considérable de renseignements techniques et comprennent des milliers de pages. Ils décrivent l'évaluation environnementale du site de construction qui est faite par les autorités chinoises en vertu des lois chinoises.

As noted, the appellant argues that it cannot introduce the Confidential Documents into evidence without a confidentiality order, otherwise it would be in breach of its obligations to the Chinese authorities. The respondent's position is that its right to cross-examine Dr. Pang and Mr. Feng on their affidavits would be effectively rendered nugatory in the absence of the supporting documents to which the affidavits referred. Sierra Club proposes to take the position that the affidavits should therefore be afforded very little weight by the judge hearing the application for judicial review.

The Federal Court of Canada, Trial Division refused to grant the confidentiality order and the majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal. In his dissenting opinion, Robertson J.A. would have granted the confidentiality order.

III. Relevant Statutory Provisions

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

IV. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division, [2000] 2 F.C. 400*

Pelletier J. first considered whether leave should be granted pursuant to Rule 312 to introduce the supplementary affidavit of Dr. Pang to which the Confidential Documents were filed as exhibits. In his view, the underlying question was that of relevance, and he concluded that the documents were relevant to the issue of the appropriate remedy. Thus, in the absence of prejudice to the respondent, the affidavit should be permitted to be served and filed. He noted that the respondent would be prejudiced by delay, but since both parties had brought

Comme je le note plus haut, l'appelante prétend ne pas pouvoir produire les documents confidentiels en preuve sans qu'ils soient protégés par une ordonnance de confidentialité, parce que ce serait un manquement à ses obligations envers les autorités chinoises. L'intimé soutient pour sa part que son droit de contre-interroger M. Pang et M. Feng sur leurs affidavits serait pratiquement futile en l'absence des documents auxquels ils se réfèrent. Sierra Club entend soutenir que le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire devrait donc leur accorder peu de poids.

La Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a rejeté la demande d'ordonnance de confidentialité et la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge Robertson, dissident, était d'avis d'accorder l'ordonnance.

III. Dispositions législatives

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance, [2000] 2 C.F. 400*

Le juge Pelletier examine d'abord s'il y a lieu, en vertu de la règle 312, d'autoriser la production de l'affidavit supplémentaire de M. Pang auquel sont annexés les documents confidentiels. À son avis, il s'agit d'une question de pertinence et il conclut que les documents se rapportent à la question de la réparation. En l'absence de préjudice pour l'intimé, il y a donc lieu d'autoriser la signification et le dépôt de l'affidavit. Il note que des retards seraient préjudiciables à l'intimé mais que, puisque les deux parties ont présenté des requêtes

9

10

11

12

interlocutory motions which had contributed to the delay, the desirability of having the entire record before the court outweighed the prejudice arising from the delay associated with the introduction of the documents.

13 On the issue of confidentiality, Pelletier J. concluded that he must be satisfied that the need for confidentiality was greater than the public interest in open court proceedings, and observed that the argument for open proceedings in this case was significant given the public interest in Canada's role as a vendor of nuclear technology. As well, he noted that a confidentiality order was an exception to the rule of open access to the courts, and that such an order should be granted only where absolutely necessary.

14 Pelletier J. applied the same test as that used in patent litigation for the issue of a protective order, which is essentially a confidentiality order. The granting of such an order requires the appellant to show a subjective belief that the information is confidential and that its interests would be harmed by disclosure. In addition, if the order is challenged, then the person claiming the benefit of the order must demonstrate objectively that the order is required. This objective element requires the party to show that the information has been treated as confidential, and that it is reasonable to believe that its proprietary, commercial and scientific interests could be harmed by the disclosure of the information.

15 Concluding that both the subjective part and both elements of the objective part of the test had been satisfied, he nevertheless stated: "However, I am also of the view that in public law cases, the objective test has, or should have, a third component which is whether the public interest in disclosure exceeds the risk of harm to a party arising from disclosure" (para. 23).

16 A very significant factor, in his view, was the fact that mandatory production of documents was not in issue here. The fact that the application involved a voluntary tendering of documents to advance the

interlocutoires qui ont entraîné les délais, les avantages de soumettre le dossier au complet à la cour compensent l'inconvénient du retard causé par la présentation de ces documents.

Sur la confidentialité, le juge Pelletier conclut qu'il doit être convaincu que la nécessité de protéger la confidentialité l'emporte sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires. Il note que les arguments en faveur de la publicité des débats judiciaires en l'espèce sont importants vu l'intérêt du public envers le rôle du Canada comme vendeur de technologie nucléaire. Il fait aussi remarquer que les ordonnances de confidentialité sont une exception au principe de la publicité des débats judiciaires et ne devraient être accordées que dans des cas de nécessité absolue.

Le juge Pelletier applique le même critère que pour une ordonnance conservatoire en matière de brevets, qui est essentiellement une ordonnance de confidentialité. Pour obtenir l'ordonnance, le requérant doit démontrer qu'il croit subjectivement que les renseignements sont confidentiels et que leur divulgation nuirait à ses intérêts. De plus, si l'ordonnance est contestée, le requérant doit démontrer objectivement qu'elle est nécessaire. Cet élément objectif l'oblige à démontrer que les renseignements ont toujours été traités comme étant confidentiels et qu'il est raisonnable de croire que leur divulgation risque de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques.

Ayant conclu qu'il est satisfait à l'élément subjectif et aux deux volets de l'élément objectif du critère, il ajoute : « J'estime toutefois aussi que, dans les affaires de droit public, le critère objectif comporte, ou devrait comporter, un troisième volet, en l'occurrence la question de savoir si l'intérêt du public à l'égard de la divulgation l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer à une personne » (par. 23).

Il estime très important le fait qu'il ne s'agit pas en l'espèce de production obligatoire de documents. Le fait que la demande vise le dépôt volontaire de documents en vue d'étayer la thèse de l'appelante,

appellant's own cause as opposed to mandatory production weighed against granting the confidentiality order.

In weighing the public interest in disclosure against the risk of harm to AECL arising from disclosure, Pelletier J. noted that the documents the appellant wished to put before the court were prepared by others for other purposes, and recognized that the appellant was bound to protect the confidentiality of the information. At this stage, he again considered the issue of materiality. If the documents were shown to be very material to a critical issue, "the requirements of justice militate in favour of a confidentiality order. If the documents are marginally relevant, then the voluntary nature of the production argues against a confidentiality order" (para. 29). He then decided that the documents were material to a question of the appropriate remedy, a significant issue in the event that the appellant failed on the main issue.

Pelletier J. also considered the context of the case and held that since the issue of Canada's role as a vendor of nuclear technology was one of significant public interest, the burden of justifying a confidentiality order was very onerous. He found that AECL could expunge the sensitive material from the documents, or put the evidence before the court in some other form, and thus maintain its full right of defence while preserving the open access to court proceedings.

Pelletier J. observed that his order was being made without having perused the Confidential Documents because they had not been put before him. Although he noted the line of cases which holds that a judge ought not to deal with the issue of a confidentiality order without reviewing the documents themselves, in his view, given their voluminous nature and technical content as well as his lack of information as to what information was already in the public domain, he found that an examination of these documents would not have been useful.

par opposition à une production obligatoire, joue contre l'ordonnance de confidentialité.

En soupesant l'intérêt du public dans la divulgation et le préjudice que la divulgation risque de causer à ÉACL, le juge Pelletier note que les documents que l'appelante veut soumettre à la cour ont été rédigés par d'autres personnes à d'autres fins, et il reconnaît que l'appelante est tenue de protéger la confidentialité des renseignements. À cette étape, il examine de nouveau la question de la pertinence. Si on réussit à démontrer que les documents sont très importants sur une question cruciale, « les exigences de la justice militent en faveur du prononcé d'une ordonnance de confidentialité. Si les documents ne sont pertinents que d'une façon accessoire, le caractère facultatif de la production milite contre le prononcé de l'ordonnance de confidentialité » (par. 29). Il conclut alors que les documents sont importants pour résoudre la question de la réparation à accorder, elle-même un point important si l'appelante échoue sur la question principale.

Le juge Pelletier considère aussi le contexte de l'affaire et conclut que, puisque la question du rôle du Canada comme vendeur de technologies nucléaires est une importante question d'intérêt public, la charge de justifier une ordonnance de confidentialité est très onéreuse. Il conclut qu'ÉACL pourrait retrancher les éléments délicats des documents ou soumettre à la cour la même preuve sous une autre forme, et maintenir ainsi son droit à une défense complète tout en préservant la publicité des débats judiciaires.

Le juge Pelletier signale qu'il prononce l'ordonnance sans avoir examiné les documents confidentiels puisqu'ils n'ont pas été portés à sa connaissance. Bien qu'il mentionne la jurisprudence indiquant qu'un juge ne devrait pas se prononcer sur une demande d'ordonnance de confidentialité sans avoir examiné les documents eux-mêmes, il estime qu'il n'aurait pas été utile d'examiner les documents, vu leur volume et leur caractère technique, et sans savoir quelle part d'information était déjà dans le domaine public.

17

18

19

20 Pelletier J. ordered that the appellant could file the documents in current form, or in an edited version if it chose to do so. He also granted leave to file material dealing with the Chinese regulatory process in general and as applied to this project, provided it did so within 60 days.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 4 F.C. 426

(1) Evans J.A. (Sharlow J.A. concurring)

21 At the Federal Court of Appeal, AECL appealed the ruling under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*, and Sierra Club cross-appealed the ruling under Rule 312.

22 With respect to Rule 312, Evans J.A. held that the documents were clearly relevant to a defence under s. 54(2)(b) which the appellant proposed to raise if s. 5(1)(b) of the *CEAA* was held to apply, and were also potentially relevant to the exercise of the court's discretion to refuse a remedy even if the Ministers were in breach of the *CEAA*. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the benefit to the appellant and the court of being granted leave to file the documents outweighed any prejudice to the respondent owing to delay and thus concluded that the motions judge was correct in granting leave under Rule 312.

23 On the issue of the confidentiality order, Evans J.A. considered Rule 151, and all the factors that the motions judge had weighed, including the commercial sensitivity of the documents, the fact that the appellant had received them in confidence from the Chinese authorities, and the appellant's argument that without the documents it could not mount a full answer and defence to the application. These factors had to be weighed against the principle of open access to court documents. Evans J.A. agreed with Pelletier J. that the weight to be attached to the public interest in open proceedings varied with context and held that, where a case raises issues of public significance, the principle of openness of judicial process carries greater weight as a factor in

Dans son ordonnance, le juge Pelletier autorise l'appelante à déposer les documents sous leur forme actuelle ou sous une version révisée, à son gré. Il autorise aussi l'appelante à déposer des documents concernant le processus réglementaire chinois en général et son application au projet, à condition qu'elle le fasse sous 60 jours.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 4 C.F. 426

(1) Le juge Evans (avec l'appui du juge Sharlow)

ÉACL fait appel en Cour d'appel fédérale, en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et Sierra Club forme un appel incident en vertu de la règle 312.

Sur la règle 312, le juge Evans conclut que les documents en cause sont clairement pertinents dans une défense que l'appelante a l'intention d'invoquer en vertu du par. 54(2) si la cour conclut que l'al. 5(1)(b) de la *LCÉE* doit s'appliquer, et pourraient l'être aussi pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser d'accorder une réparation dans le cas où les ministres auraient enfreint la *LCÉE*. Comme le juge Pelletier, le juge Evans est d'avis que l'avantage pour l'appelante et pour la cour d'une autorisation de déposer les documents l'emporte sur tout préjudice que le retard pourrait causer à l'intimé, et conclut par conséquent que le juge des requêtes a eu raison d'accorder l'autorisation en vertu de la règle 312.

Sur l'ordonnance de confidentialité, le juge Evans examine la règle 151 et tous les facteurs que le juge des requêtes a appréciés, y compris le secret commercial attaché aux documents, le fait que l'appelante les a reçus à titre confidentiel des autorités chinoises, et l'argument de l'appelante selon lequel, sans les documents, elle ne pourrait assurer effectivement sa défense. Ces facteurs doivent être pondérés avec le principe de la publicité des documents soumis aux tribunaux. Le juge Evans convient avec le juge Pelletier que le poids à accorder à l'intérêt du public à la publicité des débats varie selon le contexte, et il conclut que lorsqu'une affaire soulève des questions de grande importance pour le public, le principe de la publicité des débats a plus de poids

the balancing process. Evans J.A. noted the public interest in the subject matter of the litigation, as well as the considerable media attention it had attracted.

In support of his conclusion that the weight assigned to the principle of openness may vary with context, Evans J.A. relied upon the decisions in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360 (C.A.), where the court took into consideration the relatively small public interest at stake, and *Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 283, where the court ordered disclosure after determining that the case was a significant constitutional case where it was important for the public to understand the issues at stake. Evans J.A. observed that openness and public participation in the assessment process are fundamental to the CEAA, and concluded that the motions judge could not be said to have given the principle of openness undue weight even though confidentiality was claimed for a relatively small number of highly technical documents.

Evans J.A. held that the motions judge had placed undue emphasis on the fact that the introduction of the documents was voluntary; however, it did not follow that his decision on the confidentiality order must therefore be set aside. Evans J.A. was of the view that this error did not affect the ultimate conclusion for three reasons. First, like the motions judge, he attached great weight to the principle of openness. Secondly, he held that the inclusion in the affidavits of a summary of the reports could go a long way to compensate for the absence of the originals, should the appellant choose not to put them in without a confidentiality order. Finally, if AECL submitted the documents in an expunged fashion, the claim for confidentiality would rest upon a relatively unimportant factor, i.e., the appellant's claim that it would suffer a loss of business if it breached its undertaking with the Chinese authorities.

Evans J.A. rejected the argument that the motions judge had erred in deciding the motion without

comme facteur à prendre en compte dans le processus de pondération. Le juge Evans note l'intérêt du public à l'égard de la question en litige ainsi que la couverture médiatique considérable qu'elle a suscitée.

À l'appui de sa conclusion que le poids accordé au principe de la publicité des débats peut varier selon le contexte, le juge Evans invoque les décisions *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360 (C.A.), où la cour a tenu compte du peu d'intérêt du public, et *Ethyl Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (1998), 17 C.P.C. (4th) 278 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 283, où la cour a ordonné la divulgation après avoir déterminé qu'il s'agissait d'une affaire constitutionnelle importante et qu'il importait que le public comprenne ce qui était en cause. Le juge Evans fait remarquer que la transparence du processus d'évaluation et la participation du public ont une importance fondamentale pour la LCÉE, et il conclut qu'on ne peut prétendre que le juge des requêtes a accordé trop de poids au principe de la publicité des débats, même si la confidentialité n'est demandée que pour un nombre relativement restreint de documents hautement techniques.

Le juge Evans conclut que le juge des requêtes a donné trop de poids au fait que la production des documents était volontaire mais qu'il ne s'ensuit pas que sa décision au sujet de la confidentialité doive être écartée. Le juge Evans est d'avis que l'erreur n'entâche pas sa conclusion finale, pour trois motifs. Premièrement, comme le juge des requêtes, il attache une grande importance à la publicité du débat judiciaire. Deuxièmement, il conclut que l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des rapports peut, dans une large mesure, compenser l'absence des rapports, si l'appelante décide de ne pas les déposer sans ordonnance de confidentialité. Enfin, si ÉACL déposait une version modifiée des documents, la demande de confidentialité reposerait sur un facteur relativement peu important, savoir l'argument que l'appelante perdrait des occasions d'affaires si elle violait son engagement envers les autorités chinoises.

Le juge Evans rejette l'argument selon lequel le juge des requêtes a commis une erreur en statuant

24

25

26

reference to the actual documents, stating that it was not necessary for him to inspect them, given that summaries were available and that the documents were highly technical and incompletely translated. Thus the appeal and cross-appeal were both dismissed.

(2) Robertson J.A. (dissenting)

27 Robertson J.A. disagreed with the majority for three reasons. First, in his view, the level of public interest in the case, the degree of media coverage, and the identities of the parties should not be taken into consideration in assessing an application for a confidentiality order. Instead, he held that it was the nature of the evidence for which the order is sought that must be examined.

28 In addition, he found that without a confidentiality order, the appellant had to choose between two unacceptable options: either suffering irreparable financial harm if the confidential information was introduced into evidence, or being denied the right to a fair trial because it could not mount a full defence if the evidence was not introduced.

29 Finally, he stated that the analytical framework employed by the majority in reaching its decision was fundamentally flawed as it was based largely on the subjective views of the motions judge. He rejected the contextual approach to the question of whether a confidentiality order should issue, emphasizing the need for an objective framework to combat the perception that justice is a relative concept, and to promote consistency and certainty in the law.

30 To establish this more objective framework for regulating the issuance of confidentiality orders pertaining to commercial and scientific information, he turned to the legal rationale underlying the commitment to the principle of open justice, referring to *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. There, the Supreme Court of Canada held that open proceedings foster the search for the truth, and reflect the importance of public scrutiny of the courts.

sans avoir examiné les documents réels, affirmant que cela n'était pas nécessaire puisqu'il y avait des précis et que la documentation était hautement technique et partiellement traduite. L'appel et l'appel incident sont donc rejetés.

(2) Le juge Robertson (dissident)

Le juge Robertson se dissocie de la majorité pour trois raisons. En premier lieu, il estime que le degré d'intérêt du public dans une affaire, l'importance de la couverture médiatique et l'identité des parties ne devraient pas être pris en considération pour statuer sur une demande d'ordonnance de confidentialité. Selon lui, il faut plutôt examiner la nature de la preuve que protégerait l'ordonnance de confidentialité.

Il estime aussi qu'à défaut d'ordonnance de confidentialité, l'appelante doit choisir entre deux options inacceptables : subir un préjudice financier irréparable si les renseignements confidentiels sont produits en preuve, ou être privée de son droit à un procès équitable parce qu'elle ne peut se défendre pleinement si la preuve n'est pas produite.

Finalement, il dit que le cadre analytique utilisé par les juges majoritaires pour arriver à leur décision est fondamentalement défectueux en ce qu'il est fondé en grande partie sur le point de vue subjectif du juge des requêtes. Il rejette l'approche contextuelle sur la question de l'ordonnance de confidentialité, soulignant la nécessité d'un cadre d'analyse objectif pour combattre la perception que la justice est un concept relatif et pour promouvoir la cohérence et la certitude en droit.

Pour établir ce cadre plus objectif appelé à régir la délivrance d'ordonnances de confidentialité en matière de renseignements commerciaux et scientifiques, il examine le fondement juridique du principe de la publicité du processus judiciaire, en citant l'arrêt de notre Cour, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, qui conclut que la publicité des débats favorise la recherche de la vérité et témoigne de l'importance de soumettre le travail des tribunaux à l'examen public.

Robertson J.A. stated that although the principle of open justice is a reflection of the basic democratic value of accountability in the exercise of judicial power, in his view, the principle that justice itself must be secured is paramount. He concluded that justice as an overarching principle means that exceptions occasionally must be made to rules or principles.

He observed that, in the area of commercial law, when the information sought to be protected concerns “trade secrets”, this information will not be disclosed during a trial if to do so would destroy the owner’s proprietary rights and expose him or her to irreparable harm in the form of financial loss. Although the case before him did not involve a trade secret, he nevertheless held that the same treatment could be extended to commercial or scientific information which was acquired on a confidential basis and attached the following criteria as conditions precedent to the issuance of a confidentiality order (at para. 13):

(1) the information is of a confidential nature as opposed to facts which one would like to keep confidential; (2) the information for which confidentiality is sought is not already in the public domain; (3) on a balance of probabilities the party seeking the confidentiality order would suffer irreparable harm if the information were made public; (4) the information is relevant to the legal issues raised in the case; (5) correlatively, the information is “necessary” to the resolution of those issues; (6) the granting of a confidentiality order does not unduly prejudice the opposing party; and (7) the public interest in open court proceedings does not override the private interests of the party seeking the confidentiality order. The onus in establishing that criteria one to six are met is on the party seeking the confidentiality order. Under the seventh criterion, it is for the opposing party to show that a *prima facie* right to a protective order has been overtaken by the need to preserve the openness of the court proceedings. In addressing these criteria one must bear in mind two of the threads woven into the fabric of the principle of open justice: the search for truth and the preservation of the rule of law. As stated at the outset, I do not believe that the perceived degree of public importance of a case is a relevant consideration.

Selon le juge Robertson, même si le principe de la publicité du processus judiciaire reflète la valeur fondamentale que constitue dans une démocratie l’imputabilité dans l’exercice du pouvoir judiciaire, le principe selon lequel il faut que justice soit faite doit, à son avis, l’emporter. Il conclut que la justice vue comme principe universel signifie que les règles ou les principes doivent parfois souffrir des exceptions.

Il fait observer qu’en droit commercial, lorsque les renseignements qu’on cherche à protéger ont trait à des « secrets industriels », ils ne sont pas divulgués au procès lorsque cela aurait pour effet d’annihiler les droits du propriétaire et l’exposerait à un préjudice financier irréparable. Il conclut que, même si l’espèce ne porte pas sur des secrets industriels, on peut traiter de la même façon des renseignements commerciaux et scientifiques acquis sur une base confidentielle, et il établit les critères suivants comme conditions à la délivrance d’une ordonnance de confidentialité (au par. 13) :

1) les renseignements sont de nature confidentielle et non seulement des faits qu’une personne désire ne pas divulguer; 2) les renseignements qu’on veut protéger ne sont pas du domaine public; 3) selon la prépondérance des probabilités, la partie qui veut obtenir une ordonnance de confidentialité subirait un préjudice irréparable si les renseignements étaient rendus publics; 4) les renseignements sont pertinents dans le cadre de la résolution des questions juridiques soulevées dans le litige; 5) en même temps, les renseignements sont « nécessaires » à la résolution de ces questions; 6) l’octroi d’une ordonnance de confidentialité ne cause pas un préjudice grave à la partie adverse; 7) l’intérêt du public à la publicité des débats judiciaires ne prime pas les intérêts privés de la partie qui sollicite l’ordonnance de confidentialité. Le fardeau de démontrer que les critères un à six sont respectés incombe à la partie qui cherche à obtenir l’ordonnance de confidentialité. Pour le septième critère, c’est la partie adverse qui doit démontrer que le droit *prima facie* à une ordonnance de non-divulgaration doit céder le pas au besoin de maintenir la publicité des débats judiciaires. En utilisant ces critères, il y a lieu de tenir compte de deux des fils conducteurs qui sous-tendent le principe de la publicité des débats judiciaires : la recherche de la vérité et la sauvegarde de la primauté du droit. Comme je l’ai dit au tout début, je ne crois pas que le degré d’importance qu’on croit que le public accorde à une affaire soit une considération pertinente.

33 In applying these criteria to the circumstances of the case, Robertson J.A. concluded that the confidentiality order should be granted. In his view, the public interest in open court proceedings did not override the interests of AECL in maintaining the confidentiality of these highly technical documents.

34 Robertson J.A. also considered the public interest in the need to ensure that site plans for nuclear installations were not, for example, posted on a Web site. He concluded that a confidentiality order would not undermine the two primary objectives underlying the principle of open justice: truth and the rule of law. As such, he would have allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

V. Issues

- 35 A. What is the proper analytical approach to be applied to the exercise of judicial discretion where a litigant seeks a confidentiality order under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*?
- B. Should the confidentiality order be granted in this case?

VI. Analysis

A. *The Analytical Approach to the Granting of a Confidentiality Order*

(1) The General Framework: Herein the Dagenais Principles

36 The link between openness in judicial proceedings and freedom of expression has been firmly established by this Court. In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, La Forest J. expressed the relationship as follows:

The principle of open courts is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b). Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the

Applicant ces critères aux circonstances de l'espèce, le juge Robertson conclut qu'il y a lieu de rendre l'ordonnance de confidentialité. Selon lui, l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires ne prime pas l'intérêt de ÉACL à préserver le caractère confidentiel de ces documents hautement techniques.

Le juge Robertson traite aussi de l'intérêt du public à ce qu'il soit garanti que les plans de site d'installations nucléaires ne seront pas, par exemple, affichés sur un site Web. Il conclut qu'une ordonnance de confidentialité n'aurait aucun impact négatif sur les deux objectifs primordiaux du principe de la publicité des débats judiciaires, savoir la vérité et la primauté du droit. Il aurait par conséquent accueilli l'appel et rejeté l'appel incident.

V. Questions en litige

- A. Quelle méthode d'analyse faut-il appliquer à l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire lorsqu'une partie demande une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*?
- B. Y a-t-il lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité en l'espèce?

VI. Analyse

A. *Méthode d'analyse applicable aux ordonnances de confidentialité*

(1) Le cadre général : les principes de l'arrêt Dagenais

Le lien entre la publicité des procédures judiciaires et la liberté d'expression est solidement établi dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480. Le juge La Forest l'exprime en ces termes au par. 23 :

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur

freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place.

Under the order sought, public access and public scrutiny of the Confidential Documents would be restricted; this would clearly infringe the public's freedom of expression guarantee.

A discussion of the general approach to be taken in the exercise of judicial discretion to grant a confidentiality order should begin with the principles set out by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Although that case dealt with the common law jurisdiction of the court to order a publication ban in the criminal law context, there are strong similarities between publication bans and confidentiality orders in the context of judicial proceedings. In both cases a restriction on freedom of expression is sought in order to preserve or promote an interest engaged by those proceedings. As such, the fundamental question for a court to consider in an application for a publication ban or a confidentiality order is whether, in the circumstances, the right to freedom of expression should be compromised.

Although in each case freedom of expression will be engaged in a different context, the *Dagenais* framework utilizes overarching *Canadian Charter of Rights and Freedoms* principles in order to balance freedom of expression with other rights and interests, and thus can be adapted and applied to various circumstances. As a result, the analytical approach to the exercise of discretion under Rule 151 should echo the underlying principles laid out in *Dagenais*, although it must be tailored to the specific rights and interests engaged in this case.

Dagenais dealt with an application by four accused persons under the court's common law jurisdiction requesting an order prohibiting the broadcast of a television programme dealing with the physical and sexual abuse of young boys at

le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2b), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux.

L'ordonnance sollicitée aurait pour effet de limiter l'accès du public aux documents confidentiels et leur examen public; cela porterait clairement atteinte à la garantie de la liberté d'expression du public.

L'examen de la méthode générale à suivre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance de confidentialité devrait commencer par les principes établis par la Cour dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Cette affaire portait sur le pouvoir discrétionnaire judiciaire, issu de la common law, de rendre des ordonnances de non-publication dans le cadre de procédures criminelles, mais il y a de fortes ressemblances entre les interdictions de publication et les ordonnances de confidentialité dans le contexte des procédures judiciaires. Dans les deux cas, on cherche à restreindre la liberté d'expression afin de préserver ou de promouvoir un intérêt en jeu dans les procédures. En ce sens, la question fondamentale que doit résoudre le tribunal auquel on demande une interdiction de publication ou une ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d'expression.

Même si, dans chaque cas, la liberté d'expression entre en jeu dans un contexte différent, le cadre établi dans *Dagenais* fait appel aux principes déterminants de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, et peut donc être adapté et appliqué à diverses circonstances. L'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime de la règle 151 devrait par conséquent refléter les principes sous-jacents établis par *Dagenais*, même s'il faut pour cela l'ajuster aux droits et intérêts précis qui sont en jeu en l'espèce.

L'affaire *Dagenais* porte sur une requête par laquelle quatre accusés demandaient à la cour de rendre, en vertu de sa compétence de common law, une ordonnance interdisant la diffusion d'une émission de télévision décrivant des abus physiques et

37

38

39

religious institutions. The applicants argued that because the factual circumstances of the programme were very similar to the facts at issue in their trials, the ban was necessary to preserve the accused's right to a fair trial.

40 Lamer C.J. found that the common law discretion to order a publication ban must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*. Since publication bans necessarily curtail the freedom of expression of third parties, he adapted the pre-*Charter* common law rule such that it balanced the right to freedom of expression with the right to a fair trial of the accused in a way which reflected the substance of the test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. At p. 878 of *Dagenais*, Lamer C.J. set out his reformulated test:

A publication ban should only be ordered when:

(a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and

(b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. [Emphasis in original.]

41 In *New Brunswick, supra*, this Court modified the *Dagenais* test in the context of the related issue of how the discretionary power under s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to exclude the public from a trial should be exercised. That case dealt with an appeal from the trial judge's order excluding the public from the portion of a sentencing proceeding for sexual assault and sexual interference dealing with the specific acts committed by the accused on the basis that it would avoid "undue hardship" to both the victims and the accused.

42 La Forest J. found that s. 486(1) was a restriction on the s. 2(b) right to freedom of expression in that it provided a "discretionary bar on public and media access to the courts": *New Brunswick*, at para. 33;

sexuels infligés à de jeunes garçons dans des établissements religieux. Les requérants soutenaient que l'interdiction était nécessaire pour préserver leur droit à un procès équitable, parce que les faits racontés dans l'émission ressemblaient beaucoup aux faits en cause dans leurs procès.

Le juge en chef Lamer conclut que le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'interdiction de publication doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte*. Puisque les ordonnances de non-publication restreignent nécessairement la liberté d'expression de tiers, il adapte la règle de common law qui s'appliquait avant l'entrée en vigueur de la *Charte* de façon à établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable, d'une façon qui reflète l'essence du critère énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À la page 878 de *Dagenais*, le juge en chef Lamer énonce le critère reformulé :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. [Souligné dans l'original.]

Dans *Nouveau-Brunswick*, précité, la Cour modifie le critère de l'arrêt *Dagenais* dans le contexte de la question voisine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion du public d'un procès en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agissait d'un appel d'une décision du juge du procès d'ordonner l'exclusion du public de la partie des procédures de détermination de la peine pour agression sexuelle et contacts sexuels portant sur les actes précis commis par l'accusé, au motif que cela éviterait un « préjudice indu » aux victimes et à l'accusé.

Le juge La Forest conclut que le par. 486(1) limite la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) en créant un « pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux

however he found this infringement to be justified under s. 1 provided that the discretion was exercised in accordance with the *Charter*. Thus, the approach taken by La Forest J. at para. 69 to the exercise of discretion under s. 486(1) of the *Criminal Code*, closely mirrors the *Dagenais* common law test:

(a) the judge must consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;

(b) the judge must consider whether the order is limited as much as possible; and

(c) the judge must weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

In applying this test to the facts of the case, La Forest J. found that the evidence of the potential undue hardship consisted mainly in the Crown's submission that the evidence was of a "delicate nature" and that this was insufficient to override the infringement on freedom of expression.

This Court has recently revisited the granting of a publication ban under the court's common law jurisdiction in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, and its companion case *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77. In *Mentuck*, the Crown moved for a publication ban to protect the identity of undercover police officers and operational methods employed by the officers in their investigation of the accused. The accused opposed the motion as an infringement of his right to a fair and public hearing under s. 11(d) of the *Charter*. The order was also opposed by two intervening newspapers as an infringement of their right to freedom of expression.

The Court noted that, while *Dagenais* dealt with the balancing of freedom of expression on the one hand, and the right to a fair trial of the accused on the other, in the case before it, both the right of the

tribunaux » (*Nouveau-Brunswick*, par. 33). Il considère toutefois que l'atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier pourvu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la *Charte*. Donc l'analyse de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, décrite par le juge La Forest au par. 69, concorde étroitement avec le critère de common law établi par *Dagenais* :

a) le juge doit envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;

b) il doit se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et

c) il doit comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels.

Appliquant cette analyse aux faits de l'espèce, le juge La Forest conclut que la preuve du risque de préjudice indu consiste principalement en la prétention de l'avocat du ministère public quant à la « nature délicate » des faits relatifs aux infractions et que cela ne suffit pas pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

La Cour a récemment réexaminé la question des interdictions de publication prononcées par un tribunal en vertu de sa compétence de common law dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, et l'arrêt connexe *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77. Dans *Mentuck*, le ministère public demandait l'interdiction de publication en vue de protéger l'identité de policiers banalisés et leurs méthodes d'enquête. L'accusé s'opposait à la demande en soutenant que l'interdiction porterait atteinte à son droit à un procès public et équitable protégé par l'al. 11d) de la *Charte*. Deux journaux intervenants s'opposaient aussi à la requête, en faisant valoir qu'elle porterait atteinte à leur droit à la liberté d'expression.

La Cour fait remarquer que *Dagenais* traite de la pondération de la liberté d'expression, d'une part, et du droit de l'accusé à un procès équitable, d'autre part, tandis que dans l'affaire dont elle est saisie, le

accused to a fair and public hearing, and freedom of expression weighed in favour of denying the publication ban. These rights were balanced against interests relating to the proper administration of justice, in particular, protecting the safety of police officers and preserving the efficacy of undercover police operations.

45 In spite of this distinction, the Court noted that underlying the approach taken in both *Dagenais* and *New Brunswick* was the goal of ensuring that the judicial discretion to order publication bans is subject to no lower a standard of compliance with the *Charter* than legislative enactment. This goal is furthered by incorporating the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test into the publication ban test. Since this same goal applied in the case before it, the Court adopted a similar approach to that taken in *Dagenais*, but broadened the *Dagenais* test (which dealt specifically with the right of an accused to a fair trial) such that it could guide the exercise of judicial discretion where a publication ban is requested in order to preserve any important aspect of the proper administration of justice. At para. 32, the Court reformulated the test as follows:

A publication ban should only be ordered when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

46 The Court emphasized that under the first branch of the test, three important elements were subsumed under the “necessity” branch. First, the risk in question must be a serious risk well grounded in the evidence. Second, the phrase “proper administration of justice” must be carefully interpreted so as not to

droit de l'accusé à un procès public et équitable tout autant que la liberté d'expression militent en faveur du rejet de la requête en interdiction de publication. Ces droits ont été soupesés avec l'intérêt de la bonne administration de la justice, en particulier la protection de la sécurité des policiers et le maintien de l'efficacité des opérations policières secrètes.

Malgré cette distinction, la Cour note que la méthode retenue dans *Dagenais* et *Nouveau-Brunswick* a pour objectif de garantir que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'ordonner des interdictions de publication n'est pas assujéti à une norme de conformité à la *Charte* moins exigeante que la norme applicable aux dispositions législatives. Elle vise cet objectif en incorporant l'essence de l'article premier de la *Charte* et le critère *Oakes* dans l'analyse applicable aux interdictions de publication. Comme le même objectif s'applique à l'affaire dont elle est saisie, la Cour adopte une méthode semblable à celle de *Dagenais*, mais en élargissant le critère énoncé dans cet arrêt (qui portait spécifiquement sur le droit de l'accusé à un procès équitable) de manière à fournir un guide à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans les requêtes en interdiction de publication, afin de protéger tout aspect important de la bonne administration de la justice. La Cour reformule le critère en ces termes (au par. 32) :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter le risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

La Cour souligne que dans le premier volet de l'analyse, trois éléments importants sont subsumés sous la notion de « nécessité ». En premier lieu, le risque en question doit être sérieux et bien étayé par la preuve. En deuxième lieu, l'expression « bonne administration de la justice » doit être interprétée

allow the concealment of an excessive amount of information. Third, the test requires the judge ordering the ban to consider not only whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the ban as far as possible without sacrificing the prevention of the risk.

At para. 31, the Court also made the important observation that the proper administration of justice will not necessarily involve *Charter* rights, and that the ability to invoke the *Charter* is not a necessary condition for a publication ban to be granted:

The [common law publication ban] rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. As the test is intended to “reflec[t] the substance of the *Oakes* test”, we cannot require that *Charter* rights be the only legitimate objective of such orders any more than we require that government action or legislation in violation of the *Charter* be justified exclusively by the pursuit of another *Charter* right. [Emphasis added.]

The Court also anticipated that, in appropriate circumstances, the *Dagenais* framework could be expanded even further in order to address requests for publication bans where interests other than the administration of justice were involved.

Mentuck is illustrative of the flexibility of the *Dagenais* approach. Since its basic purpose is to ensure that the judicial discretion to deny public access to the courts is exercised in accordance with *Charter* principles, in my view, the *Dagenais* model can and should be adapted to the situation in the case at bar where the central issue is whether judicial discretion should be exercised so as to exclude confidential information from a public proceeding. As in *Dagenais*, *New Brunswick* and *Mentuck*, granting the confidentiality order will have a negative effect on the *Charter* right to freedom of expression, as well as the principle of open and accessible court proceedings, and, as in those cases, courts must ensure that the discretion to grant the order is exercised in accordance with *Charter* principles.

judicieusement de façon à ne pas empêcher la divulgation d’un nombre excessif de renseignements. En troisième lieu, le critère exige non seulement que le juge qui prononce l’ordonnance détermine s’il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu’il limite l’ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.

Au paragraphe 31, la Cour fait aussi l’importante observation que la bonne administration de la justice n’implique pas nécessairement des droits protégés par la *Charte*, et que la possibilité d’invoquer la *Charte* n’est pas une condition nécessaire à l’obtention d’une interdiction de publication :

Elle [la règle de common law] peut s’appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l’intérêt de l’administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. Comme on veut que le critère « reflète [. . .] l’essence du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* », nous ne pouvons pas exiger que ces ordonnances aient pour seul objectif légitime les droits garantis par la *Charte*, pas plus que nous exigeons que les actes gouvernementaux et les dispositions législatives contrevenant à la *Charte* soient justifiés exclusivement par la recherche d’un autre droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

La Cour prévoit aussi que, dans les cas voulus, le critère de *Dagenais* pourrait être élargi encore davantage pour régir des requêtes en interdiction de publication mettant en jeu des questions autres que l’administration de la justice.

Mentuck illustre bien la souplesse de la méthode *Dagenais*. Comme elle a pour objet fondamental de garantir que le pouvoir discrétionnaire d’interdire l’accès du public aux tribunaux est exercé conformément aux principes de la *Charte*, à mon avis, le modèle *Dagenais* peut et devrait être adapté à la situation de la présente espèce, où la question centrale est l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d’exclure des renseignements confidentiels au cours d’une procédure publique. Comme dans *Dagenais*, *Nouveau-Brunswick* et *Mentuck*, une ordonnance de confidentialité aura un effet négatif sur le droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte*, de même que sur le principe de la publicité des débats judiciaires et, comme dans ces affaires, les tribunaux doivent veiller à ce que le

However, in order to adapt the test to the context of this case, it is first necessary to determine the particular rights and interests engaged by this application.

(2) The Rights and Interests of the Parties

49 The immediate purpose for AECL's confidentiality request relates to its commercial interests. The information in question is the property of the Chinese authorities. If the appellant were to disclose the Confidential Documents, it would be in breach of its contractual obligations and suffer a risk of harm to its competitive position. This is clear from the findings of fact of the motions judge that AECL was bound by its commercial interests and its customer's property rights not to disclose the information (para. 27), and that such disclosure could harm the appellant's commercial interests (para. 23).

50 Aside from this direct commercial interest, if the confidentiality order is denied, then in order to protect its commercial interests, the appellant will have to withhold the documents. This raises the important matter of the litigation context in which the order is sought. As both the motions judge and the Federal Court of Appeal found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to defences available under the *CEAA*, the inability to present this information hinders the appellant's capacity to make full answer and defence, or, expressed more generally, the appellant's right, as a civil litigant, to present its case. In that sense, preventing the appellant from disclosing these documents on a confidential basis infringes its right to a fair trial. Although in the context of a civil proceeding this does not engage a *Charter* right, the right to a fair trial generally can be viewed as a fundamental principle of justice: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 84, *per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting, but not on that point). Although this fair trial right is directly relevant to the appellant, there is also a general public interest in protecting the right to a fair trial. Indeed, as a general proposition, all disputes in the courts should be decided under a fair trial standard. The legitimacy of the judicial process alone

pouvoir discrétionnaire d'accorder l'ordonnance soit exercé conformément aux principes de la *Charte*. Toutefois, pour adapter le critère au contexte de la présente espèce, il faut d'abord définir les droits et intérêts particuliers qui entrent en jeu.

(2) Les droits et les intérêts des parties

L'objet immédiat de la demande d'ordonnance de confidentialité d'ÉACL a trait à ses intérêts commerciaux. Les renseignements en question appartiennent aux autorités chinoises. Si l'appelante divulguait les documents confidentiels, elle manquerait à ses obligations contractuelles et s'exposerait à une détérioration de sa position concurrentielle. Il ressort clairement des conclusions de fait du juge des requêtes qu'ÉACL est tenue, par ses intérêts commerciaux et par les droits de propriété de son client, de ne pas divulguer ces renseignements (par. 27), et que leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l'appelante (par. 23).

Indépendamment de cet intérêt commercial direct, en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité, l'appelante devra, pour protéger ses intérêts commerciaux, s'abstenir de produire les documents. Cela soulève l'importante question du contexte de la présentation de la demande. Comme le juge des requêtes et la Cour d'appel fédérale concluent tous deux que l'information contenue dans les documents confidentiels est pertinente pour les moyens de défense prévus par la *LCÉE*, le fait de ne pouvoir la produire nuit à la capacité de l'appelante de présenter une défense pleine et entière ou, plus généralement, au droit de l'appelante, en sa qualité de justiciable civile, de défendre sa cause. En ce sens, empêcher l'appelante de divulguer ces documents pour des raisons de confidentialité porte atteinte à son droit à un procès équitable. Même si en matière civile cela n'engage pas de droit protégé par la *Charte*, le droit à un procès équitable peut généralement être considéré comme un principe de justice fondamentale : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 84, le juge L'Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point). Le droit à un procès équitable intéresse directement l'appelante, mais le public a aussi un intérêt général à la protection du droit à un procès équitable. À vrai dire, le principe

demands as much. Similarly, courts have an interest in having all relevant evidence before them in order to ensure that justice is done.

Thus, the interests which would be promoted by a confidentiality order are the preservation of commercial and contractual relations, as well as the right of civil litigants to a fair trial. Related to the latter are the public and judicial interests in seeking the truth and achieving a just result in civil proceedings.

In opposition to the confidentiality order lies the fundamental principle of open and accessible court proceedings. This principle is inextricably tied to freedom of expression enshrined in s. 2(b) of the *Charter: New Brunswick, supra*, at para. 23. The importance of public and media access to the courts cannot be understated, as this access is the method by which the judicial process is scrutinized and criticized. Because it is essential to the administration of justice that justice is done and is seen to be done, such public scrutiny is fundamental. The open court principle has been described as “the very soul of justice”, guaranteeing that justice is administered in a non-arbitrary manner: *New Brunswick*, at para. 22.

(3) Adapting the *Dagenais* Test to the Rights and Interests of the Parties

Applying the rights and interests engaged in this case to the analytical framework of *Dagenais* and subsequent cases discussed above, the test for whether a confidentiality order ought to be granted in a case such as this one should be framed as follows:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

général est que tout litige porté devant les tribunaux doit être tranché selon la norme du procès équitable. La légitimité du processus judiciaire n'exige pas moins. De même, les tribunaux ont intérêt à ce que toutes les preuves pertinentes leur soient présentées pour veiller à ce que justice soit faite.

Ainsi, les intérêts que favoriserait l'ordonnance de confidentialité seraient le maintien de relations commerciales et contractuelles, de même que le droit des justiciables civils à un procès équitable. Est lié à ce dernier droit l'intérêt du public et du judiciaire dans la recherche de la vérité et la solution juste des litiges civils.

Milite contre l'ordonnance de confidentialité le principe fondamental de la publicité des débats judiciaires. Ce principe est inextricablement lié à la liberté d'expression constitutionnalisée à l'al. 2b) de la *Charte : Nouveau-Brunswick*, précité, par. 23. L'importance de l'accès du public et des médias aux tribunaux ne peut être sous-estimée puisque l'accès est le moyen grâce auquel le processus judiciaire est soumis à l'examen et à la critique. Comme il est essentiel à l'administration de la justice que justice soit faite et soit perçue comme l'étant, cet examen public est fondamental. Le principe de la publicité des procédures judiciaires a été décrit comme le « souffle même de la justice », la garantie de l'absence d'arbitraire dans l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, par. 22.

(3) Adaptation de l'analyse de *Dagenais* aux droits et intérêts des parties

Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de *Dagenais* et des arrêts subséquents précités, il convient d'énoncer de la façon suivante les conditions applicables à une ordonnance de confidentialité dans un cas comme l'espèce :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;

51

52

53

(b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

54 As in *Mentuck*, I would add that three important elements are subsumed under the first branch of this test. First, the risk in question must be real and substantial, in that the risk is well grounded in the evidence, and poses a serious threat to the commercial interest in question.

Comme dans *Mentuck*, j'ajouterais que trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. En premier lieu, le risque en cause doit être réel et important, en ce qu'il est bien étayé par la preuve et menace gravement l'intérêt commercial en question.

55 In addition, the phrase "important commercial interest" is in need of some clarification. In order to qualify as an "important commercial interest", the interest in question cannot merely be specific to the party requesting the order; the interest must be one which can be expressed in terms of a public interest in confidentiality. For example, a private company could not argue simply that the existence of a particular contract should not be made public because to do so would cause the company to lose business, thus harming its commercial interests. However, if, as in this case, exposure of information would cause a breach of a confidentiality agreement, then the commercial interest affected can be characterized more broadly as the general commercial interest of preserving confidential information. Simply put, if there is no general principle at stake, there can be no "important commercial interest" for the purposes of this test. Or, in the words of Binnie J. in *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 10, the open court rule only yields "where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness" (emphasis added).

De plus, l'expression « intérêt commercial important » exige une clarification. Pour être qualifié d'« intérêt commercial important », l'intérêt en question ne doit pas se rapporter uniquement et spécifiquement à la partie qui demande l'ordonnance de confidentialité; il doit s'agir d'un intérêt qui peut se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité. Par exemple, une entreprise privée ne pourrait simplement prétendre que l'existence d'un contrat donné ne devrait pas être divulguée parce que cela lui ferait perdre des occasions d'affaires, et que cela nuirait à ses intérêts commerciaux. Si toutefois, comme en l'espèce, la divulgation de renseignements doit entraîner un manquement à une entente de non-divulgateion, on peut alors parler plus largement de l'intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels. Simplement, si aucun principe général n'entre en jeu, il ne peut y avoir d'« intérêt commercial important » pour les besoins de l'analyse. Ou, pour citer le juge Binnie dans *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 10, la règle de la publicité des débats judiciaires ne cède le pas que « dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité » (je souligne).

56 In addition to the above requirement, courts must be cautious in determining what constitutes an "important commercial interest". It must be remembered that a confidentiality order involves an infringement on freedom of expression. Although the balancing of the commercial interest with freedom of expression takes place under the second

Outre l'exigence susmentionnée, les tribunaux doivent déterminer avec prudence ce qui constitue un « intérêt commercial important ». Il faut rappeler qu'une ordonnance de confidentialité implique une atteinte à la liberté d'expression. Même si la pondération de l'intérêt commercial et de la liberté d'expression intervient à la deuxième étape

branch of the test, courts must be alive to the fundamental importance of the open court rule. See generally Muldoon J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (F.C.T.D.), at p. 439.

Finally, the phrase “reasonably alternative measures” requires the judge to consider not only whether reasonable alternatives to a confidentiality order are available, but also to restrict the order as much as is reasonably possible while preserving the commercial interest in question.

B. *Application of the Test to this Appeal*

(1) Necessity

At this stage, it must be determined whether disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and whether there are reasonable alternatives, either to the order itself, or to its terms.

The commercial interest at stake here relates to the objective of preserving contractual obligations of confidentiality. The appellant argues that it will suffer irreparable harm to its commercial interests if the Confidential Documents are disclosed. In my view, the preservation of confidential information constitutes a sufficiently important commercial interest to pass the first branch of the test as long as certain criteria relating to the information are met.

Pelletier J. noted that the order sought in this case was similar in nature to an application for a protective order which arises in the context of patent litigation. Such an order requires the applicant to demonstrate that the information in question has been treated at all relevant times as confidential and that on a balance of probabilities its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.), at p. 434. To this I would add the requirement proposed

de l'analyse, les tribunaux doivent avoir pleinement conscience de l'importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires. Voir généralement *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 437 (C.F. 1^{re} inst.), p. 439, le juge Muldoon.

Enfin, l'expression « autres options raisonnables » oblige le juge non seulement à se demander s'il existe des mesures raisonnables autres que l'ordonnance de confidentialité, mais aussi à restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.

B. *Application de l'analyse en l'espèce*

(1) Nécessité

À cette étape, il faut déterminer si la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l'appelante, et s'il existe d'autres solutions raisonnables que l'ordonnance elle-même, ou ses modalités.

L'intérêt commercial en jeu en l'espèce a trait à la préservation d'obligations contractuelles de confidentialité. L'appelante fait valoir qu'un préjudice irréparable sera causé à ses intérêts commerciaux si les documents confidentiels sont divulgués. À mon avis, la préservation de renseignements confidentiels est un intérêt commercial suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse dès lors que certaines conditions relatives aux renseignements sont réunies.

Le juge Pelletier souligne que l'ordonnance sollicitée en l'espèce s'apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l'obtenir, le requérant doit démontrer que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1850 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), par. 29-30. J'ajouterais à cela

57

58

59

60

by Robertson J.A. that the information in question must be of a “confidential nature” in that it has been “accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential” as opposed to “facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed” (para. 14).

61 Pelletier J. found as a fact that the *AB Hassle* test had been satisfied in that the information had clearly been treated as confidential both by the appellant and by the Chinese authorities, and that, on a balance of probabilities, disclosure of the information could harm the appellant’s commercial interests (para. 23). As well, Robertson J.A. found that the information in question was clearly of a confidential nature as it was commercial information, consistently treated and regarded as confidential, that would be of interest to AECL’s competitors (para. 16). Thus, the order is sought to prevent a serious risk to an important commercial interest.

62 The first branch of the test also requires the consideration of alternative measures to the confidentiality order, as well as an examination of the scope of the order to ensure that it is not overly broad. Both courts below found that the information contained in the Confidential Documents was relevant to potential defences available to the appellant under the *CEAA* and this finding was not appealed at this Court. Further, I agree with the Court of Appeal’s assertion (at para. 99) that, given the importance of the documents to the right to make full answer and defence, the appellant is, practically speaking, compelled to produce the documents. Given that the information is necessary to the appellant’s case, it remains only to determine whether there are reasonably alternative means by which the necessary information can be adduced without disclosing the confidential information.

63 Two alternatives to the confidentiality order were put forward by the courts below. The motions judge suggested that the Confidential Documents could be expunged of their commercially sensitive contents, and edited versions of the documents could be

l’exigence proposée par le juge Robertson que les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu’ils ont été « recueillis dans l’expectative raisonnable qu’ils resteront confidentiels », par opposition à « des faits qu’une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos » (par. 14).

Le juge Pelletier constate que le critère établi dans *AB Hassle* est respecté puisque tant l’appelante que les autorités chinoises ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation risque de nuire aux intérêts commerciaux de l’appelante (par. 23). Le juge Robertson conclut lui aussi que les renseignements en question sont clairement confidentiels puisqu’il s’agit de renseignements commerciaux, uniformément reconnus comme étant confidentiels, qui présentent un intérêt pour les concurrents d’ÉACL (par. 16). Par conséquent, l’ordonnance est demandée afin de prévenir un risque sérieux de préjudice à un intérêt commercial important.

Le premier volet de l’analyse exige aussi l’examen d’options raisonnables autres que l’ordonnance de confidentialité, et de la portée de l’ordonnance pour s’assurer qu’elle n’est pas trop vaste. Les deux jugements antérieurs en l’espèce concluent que les renseignements figurant dans les documents confidentiels sont pertinents pour les moyens de défense offerts à l’appelante en vertu de la *LCÉE*, et cette conclusion n’est pas portée en appel devant notre Cour. De plus, je suis d’accord avec la Cour d’appel lorsqu’elle affirme (au par. 99) que vu l’importance des documents pour le droit de présenter une défense pleine et entière, l’appelante est pratiquement forcée de les produire. Comme les renseignements sont nécessaires à la cause de l’appelante, il ne reste qu’à déterminer s’il existe d’autres options raisonnables pour communiquer les renseignements nécessaires sans divulguer de renseignements confidentiels.

Deux options autres que l’ordonnance de confidentialité sont mentionnées dans les décisions antérieures. Le juge des requêtes suggère de retrancher des documents les passages commercialement délicats et de produire les versions ainsi modifiées.

filed. As well, the majority of the Court of Appeal, in addition to accepting the possibility of expungement, was of the opinion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits could go a long way to compensate for the absence of the originals. If either of these options is a reasonable alternative to submitting the Confidential Documents under a confidentiality order, then the order is not necessary, and the application does not pass the first branch of the test.

There are two possible options with respect to expungement, and in my view, there are problems with both of these. The first option would be for AECL to expunge the confidential information without disclosing the expunged material to the parties and the court. However, in this situation the filed material would still differ from the material used by the affiants. It must not be forgotten that this motion arose as a result of Sierra Club's position that the summaries contained in the affidavits should be accorded little or no weight without the presence of the underlying documents. Even if the relevant information and the confidential information were mutually exclusive, which would allow for the disclosure of all the information relied on in the affidavits, this relevancy determination could not be tested on cross-examination because the expunged material would not be available. Thus, even in the best case scenario, where only irrelevant information needed to be expunged, the parties would be put in essentially the same position as that which initially generated this appeal, in the sense that, at least some of the material relied on to prepare the affidavits in question would not be available to Sierra Club.

Further, I agree with Robertson J.A. that this best case scenario, where the relevant and the confidential information do not overlap, is an untested assumption (para. 28). Although the documents themselves were not put before the courts on this motion, given that they comprise thousands of pages of detailed information, this assumption is at best optimistic. The expungement alternative would be further complicated by the fact that the Chinese

La majorité en Cour d'appel estime que, outre cette possibilité d'épuration des documents, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pourrait, dans une large mesure, compenser l'absence des originaux. Si l'une ou l'autre de ces deux options peut raisonnablement se substituer au dépôt des documents confidentiels aux termes d'une ordonnance de confidentialité, alors l'ordonnance n'est pas nécessaire et la requête ne franchit pas la première étape de l'analyse.

Il existe deux possibilités pour l'épuration des documents et, selon moi, elles comportent toutes deux des problèmes. La première serait que ÉACL retranche les renseignements confidentiels sans divulguer les éléments retranchés ni aux parties ni au tribunal. Toutefois, dans cette situation, la documentation déposée serait encore différente de celle utilisée pour les affidavits. Il ne faut pas perdre de vue que la requête découle de l'argument de Sierra Club selon lequel le tribunal ne devrait accorder que peu ou pas de poids aux résumés sans la présence des documents de base. Même si on pouvait totalement séparer les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels, ce qui permettrait la divulgation de tous les renseignements sur lesquels se fondent les affidavits, l'appréciation de leur pertinence ne pourrait pas être mise à l'épreuve en contre-interrogatoire puisque la documentation retranchée ne serait pas disponible. Par conséquent, même dans le meilleur cas de figure, où l'on n'aurait qu'à retrancher les renseignements non pertinents, les parties se retrouveraient essentiellement dans la même situation que celle qui a donné lieu au pourvoi, en ce sens qu'au moins une partie des documents ayant servi à la préparation des affidavits en question ne serait pas mise à la disposition de Sierra Club.

De plus, je partage l'opinion du juge Robertson que ce meilleur cas de figure, où les renseignements pertinents et les renseignements confidentiels ne se recoupent pas, est une hypothèse non confirmée (par. 28). Même si les documents eux-mêmes n'ont pas été produits devant les tribunaux dans le cadre de la présente requête, parce qu'ils comprennent des milliers de pages de renseignements détaillés, cette hypothèse est au mieux optimiste. L'option de

authorities require prior approval for any request by AECL to disclose information.

66 The second option is that the expunged material be made available to the court and the parties under a more narrowly drawn confidentiality order. Although this option would allow for slightly broader public access than the current confidentiality request, in my view, this minor restriction to the current confidentiality request is not a viable alternative given the difficulties associated with expungement in these circumstances. The test asks whether there are reasonably alternative measures; it does not require the adoption of the absolutely least restrictive option. With respect, in my view, expungement of the Confidential Documents would be a virtually unworkable and ineffective solution that is not reasonable in the circumstances.

67 A second alternative to a confidentiality order was Evans J.A.'s suggestion that the summaries of the Confidential Documents included in the affidavits "may well go a long way to compensate for the absence of the originals" (para. 103). However, he appeared to take this fact into account merely as a factor to be considered when balancing the various interests at stake. I would agree that at this threshold stage to rely on the summaries alone, in light of the intention of Sierra Club to argue that they should be accorded little or no weight, does not appear to be a "reasonably alternative measure" to having the underlying documents available to the parties.

68 With the above considerations in mind, I find the confidentiality order necessary in that disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and that there are no reasonably alternative measures to granting the order.

(2) The Proportionality Stage

69 As stated above, at this stage, the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the appellant's right to a fair trial, must be weighed against the deleterious effects of the confidentiality order, including the effects on the right to free

l'épuration serait en outre compliquée par le fait que les autorités chinoises exigent l'approbation préalable de toute demande de divulgation de renseignements de la part d'ÉACL.

La deuxième possibilité serait de mettre les documents supprimés à la disposition du tribunal et des parties en vertu d'une ordonnance de confidentialité plus restreinte. Bien que cela permettrait un accès public un peu plus large que ne le ferait l'ordonnance de confidentialité sollicitée, selon moi, cette restriction mineure à la requête n'est pas une option viable étant donné les difficultés liées à l'épuration dans les circonstances. Il s'agit de savoir s'il y a d'autres options raisonnables et non d'adopter l'option qui soit absolument la moins restrictive. Avec égards, j'estime que l'épuration des documents confidentiels serait une solution virtuellement impraticable et inefficace qui n'est pas raisonnable dans les circonstances.

Une deuxième option autre que l'ordonnance de confidentialité serait, selon le juge Evans, l'inclusion dans les affidavits d'un résumé des documents confidentiels pour « dans une large mesure, compenser [leur] absence » (par. 103). Il ne semble toutefois envisager ce fait qu'à titre de facteur à considérer dans la pondération des divers intérêts en cause. Je conviens qu'à cette étape liminaire, se fonder uniquement sur les résumés en connaissant l'intention de Sierra Club de plaider leur faiblesse ou l'absence de valeur probante, ne semble pas être une « autre option raisonnable » à la communication aux parties des documents de base.

Vu les facteurs susmentionnés, je conclus que l'ordonnance de confidentialité est nécessaire en ce que la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l'appelante, et qu'il n'existe pas d'autres options raisonnables.

(2) L'étape de la proportionnalité

Comme on le mentionne plus haut, à cette étape, les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité, y compris ses effets sur le droit de l'appelante à un procès équitable, doivent être pondérés avec ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur le droit

expression, which in turn is connected to the principle of open and accessible court proceedings. This balancing will ultimately determine whether the confidentiality order ought to be granted.

(a) *Salutary Effects of the Confidentiality Order*

As discussed above, the primary interest that would be promoted by the confidentiality order is the public interest in the right of a civil litigant to present its case, or, more generally, the fair trial right. Because the fair trial right is being invoked in this case in order to protect commercial, not liberty, interests of the appellant, the right to a fair trial in this context is not a *Charter* right; however, a fair trial for all litigants has been recognized as a fundamental principle of justice: *Ryan, supra*, at para. 84. It bears repeating that there are circumstances where, in the absence of an affected *Charter* right, the proper administration of justice calls for a confidentiality order: *Mentuck, supra*, at para. 31. In this case, the salutary effects that such an order would have on the administration of justice relate to the ability of the appellant to present its case, as encompassed by the broader fair trial right.

The Confidential Documents have been found to be relevant to defences that will be available to the appellant in the event that the *CEAA* is found to apply to the impugned transaction and, as discussed above, the appellant cannot disclose the documents without putting its commercial interests at serious risk of harm. As such, there is a very real risk that, without the confidentiality order, the ability of the appellant to mount a successful defence will be seriously curtailed. I conclude, therefore, that the confidentiality order would have significant salutary effects on the appellant's right to a fair trial.

Aside from the salutary effects on the fair trial interest, the confidentiality order would also have a beneficial impact on other important rights and interests. First, as I discuss in more detail below, the confidentiality order would allow all parties and the court access to the Confidential Documents, and

à la liberté d'expression, qui à son tour est lié au principe de la publicité des débats judiciaires. Cette pondération déterminera finalement s'il y a lieu d'accorder l'ordonnance de confidentialité.

a) *Les effets bénéfiques de l'ordonnance de confidentialité*

Comme nous l'avons vu, le principal intérêt qui serait promu par l'ordonnance de confidentialité est l'intérêt du public à la protection du droit du justiciable civil de faire valoir sa cause ou, de façon plus générale, du droit à un procès équitable. Puisque l'appelante l'invoque en l'espèce pour protéger ses intérêts commerciaux et non son droit à la liberté, le droit à un procès équitable dans ce contexte n'est pas un droit visé par la *Charte*; toutefois, le droit à un procès équitable pour tous les justiciables a été reconnu comme un principe de justice fondamentale : *Ryan*, précité, par. 84. Il y a lieu de rappeler qu'il y a des circonstances où, en l'absence de violation d'un droit garanti par la *Charte*, la bonne administration de la justice exige une ordonnance de confidentialité : *Mentuck*, précité, par. 31. En l'espèce, les effets bénéfiques d'une telle ordonnance sur l'administration de la justice tiennent à la capacité de l'appelante de soutenir sa cause, dans le cadre du droit plus large à un procès équitable.

Les documents confidentiels ont été jugés pertinents en ce qui a trait aux moyens de défense que l'appelante pourrait invoquer s'il est jugé que la *LCÉE* s'applique à l'opération attaquée et, comme nous l'avons vu, l'appelante ne peut communiquer les documents sans risque sérieux pour ses intérêts commerciaux. De ce fait, il existe un risque bien réel que, sans l'ordonnance de confidentialité, la capacité de l'appelante à mener à bien sa défense soit gravement réduite. Je conclus par conséquent que l'ordonnance de confidentialité aurait d'importants effets bénéfiques pour le droit de l'appelante à un procès équitable.

En plus des effets bénéfiques pour le droit à un procès équitable, l'ordonnance de confidentialité aurait aussi des incidences favorables sur d'autres droits et intérêts importants. En premier lieu, comme je l'exposerai plus en détail ci-après, l'ordonnance de confidentialité permettrait aux parties ainsi qu'au

70

71

72

permit cross-examination based on their contents. By facilitating access to relevant documents in a judicial proceeding, the order sought would assist in the search for truth, a core value underlying freedom of expression.

73

Second, I agree with the observation of Robertson J.A. that, as the Confidential Documents contain detailed technical information pertaining to the construction and design of a nuclear installation, it may be in keeping with the public interest to prevent this information from entering the public domain (para. 44). Although the exact contents of the documents remain a mystery, it is apparent that they contain technical details of a nuclear installation, and there may well be a substantial public security interest in maintaining the confidentiality of such information.

(b) *Deleterious Effects of the Confidentiality Order*

74

Granting the confidentiality order would have a negative effect on the open court principle, as the public would be denied access to the contents of the Confidential Documents. As stated above, the principle of open courts is inextricably tied to the s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression, and public scrutiny of the courts is a fundamental aspect of the administration of justice: *New Brunswick, supra*, at paras. 22-23. Although as a general principle, the importance of open courts cannot be overstated, it is necessary to examine, in the context of this case, the particular deleterious effects on freedom of expression that the confidentiality order would have.

75

Underlying freedom of expression are the core values of (1) seeking the truth and the common good; (2) promoting self-fulfilment of individuals by allowing them to develop thoughts and ideas as they see fit; and (3) ensuring that participation in the political process is open to all persons: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

tribunal d'avoir accès aux documents confidentiels, et permettrait la tenue d'un contre-interrogatoire fondé sur leur contenu. En facilitant l'accès aux documents pertinents dans une procédure judiciaire, l'ordonnance sollicitée favoriserait la recherche de la vérité, qui est une valeur fondamentale sous-tendant la liberté d'expression.

En deuxième lieu, je suis d'accord avec l'observation du juge Robertson selon laquelle puisque les documents confidentiels contiennent des renseignements techniques détaillés touchant la construction et la conception d'une installation nucléaire, il peut être nécessaire, dans l'intérêt public, d'empêcher que ces renseignements tombent dans le domaine public (par. 44). Même si le contenu exact des documents demeure un mystère, il est évident qu'ils comprennent des détails techniques d'une installation nucléaire et il peut bien y avoir un important intérêt de sécurité publique à préserver la confidentialité de ces renseignements.

b) *Les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité*

Une ordonnance de confidentialité aurait un effet préjudiciable sur le principe de la publicité des débats judiciaires, puisqu'elle priverait le public de l'accès au contenu des documents confidentiels. Comme on le dit plus haut, le principe de la publicité des débats judiciaires est inextricablement lié au droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*, et la vigilance du public envers les tribunaux est un aspect fondamental de l'administration de la justice : *Nouveau-Brunswick*, précité, par. 22-23. Même si, à titre de principe général, l'importance de la publicité des débats judiciaires ne peut être sous-estimée, il faut examiner, dans le contexte de l'espèce, les effets préjudiciables particuliers que l'ordonnance de confidentialité aurait sur la liberté d'expression.

Les valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d'expression sont (1) la recherche de la vérité et du bien commun; (2) l'épanouissement personnel par le libre développement des pensées et des idées; et (3) la participation de tous au processus politique : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *R. c. Keegstra*, [1990]

927, at p. 976; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 762-64, *per* Dickson C.J. *Charter* jurisprudence has established that the closer the speech in question lies to these core values, the harder it will be to justify a s. 2(b) infringement of that speech under s. 1 of the *Charter*: *Keegstra*, at pp. 760-61. Since the main goal in this case is to exercise judicial discretion in a way which conforms to *Charter* principles, a discussion of the deleterious effects of the confidentiality order on freedom of expression should include an assessment of the effects such an order would have on the three core values. The more detrimental the order would be to these values, the more difficult it will be to justify the confidentiality order. Similarly, minor effects of the order on the core values will make the confidentiality order easier to justify.

Seeking the truth is not only at the core of freedom of expression, but it has also been recognized as a fundamental purpose behind the open court rule, as the open examination of witnesses promotes an effective evidentiary process: *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1357-58, *per* Wilson J. Clearly the confidentiality order, by denying public and media access to documents relied on in the proceedings, would impede the search for truth to some extent. Although the order would not exclude the public from the courtroom, the public and the media would be denied access to documents relevant to the evidentiary process.

However, as mentioned above, to some extent the search for truth may actually be promoted by the confidentiality order. This motion arises as a result of Sierra Club's argument that it must have access to the Confidential Documents in order to test the accuracy of Dr. Pang's evidence. If the order is denied, then the most likely scenario is that the appellant will not submit the documents with the unfortunate result that evidence which may be relevant to the proceedings will not be available to Sierra Club or the court. As a result, Sierra Club will not be able to fully test the accuracy of Dr. Pang's evidence on cross-examination. In addition, the court will not have the benefit of this cross-examination or

3 R.C.S. 697, p. 762-764, le juge en chef Dickson. La jurisprudence de la *Charte* établit que plus l'expression en cause est au cœur de ces valeurs fondamentales, plus il est difficile de justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une atteinte à l'al. 2b) à son égard : *Keegstra*, p. 760-761. Comme l'objectif principal en l'espèce est d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans le respect des principes de la *Charte*, l'examen des effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression devrait comprendre une appréciation des effets qu'elle aurait sur les trois valeurs fondamentales. Plus l'ordonnance de confidentialité porte préjudice à ces valeurs, plus il est difficile de la justifier. Inversement, des effets mineurs sur les valeurs fondamentales rendent l'ordonnance de confidentialité plus facile à justifier.

La recherche de la vérité est non seulement au cœur de la liberté d'expression, elle est aussi reconnue comme un objectif fondamental de la règle de la publicité des débats judiciaires, puisque l'examen public des témoins favorise l'efficacité du processus de présentation de la preuve : *Edmonton Journal*, précité, p. 1357-1358, le juge Wilson. À l'évidence, en enlevant au public et aux médias l'accès aux documents invoqués dans les procédures, l'ordonnance de confidentialité nuirait jusqu'à un certain point à la recherche de la vérité. L'ordonnance n'exclurait pas le public de la salle d'audience, mais le public et les médias n'auraient pas accès aux documents pertinents quant à la présentation de la preuve.

Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, la recherche de la vérité peut jusqu'à un certain point être favorisée par l'ordonnance de confidentialité. La présente requête résulte de l'argument de Sierra Club selon lequel il doit avoir accès aux documents confidentiels pour vérifier l'exactitude de la déposition de M. Pang. Si l'ordonnance est refusée, le scénario le plus probable est que l'appelante s'abstiendra de déposer les documents, avec la conséquence fâcheuse que des preuves qui peuvent être pertinentes ne seront pas portées à la connaissance de Sierra Club ou du tribunal. Par conséquent, Sierra Club ne sera pas en mesure de vérifier complètement l'exactitude de la preuve de M. Pang en contre-

76

77

documentary evidence, and will be required to draw conclusions based on an incomplete evidentiary record. This would clearly impede the search for truth in this case.

78

As well, it is important to remember that the confidentiality order would restrict access to a relatively small number of highly technical documents. The nature of these documents is such that the general public would be unlikely to understand their contents, and thus they would contribute little to the public interest in the search for truth in this case. However, in the hands of the parties and their respective experts, the documents may be of great assistance in probing the truth of the Chinese environmental assessment process, which would in turn assist the court in reaching accurate factual conclusions. Given the nature of the documents, in my view, the important value of the search for truth which underlies both freedom of expression and open justice would be promoted to a greater extent by submitting the Confidential Documents under the order sought than it would by denying the order, and thereby preventing the parties and the court from relying on the documents in the course of the litigation.

79

In addition, under the terms of the order sought, the only restrictions on these documents relate to their public distribution. The Confidential Documents would be available to the court and the parties, and public access to the proceedings would not be impeded. As such, the order represents a fairly minimal intrusion into the open court rule, and thus would not have significant deleterious effects on this principle.

80

The second core value underlying freedom of speech, namely, the promotion of individual self-fulfilment by allowing open development of thoughts and ideas, focusses on individual expression, and thus does not closely relate to the open court principle which involves institutional expression. Although the confidentiality order would

interrogatoire. De plus, le tribunal ne bénéficierait pas du contre-interrogatoire ou de cette preuve documentaire, et il lui faudrait tirer des conclusions fondées sur un dossier de preuve incomplet. Cela nuirait manifestement à la recherche de la vérité en l'espèce.

De plus, il importe de rappeler que l'ordonnance de confidentialité ne restreindrait l'accès qu'à un nombre relativement peu élevé de documents hautement techniques. La nature de ces documents est telle que le public en général est peu susceptible d'en comprendre le contenu, de sorte qu'ils contribueraient peu à l'intérêt du public à la recherche de la vérité en l'espèce. Toutefois, dans les mains des parties et de leurs experts respectifs, les documents peuvent être très utiles pour apprécier la conformité du processus d'évaluation environnementale chinois, ce qui devrait aussi aider le tribunal à tirer des conclusions de fait exactes. À mon avis, compte tenu de leur nature, la production des documents confidentiels en vertu de l'ordonnance de confidentialité sollicitée favoriserait mieux l'importante valeur de la recherche de la vérité, qui sous-tend à la fois la liberté d'expression et la publicité des débats judiciaires, que ne le ferait le rejet de la demande qui aurait pour effet d'empêcher les parties et le tribunal de se fonder sur les documents au cours de l'instance.

De plus, aux termes de l'ordonnance demandée, les seules restrictions imposées à l'égard de ces documents ont trait à leur distribution publique. Les documents confidentiels seraient mis à la disposition du tribunal et des parties, et il n'y aurait pas d'entrave à l'accès du public aux procédures. À ce titre, l'ordonnance représente une atteinte relativement minime à la règle de la publicité des débats judiciaires et elle n'aurait donc pas d'effets préjudiciables importants sur ce principe.

La deuxième valeur fondamentale sous-jacente à la liberté d'expression, la promotion de l'épanouissement personnel par le libre développement de la pensée et des idées, est centrée sur l'expression individuelle et n'est donc pas étroitement liée au principe de la publicité des débats judiciaires qui concerne l'expression institutionnelle. Même

restrict individual access to certain information which may be of interest to that individual, I find that this value would not be significantly affected by the confidentiality order.

The third core value, open participation in the political process, figures prominently in this appeal, as open justice is a fundamental aspect of a democratic society. This connection was pointed out by Cory J. in *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1339:

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

Although there is no doubt as to the importance of open judicial proceedings to a democratic society, there was disagreement in the courts below as to whether the weight to be assigned to the open court principle should vary depending on the nature of the proceeding.

On this issue, Robertson J.A. was of the view that the nature of the case and the level of media interest were irrelevant considerations. On the other hand, Evans J.A. held that the motions judge was correct in taking into account that this judicial review application was one of significant public and media interest. In my view, although the public nature of the case may be a factor which strengthens the importance of open justice in a particular case, the level of media interest should not be taken into account as an independent consideration.

Since cases involving public institutions will generally relate more closely to the core value of public participation in the political process, the public nature of a proceeding should be taken into consideration when assessing the merits of a confidentiality order. It is important to note that this core value will always be engaged where the open court

si l'ordonnance de confidentialité devait restreindre l'accès individuel à certains renseignements susceptibles d'intéresser quelqu'un, j'estime que cette valeur ne serait pas touchée de manière significative.

La troisième valeur fondamentale, la libre participation au processus politique, joue un rôle primordial dans le pourvoi puisque la publicité des débats judiciaires est un aspect fondamental de la société démocratique. Ce lien est souligné par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1339 :

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Même si on ne peut douter de l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une société démocratique, les décisions antérieures divergent sur la question de savoir si le poids à accorder au principe de la publicité des débats judiciaires devrait varier en fonction de la nature de la procédure.

Sur ce point, le juge Robertson estime que la nature de l'affaire et le degré d'intérêt des médias sont des considérations dénuées de pertinence. Le juge Evans estime quant à lui que le juge des requêtes a eu raison de tenir compte du fait que la demande de contrôle judiciaire suscite beaucoup d'intérêt de la part du public et des médias. À mon avis, même si la nature publique de l'affaire peut être un facteur susceptible de renforcer l'importance de la publicité des débats judiciaires dans une espèce particulière, le degré d'intérêt des médias ne devrait pas être considéré comme facteur indépendant.

Puisque les affaires concernant des institutions publiques ont généralement un lien plus étroit avec la valeur fondamentale de la participation du public au processus politique, la nature publique d'une instance devrait être prise en considération dans l'évaluation du bien-fondé d'une ordonnance de confidentialité. Il importe de noter que cette valeur

81

82

83

principle is engaged owing to the importance of open justice to a democratic society. However, where the political process is also engaged by the substance of the proceedings, the connection between open proceedings and public participation in the political process will increase. As such, I agree with Evans J.A. in the court below where he stated, at para. 87:

While all litigation is important to the parties, and there is a public interest in ensuring the fair and appropriate adjudication of all litigation that comes before the courts, some cases raise issues that transcend the immediate interests of the parties and the general public interest in the due administration of justice, and have a much wider public interest significance.

84

This motion relates to an application for judicial review of a decision by the government to fund a nuclear energy project. Such an application is clearly of a public nature, as it relates to the distribution of public funds in relation to an issue of demonstrated public interest. Moreover, as pointed out by Evans J.A., openness and public participation are of fundamental importance under the *CEAA*. Indeed, by their very nature, environmental matters carry significant public import, and openness in judicial proceedings involving environmental issues will generally attract a high degree of protection. In this regard, I agree with Evans J.A. that the public interest is engaged here more than it would be if this were an action between private parties relating to purely private interests.

85

However, with respect, to the extent that Evans J.A. relied on media interest as an indicium of public interest, this was an error. In my view, it is important to distinguish public interest, from media interest, and I agree with Robertson J.A. that media exposure cannot be viewed as an impartial measure of public interest. It is the public nature of the proceedings which increases the need for openness, and this public nature is not necessarily reflected by the media desire to probe the facts of the case.

fondamentale sera toujours engagée lorsque sera mis en cause le principe de la publicité des débats judiciaires, vu l'importance de la transparence judiciaire dans une société démocratique. Toutefois, le lien entre la publicité des débats judiciaires et la participation du public dans le processus politique s'accroît lorsque le processus politique est également engagé par la substance de la procédure. Sous ce rapport, je suis d'accord avec ce que dit le juge Evans (au par. 87) :

Bien que tous les litiges soient importants pour les parties, et qu'il en va de l'intérêt du public que les affaires soumises aux tribunaux soient traitées de façon équitable et appropriée, certaines affaires soulèvent des questions qui transcendent les intérêts immédiats des parties ainsi que l'intérêt du public en général dans la bonne administration de la justice, et qui ont une signification beaucoup plus grande pour le public.

La requête est liée à une demande de contrôle judiciaire d'une décision du gouvernement de financer un projet d'énergie nucléaire. La demande est clairement de nature publique, puisqu'elle a trait à la distribution de fonds publics en rapport avec une question dont l'intérêt public a été démontré. De plus, comme le souligne le juge Evans, la transparence du processus et la participation du public ont une importance fondamentale sous le régime de la *LCÉE*. En effet, par leur nature même, les questions environnementales ont une portée publique considérable, et la transparence des débats judiciaires sur les questions environnementales mérite généralement un degré élevé de protection. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Evans pour conclure que l'intérêt public est en l'espèce plus engagé que s'il s'agissait d'un litige entre personnes privées à l'égard d'intérêts purement privés.

J'estime toutefois avec égards que, dans la mesure où il se fonde sur l'intérêt des médias comme indice de l'intérêt du public, le juge Evans fait erreur. À mon avis, il est important d'établir une distinction entre l'intérêt du public et l'intérêt des médias et, comme le juge Robertson, je note que la couverture médiatique ne peut être considérée comme une mesure impartiale de l'intérêt public. C'est la nature publique de l'instance qui accentue le besoin de transparence, et cette nature publique ne se reflète

I reiterate the caution given by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at p. 760, where he stated that, while the speech in question must be examined in light of its relation to the core values, “we must guard carefully against judging expression according to its popularity”.

Although the public interest in open access to the judicial review application as a whole is substantial, in my view, it is also important to bear in mind the nature and scope of the information for which the order is sought in assigning weight to the public interest. With respect, the motions judge erred in failing to consider the narrow scope of the order when he considered the public interest in disclosure, and consequently attached excessive weight to this factor. In this connection, I respectfully disagree with the following conclusion of Evans J.A., at para. 97:

Thus, having considered the nature of this litigation, and having assessed the extent of public interest in the openness of the proceedings in the case before him, the Motions Judge cannot be said in all the circumstances to have given this factor undue weight, even though confidentiality is claimed for only three documents among the small mountain of paper filed in this case, and their content is likely to be beyond the comprehension of all but those equipped with the necessary technical expertise.

Open justice is a fundamentally important principle, particularly when the substance of the proceedings is public in nature. However, this does not detract from the duty to attach weight to this principle in accordance with the specific limitations on openness that the confidentiality order would have. As Wilson J. observed in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1353-54:

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight on the value developed at large than is appropriate in the context of the case.

pas nécessairement dans le désir des médias d'examiner les faits de l'affaire. Je réitère l'avertissement donné par le juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 760, où il dit que même si l'expression en cause doit être examinée dans ses rapports avec les valeurs fondamentales, « nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité ».

Même si l'intérêt du public à la publicité de la demande de contrôle judiciaire dans son ensemble est important, à mon avis, il importe tout autant de prendre en compte la nature et la portée des renseignements visés par l'ordonnance demandée, lorsqu'il s'agit d'apprécier le poids de l'intérêt public. Avec égards, le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte de la portée limitée de l'ordonnance dans son appréciation de l'intérêt du public à la communication et en accordant donc un poids excessif à ce facteur. Sous ce rapport, je ne partage pas la conclusion suivante du juge Evans (au par. 97) :

Par conséquent, on ne peut dire qu'après que le juge des requêtes eut examiné la nature de ce litige et évalué l'importance de l'intérêt du public à la publicité des procédures, il aurait dans les circonstances accordé trop d'importance à ce facteur, même si la confidentialité n'est demandée que pour trois documents parmi la montagne de documents déposés en l'instance et que leur contenu dépasse probablement les connaissances de ceux qui n'ont pas l'expertise technique nécessaire.

La publicité des débats judiciaires est un principe fondamentalement important, surtout lorsque la substance de la procédure est de nature publique. Cela ne libère toutefois aucunement de l'obligation d'apprécier le poids à accorder à ce principe en fonction des limites particulières qu'imposerait l'ordonnance de confidentialité à la publicité des débats. Comme le dit le juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1353-1354 :

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire.

87

In my view, it is important that, although there is significant public interest in these proceedings, open access to the judicial review application would be only slightly impeded by the order sought. The narrow scope of the order coupled with the highly technical nature of the Confidential Documents significantly temper the deleterious effects the confidentiality order would have on the public interest in open courts.

88

In addressing the effects that the confidentiality order would have on freedom of expression, it should also be borne in mind that the appellant may not have to raise defences under the *CEAA*, in which case the Confidential Documents would be irrelevant to the proceedings, with the result that freedom of expression would be unaffected by the order. However, since the necessity of the Confidential Documents will not be determined for some time, in the absence of a confidentiality order, the appellant would be left with the choice of either submitting the documents in breach of its obligations, or withholding the documents in the hopes that either it will not have to present a defence under the *CEAA*, or that it will be able to mount a successful defence in the absence of these relevant documents. If it chooses the former option, and the defences under the *CEAA* are later found not to apply, then the appellant will have suffered the prejudice of having its confidential and sensitive information released into the public domain, with no corresponding benefit to the public. Although this scenario is far from certain, the possibility of such an occurrence also weighs in favour of granting the order sought.

89

In coming to this conclusion, I note that if the appellant is not required to invoke the relevant defences under the *CEAA*, it is also true that the appellant's fair trial right will not be impeded, even if the confidentiality order is not granted. However, I do not take this into account as a factor which weighs in favour of denying the order because, if the order is granted and the Confidential Documents are not required, there will be no deleterious effects on either the public interest in freedom of expression or the appellant's commercial interests or fair trial right. This neutral result is in contrast with the

À mon avis, il importe de reconnaître que, malgré l'intérêt significatif que porte le public à ces procédures, l'ordonnance demandée n'entraverait que légèrement la publicité de la demande de contrôle judiciaire. La portée étroite de l'ordonnance associée à la nature hautement technique des documents confidentiels tempère considérablement les effets préjudiciables que l'ordonnance de confidentialité pourrait avoir sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

Pour traiter des effets qu'aurait l'ordonnance de confidentialité sur la liberté d'expression, il faut aussi se rappeler qu'il se peut que l'appelante n'ait pas à soulever de moyens de défense visés par la *LCÉE*, auquel cas les documents confidentiels perdraient leur pertinence et la liberté d'expression ne serait pas touchée par l'ordonnance. Toutefois, puisque l'utilité des documents confidentiels ne sera pas déterminée avant un certain temps, l'appelante n'aurait plus, en l'absence d'ordonnance de confidentialité, que le choix entre soit produire les documents en violation de ses obligations, soit les retenir dans l'espoir de ne pas avoir à présenter de défense en vertu de la *LCÉE* ou de pouvoir assurer effectivement sa défense sans les documents pertinents. Si elle opte pour le premier choix et que le tribunal conclut par la suite que les moyens de défense visés par la *LCÉE* ne sont pas applicables, l'appelante aura subi le préjudice de voir ses renseignements confidentiels et délicats tomber dans le domaine public sans que le public n'en tire d'avantage correspondant. Même si sa réalisation est loin d'être certaine, la possibilité d'un tel scénario milite également en faveur de l'ordonnance sollicitée.

En arrivant à cette conclusion, je note que si l'appelante n'a pas à invoquer les moyens de défense pertinents en vertu de la *LCÉE*, il est également vrai que son droit à un procès équitable ne sera pas entravé même en cas de refus de l'ordonnance de confidentialité. Je ne retiens toutefois pas cela comme facteur militant contre l'ordonnance parce que, si elle est accordée et que les documents confidentiels ne sont pas nécessaires, il n'y aura alors aucun effet préjudiciable ni sur l'intérêt du public à la liberté d'expression ni sur les droits commerciaux ou le droit de l'appelante à un procès

scenario discussed above where the order is denied and the possibility arises that the appellant's commercial interests will be prejudiced with no corresponding public benefit. As a result, the fact that the Confidential Documents may not be required is a factor which weighs in favour of granting the confidentiality order.

In summary, the core freedom of expression values of seeking the truth and promoting an open political process are most closely linked to the principle of open courts, and most affected by an order restricting that openness. However, in the context of this case, the confidentiality order would only marginally impede, and in some respects would even promote, the pursuit of these values. As such, the order would not have significant deleterious effects on freedom of expression.

VII. Conclusion

In balancing the various rights and interests engaged, I note that the confidentiality order would have substantial salutary effects on the appellant's right to a fair trial, and freedom of expression. On the other hand, the deleterious effects of the confidentiality order on the principle of open courts and freedom of expression would be minimal. In addition, if the order is not granted and in the course of the judicial review application the appellant is not required to mount a defence under the *CEAA*, there is a possibility that the appellant will have suffered the harm of having disclosed confidential information in breach of its obligations with no corresponding benefit to the right of the public to freedom of expression. As a result, I find that the salutary effects of the order outweigh its deleterious effects, and the order should be granted.

Consequently, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and grant the confidentiality order on the terms requested by the appellant under Rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998*.

équitable. Cette issue neutre contraste avec le scénario susmentionné où il y a refus de l'ordonnance et possibilité d'atteinte aux droits commerciaux de l'appelante sans avantage correspondant pour le public. Par conséquent, le fait que les documents confidentiels puissent ne pas être nécessaires est un facteur en faveur de l'ordonnance de confidentialité.

En résumé, les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, dans le contexte en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. À ce titre, l'ordonnance n'aurait pas d'effets préjudiciables importants sur la liberté d'expression.

VII. Conclusion

Dans la pondération des divers droits et intérêts en jeu, je note que l'ordonnance de confidentialité aurait des effets bénéfiques importants sur le droit de l'appelante à un procès équitable et sur la liberté d'expression. D'autre part, les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la liberté d'expression seraient minimes. En outre, si l'ordonnance est refusée et qu'au cours du contrôle judiciaire l'appelante n'est pas amenée à invoquer les moyens de défense prévus dans la *LCÉE*, il se peut qu'elle subisse le préjudice d'avoir communiqué des renseignements confidentiels en violation de ses obligations sans avantage correspondant pour le droit du public à la liberté d'expression. Je conclus donc que les effets bénéfiques de l'ordonnance l'emportent sur ses effets préjudiciables, et qu'il y a lieu d'accorder l'ordonnance.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, et d'accorder l'ordonnance de confidentialité selon les modalités demandées par l'appelante en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

90

91

92

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent Sierra Club of Canada: Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Solicitor for the respondents the Minister of Finance of Canada, the Minister of Foreign Affairs of Canada, the Minister of International Trade of Canada and the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intimé Sierra Club du Canada : Timothy J. Howard, Vancouver; Franklin S. Gertler, Montréal.

Procureur des intimés le ministre des Finances du Canada, le ministre des Affaires étrangères du Canada, le ministre du Commerce international du Canada et le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

**Bell ExpressVu Limited
Partnership** *Appellant*

v.

Richard Rex, Richard Rex, c.o.b. as ‘Can-Am Satellites’, and c.o.b. as ‘Can Am Satellites’ and c.o.b. as ‘CanAm Satellites’ and c.o.b. as ‘Can Am Satellite’ and c.o.b. as ‘Can Am Sat’ and c.o.b. as ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’ and c.o.b. as ‘Can-Am Digital Media Group’ and c.o.b. as ‘Digital Media Group’, Anne Marie Halley a.k.a. Anne Marie Rex, Michael Rex a.k.a. Mike Rex, Rodney Kibler a.k.a. Rod Kibler, Lee-Anne Patterson, Michelle Lee, Jay Raymond, Jason Anthony, John Doe 1 to 20, Jane Doe 1 to 20 and any other person or persons found on the premises or identified as working at the premises at 22409 McIntosh Avenue, Maple Ridge, British Columbia, who operate or work for businesses carrying on business under the name and style of ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’, ‘Digital Media Group’, or one or more of them *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Canadian Motion Picture Distributors Association, DIRECTV, Inc., the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas, and the Congres Iberoamericain du Canada *Interveners*

INDEXED AS: BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP v. REX

Neutral citation: 2002 SCC 42.

File No.: 28227.

2001: December 4; 2002: April 26.

**Bell ExpressVu Limited
Partnership** *Appelante*

c.

Richard Rex, Richard Rex, faisant affaire sous les dénominations sociales ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’ et ‘Digital Media Group’, Anne Marie Halley, alias Anne Marie Rex, Michael Rex, alias Mike Rex, Rodney Kibler, alias Rod Kibler, Lee-Anne Patterson, Michelle Lee, Jay Raymond, Jason Anthony, M. Untel 1 à 20, M^{me} Unetelle 1 à 20 et toute autre personne qui a été vue travaillant dans les locaux situés au 22409, avenue McIntosh, Maple Ridge, Colombie-Britannique, ou identifiée comme étant une telle personne, qui exploite des entreprises, ou l’une ou plusieurs de celles-ci, faisant affaire sous les dénominations sociales ‘Can-Am Satellites’, ‘Can Am Satellites’, ‘CanAm Satellites’, ‘Can Am Satellite’, ‘Can Am Sat’, ‘Can-Am Satellites Digital Media Group’, ‘Can-Am Digital Media Group’, ‘Digital Media Group’, ou qui travaille pour ces entreprises ou pour l’une ou plusieurs de celles-ci *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, l’Association canadienne des distributeurs de films, DIRECTV, Inc., la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas et le Congres Iberoamericain du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP c. REX

Référence neutre : 2002 CSC 42.

N^o du greffe : 28227.

2001 : 4 décembre; 2002 : 26 avril.

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

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

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

Communications law — Radiocommunications — Direct-to-home distribution of television programming — Decoding in Canada of encrypted signals originating from foreign satellite distributor — Whether s. 9(1)(c) of Radiocommunication Act prohibits decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 9(1)(c).

Droit des communications — Radiocommunication — Distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe — Décodage au Canada de signaux encodés émanant de distributeurs étrangers utilisant des satellites — L'article 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de tous les signaux encodés émis par des satellites, sous réserve d'une exception limitée, ou prohibe-t-il seulement le décodage de signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires de licence? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 9(1)c).

Statutes — Interpretation — Principles — Contextual approach — Grammatical and ordinary sense — "Charter values" to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity.

Lois — Interprétation — Principes — Approche contextuelle — Sens ordinaire et grammatical — Recours aux « valeurs de la Charte » comme principe d'interprétation seulement en cas d'ambiguïté véritable.

Appeals — Constitutional questions — Factual record necessary for constitutional questions to be answered.

Appels — Questions constitutionnelles — Refus de répondre aux questions constitutionnelles pour cause d'absence de fondement factuel.

The appellant engages in the distribution of direct-to-home (DTH) television programming and encrypts its signals to control reception. The respondents sell U.S. decoding systems to Canadian customers that enable them to receive and watch U.S. DTH programming. They also provide U.S. mailing addresses to their customers who do not have one, since the U.S. broadcasters will not knowingly authorize their signals to be decoded by persons outside the United States. The appellant, as a licensed distribution undertaking, brought an action in the British Columbia Supreme Court, pursuant to ss. 9(1)(c) and 18(1) of the *Radiocommunication Act*, requesting in part an injunction prohibiting the respondents from assisting resident Canadians in subscribing to and decoding U.S. DTH programming. Section 9(1)(c) enjoins the decoding of encrypted signals without the authorization of the "lawful distributor of the signal or feed". The chambers judge declined to grant the injunctive relief. A majority of the Court of Appeal held that there is no contravention of s. 9(1)(c) where a person decodes unregulated signals such as those broadcast by the U.S. DTH companies, and dismissed the appellant's appeal.

L'appelante, une entreprise de distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe (« SRD »), encode ses signaux pour en circonscrire la réception. Les intimés vendent à des clients canadiens des décodeurs américains leur permettant de recevoir et de regarder de la programmation SRD américaine. Ils fournissent en outre une adresse postale aux États-Unis à ceux de leurs clients qui n'en possèdent pas déjà une, car les radiodiffuseurs américains n'autorisent pas sciemment le décodage de leurs signaux par des personnes se trouvant à l'extérieur des États-Unis. L'appelante, à titre d'entreprise de distribution titulaire d'une licence, a intenté une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'al. 9(1)c) et du par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*, sollicitant notamment une injonction interdisant aux intimés d'aider des résidents canadiens à s'abonner à la programmation SRD américaine et à décoder les signaux pertinents. L'alinéa 9(1)c) interdit « de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime, [. . .] un signal d'abonnement ou une alimentation réseau ». Le juge siégeant en chambre a refusé l'injonction demandée. La Cour d'appel à la majorité a jugé que la personne qui décode des signaux non visés par la réglementation, tels ceux diffusés par les entreprises SRD américaines, ne contrevient pas à la disposition en question et elle a rejeté l'appel formé par l'appelante.

Held: The appeal should be allowed. Section 9(1)(c) of the Act prohibits the decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception.

It is necessary in every case for the court charged with interpreting a provision to undertake the preferred contextual and purposive interpretive approach before determining that the words are ambiguous. This requires reading the words of the Act in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids, including other principles of interpretation such as the strict construction of penal statutes and the “*Charter values*” presumption.

When the entire context of s. 9(1)(c) is considered, and its words are read in their grammatical and ordinary sense in harmony with the legislative framework in which the provision is found, there is no ambiguity and accordingly no need to resort to any of the subsidiary principles of statutory interpretation. Because the *Radiocommunication Act* does not prohibit the broadcasting of subscription programming signals (apart from s. 9(1)(e), which forbids their unauthorized retransmission within Canada) and only concerns decrypting that occurs in Canada or other locations contemplated in s. 3(3), this does not give rise to any extra-territorial exercise of authority. Parliament intended to create an absolute bar on Canadian residents’ decoding encrypted programming signals. The only exception to this prohibition occurs where authorization is acquired from a distributor holding the necessary legal rights in Canada to transmit the signal and provide the required authorization. The U.S. DTH distributors in the present case are not “lawful distributors” under the Act. This interpretation of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception accords well with the objectives set out in the *Broadcasting Act* and complements the scheme of the *Copyright Act*.

The constitutional questions stated in this appeal are not answered because there is no *Charter* record permitting this Court to address the stated questions. A party cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial. “*Charter values*” cannot inform the interpretation given to s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act*, for these

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 9(1)c) interdit le décodage de tous les signaux encodés transmis par satellite, sous réserve d’une exception limitée.

Le tribunal appelé à interpréter une disposition législative doit, dans chaque cas, se livrer à l’analyse contextuelle et téléologique privilégiée avant de décider si le texte de la disposition est ambigu. À cette fin, il lui faut lire les mots de la disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de celle-ci et l’intention du législateur. C’est uniquement lorsque au moins deux interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d’interprétation externes, y compris d’autres principes d’interprétation — telles l’interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des « valeurs de la *Charte* ».

L’examen du contexte global de l’al. 9(1)c) et l’interprétation des mots qui le composent suivant leur sens ordinaire et grammatical, en conformité avec le cadre législatif dans lequel s’inscrit cette disposition, ne révèlent aucune ambiguïté et il n’est en conséquence pas nécessaire de recourir à l’un ou l’autre des principes subsidiaires d’interprétation législative. Puisque la *Loi sur la radiocommunication* n’interdit pas la radiodiffusion de signaux d’abonnement (exception faite de l’al. 9(1)e) qui interdit la retransmission non autorisée au Canada de tels signaux) et ne s’applique qu’au décodage survenant au Canada et aux autres endroits prévus au par. 3(3), la présente affaire ne soulève aucune question touchant à l’exercice extra-territorial de certains pouvoirs. Le législateur entendait interdire de manière absolue aux résidents du Canada de décoder des signaux d’abonnement encodés. La seule exception à cette interdiction est le cas où l’intéressé a obtenu l’autorisation de le faire du distributeur détenant au Canada les droits requis pour transmettre le signal concerné et en permettre le décodage. En l’espèce, les radiodiffuseurs SRD américains ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi. Le fait de considérer que l’al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d’une exception limitée est une interprétation qui s’accorde bien avec les objets de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui complète le régime établi par la *Loi sur le droit d’auteur*.

Aucune réponse n’a été donnée à l’égard des questions constitutionnelles, puisque le dossier ne comportait pas d’éléments relatifs à la *Charte* propres à permettre à la Cour de se prononcer sur ces questions. Une partie ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès. Les « valeurs de la *Charte* » ne peuvent être

values are to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity. A blanket presumption of *Charter* consistency could sometimes frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction, and wrongly upset the dialogic balance among the branches of governance. Where a statute is unambiguous, courts must give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result.

Cases Cited

Not followed: *R. v. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123; *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71; *R. v. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL); *R. v. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736, aff'd Sup. Ct. Drummondville, No. 405-36-000044-003, June 13, 2001; *R. v. Gregory Électronique Inc.*, [2000] Q.J. No. 4923 (QL), aff'd [2001] Q.J. No. 4925 (QL); *R. v. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, No. 540-73-000055-980, October 31, 2000; *R. v. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL), aff'd (1995), 106 Man. R. (2d) 37, leave to appeal ref'd (1996), 110 Man. R. (2d) 153; *R. v. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL), rev'd (1997), 187 N.B.R. (2d) 185; *R. v. Knibb* (1997), 198 A.R. 161, aff'd [1998] A.J. No. 628 (QL); *ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 F.C. 245, aff'd (1997), 222 N.R. 213; *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628; *Canada (Procureure générale) v. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026; *Ryan v. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396; *R. v. Scullion*, [2001] R.J.Q. 2018; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Pointe-Claire (City) v. Québec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Québec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian*

utilisées pour éclairer l'interprétation de l'al. 9(1)c), puisqu'elles ne doivent être utilisées comme principe d'interprétation qu'en cas d'ambiguïté véritable. L'application d'une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l'intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d'interprétation législative, et perturber à tort l'équilibre dialogique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Lorsqu'une loi n'est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l'intention clairement exprimée par le législateur et éviter d'utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent.

Jurisprudence

Arrêts non suivis : *R. c. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123; *R. c. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71; *R. c. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL); *R. c. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736, conf. par C.S. Drummondville, n° 405-36-000044-003, 13 juin 2001; *R. c. Gregory Électronique Inc.*, [2000] J.Q. n° 4923 (QL), conf. par [2001] J.Q. n° 4925 (QL); *R. c. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, n° 540-73-000055-980, 31 octobre 2000; *R. c. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL), conf. par (1995), 106 Man. R. (2d) 37, autorisation d'appel refusée (1996), 110 Man. R. (2d) 153; *R. c. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL), inf. par (1997), 187 N.R.-B. (2d) 185; *R. c. Knibb* (1997), 198 A.R. 161, conf. par [1998] A.J. No. 628 (QL); *ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 C.F. 245, conf. par [1997] A.C.F. n° 1563 (QL); *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628; *Canada (Procureure générale) c. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026; *Ryan c. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396; *R. c. Scullion*, [2001] R.J.Q. 2018; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Westminster Bank Ltd. c. Zang*, [1966] A.C. 182; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831;

and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 1 S.C.R. vii; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, Direction to the CRTC (Ineligibility of Non-Canadians), SOR/96-192.
Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", "broadcasting undertaking", "distribution undertaking", (2) [rep. & sub. 1993, c. 38, s. 81], (3), 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 21 [rep. 1994, c. 47, s. 59; ad. 1997, c. 24, s. 14], 31(2) [rep. c. 10 (4th Supp.), s. 7; ad. 1988, c. 65, s. 63; s. 28.01 renumbered as s. 31, 1997, c. 24, s. 16].
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 10, 12.
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, ss. 2, "broadcasting", "encrypted" [ad. 1991, c. 11, s. 81], "lawful distributor" [*idem*], "radiocommunication" or "radio", "subscription programming signal" [*idem*], 3(3)(a), (b) [rep. & sub. 1989, c. 17, s. 4], (c) [*idem*]; am. 1996, c. 31, s. 94], 5(1)(a), 9(1)(c) [ad. 1989, c. 17, s. 6; am. 1991, c. 11, s. 83], (e) [ad. 1991, c. 11, s. 83], 10(1)(b) [ad. 1989, c. 17, s. 6], (2.1) [ad. 1991, c. 11, s. 84], (2.5) [*idem*], 18(1) [*idem*, s. 85], (6) [*idem*].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 32.

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "a".

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2002] 1 R.C.S. vii; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 10, 12.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 2 « distributeur légitime » [aj. 1991, ch. 11, art. 81], « encodage » [*idem*], « radiocommunication » ou « radio », « radiodiffusion », « signal d'abonnement » [*idem*], 3(3)a), b) [abr. & rempl. 1989, ch. 17, art. 4], c) [*idem*; mod. 1996, ch. 31, art. 94], 5(1)a), 9(1)c) [aj. 1989, ch. 17, art. 6; mod. 1991, ch. 11, art. 83], e) [aj. 1991, ch. 11, art. 83], 10(1)b) [aj. 1989, ch. 17, art. 6]; (2.1) [aj. 1991, ch. 11, art. 84], (2.5) [*idem*], 18(1) [*idem*, art. 85], (6) [*idem*].
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « entreprise de distribution », « entreprise de radiodiffusion », « radiodiffusion », (2) [abr. & rempl. 1993, ch. 38, art. 81], (3), 3.
Loi sur la radiodiffusion, Instructions au CRTC (inadmissibilité de non-Canadiens), DORS/96-192.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 21 [abr. 1994, ch. 47, art. 59; aj. 1997, ch. 24, art. 14], 31(2) [abr. ch. 10 (4^e suppl.), art. 7; aj. 1988, ch. 65, art. 63; art. 28.01 devient l'art. 31, 1997, ch. 24, art. 16; mod. *idem*, art. 52(1)a)].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32.

Doctrine citée

Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1999.

Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Eliadis, F. Pearl, and Stuart C. McCormack. "Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers: The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals" (1993), 3 *M.C.L.R.* 211.

Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 2000 (including Service Issues 2001).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 191 D.L.R. (4th) 662, 9 W.W.R. 205, 142 B.C.A.C. 230, 233 W.A.C. 230, 79 B.C.L.R. (3d) 250, [2000] B.C.J. No. 1803 (QL), 2000 BCCA 493, dismissing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL), refusing to grant an injunction. Appeal allowed.

K. William McKenzie, Eugene Meehan, Q.C., and Jessica Duncan, for the appellant.

Alan D. Gold and Maureen McGuire, for all respondents except Michelle Lee.

Graham R. Garton, Q.C., and Christopher Rupar, for the intervener the Attorney General of Canada.

Roger T. Hughes, Q.C., for the intervener the Canadian Motion Picture Distributors Association.

Christopher D. Bredt, Jeffrey D. Vallis and David D. Akman, for the intervener DIRECTV, Inc.

Ian W. M. Angus, for the intervener the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas.

Alan Riddell, for the intervener the Congress Iberoamerican du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal involves an issue that has divided courts in our country. It concerns the proper interpretation of s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication*

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Eliadis, F. Pearl, and Stuart C. McCormack. « Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers : The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals » (1993), 3 *M.C.L.R.* 211.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd., t. 6. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « un, une ».

Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada*, loose-leaf ed. Toronto : Butterworths, 2000 (including Service Issues 2001).

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 191 D.L.R. (4th) 662, 9 W.W.R. 205, 142 B.C.A.C. 230, 233 W.A.C. 230, 79 B.C.L.R. (3d) 250, [2000] B.C.J. No. 1803 (QL), 2000 BCCA 493, qui a rejeté l'appel formé contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL). Pourvoi accueilli.

K. William McKenzie, Eugene Meehan, c.r., et Jessica Duncan, pour l'appelante.

Alan D. Gold et Maureen McGuire, pour tous les intimés, à l'exception de Michelle Lee.

Graham R. Garton, c.r., et Christopher Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Roger T. Hughes, c.r., pour l'intervenante l'Association canadienne des distributeurs de films.

Christopher D. Bredt, Jeffrey D. Vallis et David D. Akman, pour l'intervenante DIRECTV, Inc.

Ian W. M. Angus, pour l'intervenante la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas.

Alan Riddell, pour l'intervenant le Congrès Iberoaméricain du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une question qui divise les tribunaux du pays, en l'occurrence l'interprétation qu'il convient de donner à l'al.

Act, R.S.C. 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1991, c. 11, s. 83). In practical terms, the issue is whether s. 9(1)(c) prohibits the decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only the unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors.

The respondents facilitate what is generally referred to as “grey marketing” of foreign broadcast signals. Although there is much debate — indeed rhetoric — about the term, it is not necessary to enter that discussion in these reasons. Rather, the central issue is the much narrower one surrounding the above statutory provision: does s. 9(1)(c) operate on these facts to prohibit the decryption of encrypted signals emanating from U.S. broadcasters? For the reasons that follow, my conclusion is that it does have this effect. Consequently, I would allow the appeal.

II. Background

The appellant is a limited partnership engaged in the distribution of direct-to-home (“DTH”) television programming. It is one of two current providers licensed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) as a DTH distribution undertaking under the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11. There are two similar DTH satellite television distributors in the United States, neither of which possesses a CRTC licence. The door has effectively been shut on foreign entry into the regulated Canadian broadcast market since April 1996, when the Governor in Council directed the CRTC not to issue, amend or renew broadcasting licences for non-Canadian applicants (SOR/96-192). The U.S. companies are, however, licensed by their country’s Federal Communications Commission to broadcast their signals within that country. The intervenor DIRECTV is the larger of these two U.S. companies.

9(1)(c) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2 (mod. par L.C. 1991, ch. 11, art. 83). Plus concrètement, il s’agit de décider si l’al. 9(1)(c) interdit le décodage de tous les signaux encodés transmis par satellite, sous réserve d’une exception limitée, ou s’il interdit seulement le décodage non autorisé des signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires d’une licence.

Les intimés facilitent ce que l’on appelle généralement le « marché gris » de la radiodiffusion des signaux étrangers. Quoique cette expression suscite de nombreux débats — de fait une polémique — il n’est pas nécessaire d’y prendre part dans les présents motifs. En effet, la question fondamentale est plus restreinte et touche à l’interprétation de la disposition en cause : Eu égard aux faits de l’espèce, l’al. 9(1)(c) a-t-il pour effet d’interdire le décodage des signaux encodés émanant de radiodiffuseurs américains? Pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que cette disposition produit cet effet. En conséquence, j’accueillerais le pourvoi.

II. Contexte

L’appelante, une société en commandite, est une entreprise de distribution d’émissions de télévision par satellite de radiodiffusion directe (ci-après « entreprise de distribution SRD » ou « radiodiffuseur SRD »). Elle est l’un des deux fournisseurs qui exploitent actuellement la licence d’entreprise de distribution SRD que leur a accordée le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC ») en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Il existe deux distributeurs dans la même situation aux États-Unis, mais aucun n’est titulaire d’une licence du CRTC. Le marché de la radiodiffusion réglementée au Canada est effectivement fermé aux non-Canadiens depuis avril 1996, par suite de la décision du gouverneur en conseil ordonnant au CRTC de ne pas délivrer de licences de radiodiffusion ni d’accorder de modification ou de renouvellement de telles licences aux demandeurs qui sont des non-Canadiens (DORS/96-192). Cependant, les entreprises américaines sont titulaires de licences délivrées par la Federal Communications Commission des États-Unis qui les autorisent à diffuser leurs signaux dans ce pays. L’intervenante DIRECTV est la plus importante des deux sociétés américaines.

2

3

4

DTH broadcasting makes use of satellite technology to transmit television programming signals to viewers. All DTH broadcasters own or have access to one or more satellites located in geosynchronous orbit, in a fixed position relative to the globe. The satellites are usually separated by a few degrees of Earth longitude, occupying "slots" assigned by international convention to their various countries of affiliation. The DTH broadcasters send their signals from land-based uplink stations to the satellites, which then diffuse the signals over a broad aspect of the Earth's surface, covering an area referred to as a "footprint". The broadcasting range of the satellites is oblivious to international boundaries and often extends over the territory of multiple countries. Any person who is somewhere within the footprint and equipped with the proper reception devices (typically, a small satellite reception dish antenna, amplifier, and receiver) can receive the signal.

5

The appellant makes use of satellites owned and operated by Telesat Canada, a Canadian company. Moreover, like every other DTH broadcaster in Canada and the U.S., the appellant encrypts its signals to control reception. To decode or unscramble the appellant's signals so as to permit intelligible viewing, customers must possess an additional decoding system that is specific to the appellant: the decoding systems used by other DTH broadcasters are not cross-compatible and cannot be used to decode the appellant's signals. The operational component of the decoding system is a computerized "smart card" that bears a unique code and is remotely accessible by the appellant. Through this device, once a customer has chosen and subscribed to a programming package, and rendered the appropriate fee, the appellant can communicate to the decoder that the customer is authorized to decode its signals. The decoder is then activated and the customer receives unscrambled programming.

6

The respondent, Richard Rex, carries on business as Can-Am Satellites. The other respondents are employees of, or independent contractors working for, Can-Am Satellites. The respondents are engaged in the business of selling U.S. DTH decoding

Les fournisseurs de services de radiodiffusion directe transmettent leurs signaux aux téléspectateurs au moyen de satellites. Ils possèdent tous un ou plusieurs satellites en orbite géosynchrone, ou ont accès à de tels appareils. Seulement quelques degrés de longitude terrestre séparent habituellement les satellites, qui occupent les créneaux orbitaux attribués par convention internationale à chacun des différents pays signataires. À partir de stations terrestres de transmission sans terre-satellite, les fournisseurs de services de radiodiffusion directe transmettent leurs signaux aux satellites, qui les rediffusent sur une large portion de la surface terrestre, qu'on appelle l'« empreinte » du satellite. Les signaux relayés par satellite ont une portée qui ne respecte pas les frontières internationales et s'étend souvent à de nombreux pays. Toute personne qui se trouve à l'intérieur de l'empreinte et dispose du matériel requis (en général une petite antenne parabolique de réception, un amplificateur et un récepteur) peut capter les signaux.

L'appelante utilise les satellites d'une entreprise canadienne, Telesat Canada. De plus, comme tous les autres radiodiffuseurs SRD au Canada et aux États-Unis, l'appelante encode ses signaux pour en circonscrire la réception. Pour décoder ou débrouiller les signaux de l'appelante et obtenir leur réception en clair, le client doit être muni d'un dispositif supplémentaire propre à l'appelante, les décodeurs des différents distributeurs n'étant pas compatibles entre eux. L'élément fonctionnel du décodeur est constitué d'une carte à puce à code unique que l'appelante active à distance. Grâce à ce dispositif, une fois que le client a choisi un bloc d'émissions et payé les frais d'abonnement, l'appelante peut transmettre au décodeur le message indiquant que le client est autorisé à décoder ses signaux. Le décodeur est ensuite activé et le client a accès à la programmation débrouillée.

L'intimé Richard Rex exploite une entreprise connue sous le nom Can-Am Satellites. Les autres intimés sont soit des employés de Can-Am Satellites soit des entrepreneurs indépendants retenus par celle-ci. Les intimés vendent des

systems to Canadian customers who wish to subscribe to the services offered by the U.S. DTH broadcasters, which make use of satellites owned and operated by U.S. companies and parked in orbital slots assigned to the U.S. The footprints pertaining to the U.S. DTH broadcasters are large enough for their signals to be receivable in much of Canada, but because these broadcasters will not knowingly authorize their signals to be decoded by persons outside of the U.S., the respondents also provide U.S. mailing addresses for their customers who do not already have one. The respondents then contact the U.S. DTH broadcasters on behalf of their customers, providing the customer's name, U.S. mailing address, and credit card number. Apparently, this suffices to satisfy the U.S. DTH broadcasters that the subscriber is resident in the U.S., and they then activate the customer's smart card.

In the past, the respondents were providing similar services for U.S. residents, so that they could obtain authorization to decode the Canadian appellant's programming signals. The respondents were authorized sales agents for the appellant at the time, but because this constituted a breach of the terms of the agency agreement, the appellant unilaterally terminated the relationship.

The present appeal arises from an action brought by the appellant in the Supreme Court of British Columbia. The appellant, as a licensed distribution undertaking, commenced the action pursuant to ss. 9(1)(c) and 18(1) of the *Radiocommunication Act*. As part of the relief it sought, the appellant requested an injunction prohibiting the respondents from assisting resident Canadians in subscribing to and decoding U.S. DTH programming. The chambers judge hearing the matter declined to grant the injunctive relief, and directed that the trial of the matter proceed on an expedited basis. On appeal of the chambers judge's ruling, Huddart J.A. dissenting, the Court of Appeal for British Columbia dismissed the appellant's appeal.

décodeurs américains de signaux SRD aux clients canadiens qui désirent s'abonner aux services offerts par les radiodiffuseurs SRD américains, lesquels utilisent des satellites qui appartiennent à des sociétés américaines et qui sont exploités par celles-ci et occupent des créneaux orbitaux ayant été attribués aux États-Unis. Les empreintes des radiodiffuseurs SRD américains sont suffisamment larges pour que leurs signaux puissent être captés presque partout au Canada. Mais comme ces radiodiffuseurs n'autorisent pas sciemment le décodage de leurs signaux par des personnes se trouvant à l'extérieur des États-Unis, les intimés fournissent en outre une adresse postale aux États-Unis à ceux de leurs clients qui n'en possèdent pas déjà une. Les intimés communiquent ensuite avec les radiodiffuseurs SRD américains pour le compte de leurs clients, fournissant les noms, adresse postale aux États-Unis et numéro de carte de crédit de chacun de ceux-ci. Il semble que cela soit suffisant pour convaincre les radiodiffuseurs américains que l'abonné est un résident des États-Unis. La carte à puce du client est ensuite activée.

Dans le passé, les intimés offraient des services analogues à des résidents des États-Unis, de façon à pouvoir obtenir l'autorisation de décoder les signaux de l'appelante. Les intimés étaient des vendeurs autorisés de l'appelante à l'époque, mais comme cette pratique constituait un manquement à la convention de mandat, l'appelante a mis fin unilatéralement à leurs relations.

Le présent pourvoi fait suite à une action intentée par l'appelante devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'appelante, à titre d'entreprise de distribution titulaire d'une licence, a pris action en vertu de l'al. 9(1)(c) et du par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*. Elle a notamment demandé une injonction interdisant aux intimés d'aider des résidents canadiens à s'abonner aux émissions transmises par des services SRD américains et à décoder les signaux pertinents. Le juge siégeant en chambre qui a été saisi de la demande a refusé l'injonction demandée et a ordonné que l'affaire soit entendue promptement. En appel de cette décision, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a débouté l'appelante, madame le juge Huddart rédisant des motifs de dissidence.

7

8

9

The appellant applied for leave to appeal to this Court, which was granted on April 19, 2001, with costs to the applicant in any event of the cause ([2001] 1 S.C.R. vi). The Chief Justice granted the respondents' subsequent motion to state constitutional questions on September 4, 2001.

III. Relevant Statutory Provisions

10

The *Radiocommunication Act* is one of the legislative pillars of Canada's broadcasting framework. It and another of the pillars, the *Broadcasting Act*, provide context that is of central importance to this appeal. I set out the most pertinent provisions below. I will cite other provisions throughout the course of my reasons as they become relevant.

11

Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2

2. In this Act,

“broadcasting” means any radiocommunication in which the transmissions are intended for direct reception by the general public;

. . .

“encrypted” means treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception;

“lawful distributor”, in relation to an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed, means a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding;

. . .

“radiocommunication” or “radio” means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by means of electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide;

. . .

“subscription programming signal” means radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge;

L'appelante a sollicité l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, qui a fait droit à sa demande le 19 avril 2001, avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel ([2001] 1 R.C.S. vi). Le 4 septembre 2001, le Juge en chef a accueilli la requête présentée subséquemment par les intimés afin d'obtenir la formulation de questions constitutionnelles.

III. Dispositions législatives applicables

La *Loi sur la radiocommunication* est l'un des piliers législatifs du système canadien de radiodiffusion. Cette loi, ainsi qu'une autre tout aussi importante, la *Loi sur la radiodiffusion*, établissent le contexte crucial pour juger le présent pourvoi. Les dispositions les plus pertinentes sont reproduites ci-après, mais j'en citerai d'autres au besoin dans l'exposé de mes motifs.

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2

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

. . .

« distributeur légitime » La personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d'abonnement ou une alimentation réseau, en situation d'encodage, et à en permettre le décodage.

« encodage » Traitement électronique ou autre visant à empêcher la réception en clair.

. . .

« radiocommunication » ou « radio » Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel.

« radiodiffusion » Toute radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues directement par le public en général.

. . .

« signal d'abonnement » Radiocommunication destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs moyennant paiement d'un prix d'abonnement ou de toute autre forme de redevance.

9. (1) No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

. . .

10. (1) Every person who

. . .

(b) without lawful excuse, manufactures, imports, distributes, leases, offers for sale, sells, installs, modifies, operates or possesses any equipment or device, or any component thereof, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9,

. . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, in the case of an individual, to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both, or, in the case of a corporation, to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars.

. . .

(2.1) Every person who contravenes paragraph 9(1)(c) or (d) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable, in the case of an individual, to a fine not exceeding ten thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both, or, in the case of a corporation, to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars.

. . .

(2.5) No person shall be convicted of an offence under paragraph 9(1)(c), (d) or (e) if the person exercised all due diligence to prevent the commission of the offence.

. . .

9. (1) Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau;

. . .

10. (1) Commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, dans le cas d'une personne physique, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines, ou, dans le cas d'une personne morale, une amende maximale de vingt-cinq mille dollars quiconque, selon le cas :

. . .

b) sans excuse légitime, fabrique, importe, distribue, loue, met en vente, vend, installe, modifie, exploite ou possède tout matériel ou dispositif, ou composante de celui-ci, dans des circonstances donnant à penser que l'un ou l'autre est utilisé en vue d'enfreindre l'article 9, l'a été ou est destiné à l'être;

(2.1) Quiconque contrevient aux alinéas 9(1)c) ou d) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, dans le cas d'une personne physique, une amende maximale de dix mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, dans le cas d'une personne morale, une amende maximale de vingt-cinq mille dollars.

. . .

(2.5) Nul ne peut être déclaré coupable de l'infraction visée aux alinéas 9(1)c), d) ou e) s'il a pris les mesures nécessaires pour l'empêcher.

. . .

18. (1) Any person who

(a) holds an interest in the content of a subscription programming signal or network feed, by virtue of copyright ownership or a licence granted by a copyright owner,

. . .

(c) holds a licence to carry on a broadcasting undertaking issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*, or

. . .

may, where the person has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c), (d) or (e) or 10(1)(b), in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct, or obtain such other remedy, by way of injunction, accounting or otherwise, as the court considers appropriate.

. . .

(6) Nothing in this section affects any right or remedy that an aggrieved person may have under the *Copyright Act*.

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11

2. (1) In this Act,

“broadcasting” means any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus, but does not include any such transmission of programs that is made solely for performance or display in a public place;

. . .

“broadcasting undertaking” includes a distribution undertaking, a programming undertaking and a network;

. . .

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or

18. (1) Peut former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l’encontre du contrevenant quiconque a subi une perte ou des dommages par suite d’une contravention aux alinéas 9(1)c), d) ou e) ou 10(1)b) et :

a) soit détient, à titre de titulaire du droit d’auteur ou d’une licence accordée par ce dernier, un droit dans le contenu d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau;

. . .

c) soit est titulaire d’une licence attribuée, au titre de la *Loi sur la radiodiffusion*, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l’autorisant à exploiter une entreprise de radiodiffusion;

. . .

Cette personne est admise à exercer tous recours, notamment par voie de dommages-intérêts, d’injonction ou de reddition de compte, selon ce que le tribunal estime indiqué.

. . .

(6) Le présent article ne porte pas atteinte aux droits et aux recours prévus par la *Loi sur le droit d’auteur*.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

. . .

« entreprise de radiodiffusion » S’entend notamment d’une entreprise de distribution ou de programmation, ou d’un réseau.

. . .

temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

« radiodiffusion » Transmission, à l'aide d'ondes radio-électriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d'émissions encodées ou non et destinées à être reçues par le public à l'aide d'un récepteur, à l'exception de celle qui est destinée à la présentation dans un lieu public seulement.

. . .

. . .

(2) For the purposes of this Act, "other means of telecommunication" means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system.

(2) Pour l'application de la présente loi, sont inclus dans les moyens de télécommunication les systèmes électromagnétiques — notamment les fils, les câbles et les systèmes radio ou optiques —, ainsi que les autres procédés techniques semblables.

(3) This Act shall be construed and applied in a manner that is consistent with the freedom of expression and journalistic, creative and programming independence enjoyed by broadcasting undertakings.

(3) L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion.

3. (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion :

(a) the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians;

a) le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle;

(b) the Canadian broadcasting system, operating primarily in the English and French languages and comprising public, private and community elements, makes use of radio frequencies that are public property and provides, through its programming, a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty;

b) le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle;

. . .

. . .

(d) the Canadian broadcasting system should

d) le système canadien de radiodiffusion devrait :

(i) serve to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada,

(i) servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada,

(ii) encourage the development of Canadian expression by providing a wide range of programming that reflects Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity, by displaying Canadian talent in entertainment programming and by offering information and analysis concerning Canada and other countries from a Canadian point of view,

(ii) favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduise des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes, qui mette en valeur des divertissements faisant appel à des artistes canadiens et qui fournisse de l'information et de l'analyse concernant le Canada et l'étranger considérés d'un point de vue canadien,

(iii) through its programming and the employment opportunities arising out of its operations, serve the needs and interests, and reflect the circumstances

(iii) par sa programmation et par les chances que son fonctionnement offre en matière d'emploi, répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition

and aspirations, of Canadian men, women and children, including equal rights, the linguistic duality and multicultural and multiracial nature of Canadian society and the special place of aboriginal peoples within that society, and

(iv) be readily adaptable to scientific and technological change;

. . .

(f) distribution undertakings

(i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,

(ii) should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost,

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

(iv) may, where the Commission considers it appropriate, originate programming, including local programming, on such terms as are conducive to the achievement of the objectives of the broadcasting policy set out in this subsection, and in particular provide access for underserved linguistic and cultural minority communities.

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

21. (1) Subject to subsection (2), a broadcaster has a copyright in the communication signals that it broadcasts, consisting of the sole right to do the following in relation to the communication signal or any substantial part thereof:

(a) to fix it,

(b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent,

et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens, notamment l'égalité sur le plan des droits, la dualité linguistique et le caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne ainsi que la place particulière qu'y occupent les peuples autochtones,

(iv) demeurer aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques;

. . .

t) les entreprises de distribution :

(i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,

(ii) devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

(iv) peuvent, si le Conseil le juge opportun, créer une programmation — locale ou autre — de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion, et en particulier à permettre aux minorités linguistiques et culturelles mal desservies d'avoir accès aux services de radiodiffusion.

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

21. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

a) de le fixer;

b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;

(c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast, and

(d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

31. . . .

(2) It is not an infringement of copyright to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and in its entirety, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada; and

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act.

IV. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL)

In a judgment delivered orally in chambers, Brenner J. (now C.J.B.C.S.C.) noted that there is conflicting jurisprudence on the interpretation of s. 9(1)(c). It was the chambers judge's opinion, however, that the provision is unambiguous, and that it poses no contradiction to the remainder of the *Radiocommunication Act*. He interpreted s. 9(1)(c) as applying only to the theft of signals from "lawful distributors" in Canada, and not applying to the "paid subscription by Canadians to signals from distributors outside Canada" (para. 20). He reasoned (at paras. 18-19):

The offence in that section that was created by the language Parliament chose to use was the offence of stealing encrypted signals from distributors in Canada. In my view, if Parliament had intended in that section to make it an offence in Canada to decode foreign encrypted

c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;

d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

31. . . .

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur la communication au public, par télécommunication, d'une œuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 3092 (QL)

Dans un jugement prononcé de vive voix dans son cabinet, le juge Brenner (maintenant juge en chef de la C.S.C.-B.) a souligné l'existence de décisions ayant interprété de façon contradictoire l'al. 9(1)c). À son avis, cependant, cette disposition n'est ni ambiguë ni incompatible avec les autres dispositions de la *Loi sur la radiocommunication*. Selon lui, l'al. 9(1)c) ne s'applique qu'au vol de signaux commis contre un « distributeur légitime » au Canada, et non aux [TRADUCTION] « abonnements pris et payés par des Canadiens afin de recevoir des signaux transmis par des distributeurs de l'extérieur du Canada » (par. 20). Le juge Brenner a fait le raisonnement suivant (aux par. 18-19) :

[TRADUCTION] Dans cette disposition, l'infraction créée par le législateur au moyen de libellé qu'il a choisi d'utiliser est le vol de signaux encodés aux distributeurs situés au Canada. À mon sens, si, comme le prétend [l'appelante], le législateur avait voulu que l'infraction soit le

transmissions originating outside Canada as contended by the [appellant], it would have said so. In s. 9(1)(c) Parliament could have used language prohibiting the unauthorized decoding of all or any subscription programming in Canada. This, it chose not to do.

The interpretation of s. 9(1)(c) asserted by the [appellant] makes no distinction between those who subscribe and pay for services from non-resident distributors and those who steal the signals of lawful distributors in Canada. That interpretation would create a theft offence applicable to persons in Canada who are nonetheless paying for the services they receive. If Parliament had intended s. 9(1)(c) to apply to such conduct, it would have said so in clear language. In my view the quasi criminal provisions in the Radiocommunication Act should not be interpreted in this manner in the absence of such clear parliamentary language.

13 Brenner J. therefore refused to grant the injunctive relief sought by the appellant. He directed that the trial of the matter proceed on an expedited basis.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 250, 2000 BCCA 493

14 The majority of the Court of Appeal, in a judgment written by Finch J.A. (now C.J.B.C.), identified two divergent strands of case law regarding the proper interpretation of s. 9(1)(c). The majority also noted that judgments representing each side had found the provision to be unambiguous; in its assessment, though, “[l]egislation which can reasonably be said to bear two unambiguous but contradictory, interpretations must, at the very least, be said to be ambiguous” (para. 35). For this reason, and the fact that s. 9(1)(c) bears penal consequences, the majority held that the “narrower interpretation adopted by the chambers judge . . . must . . . prevail” (para. 35). Conflicting authorities aside, however, the majority was prepared to reach the same result through application of the principles of statutory construction.

décodage, au Canada, d’un signal émanant de l’extérieur du Canada, il l’aurait dit. Le législateur aurait pu, à l’al. 9(1)c), interdire expressément le décodage non autorisé de tout signal d’abonnement. Or il a décidé de ne pas le faire.

L’interprétation de l’al. 9(1)c) préconisée par [l’appelante] ne fait aucune distinction entre la personne qui s’abonne, moyennant paiement, aux services d’un distributeur non résidant et la personne qui vole les signaux d’un distributeur légitime au Canada. Suivant une telle interprétation, une personne résidant au Canada pourrait commettre un vol, même si elle paie les services qu’elle reçoit. Si le législateur avait voulu que l’al. 9(1)c) s’applique à cette situation, il l’aurait dit clairement. Selon moi, les dispositions quasi pénales de la Loi sur la radiocommunication ne doivent pas être interprétées ainsi en l’absence d’une disposition législative claire à cet effet.

Le juge Brenner a en conséquence refusé à l’appelante l’injonction qu’elle demandait et il a ordonné que l’affaire soit entendue promptement.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 250, 2000 BCCA 493

S’exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Finch (maintenant juge en chef de la Colombie-Britannique) a relevé deux courants jurisprudentiels divergents concernant l’interprétation qu’il convient de donner à l’al. 9(1)c). Les juges majoritaires ont également souligné que, dans des jugements de chacun de ces courants, on a jugé que la disposition n’était pas ambiguë, mais, de l’avis des juges de la majorité, [TRADUCTION] « [u]ne disposition dont on peut raisonnablement dire qu’elle se prête à deux interprétations non ambiguës mais contradictoires doit à tout le moins être considérée comme ambiguë » (par. 35). Pour cette raison et parce que l’al. 9(1)c) entraîne des conséquences du point de vue pénal, les juges majoritaires ont conclu que [TRADUCTION] « l’interprétation restrictive du juge siégeant en chambre [. . .] doit [. . .] être retenue » (par. 35). Toutefois, indépendamment de la jurisprudence contradictoire, la majorité était disposée à aboutir au même résultat par l’application des principes d’interprétation législative.

Section 9(1)(c) enjoins the decoding of encrypted signals without the authorization of the “lawful distributor of the signal or feed” (emphasis added). The majority interpreted the legislator’s choice of the definite article “the”, underlined in the above phrase, to mean that the prohibition applies only “to signals broadcast by lawful distributors who are licensed to authorize decoding of that signal” (para. 36). In other words, “[i]f there is no lawful distributor for an encrypted subscription program signal in Canada, there can be no one licensed to authorize its decoding” (para. 36). Consequently, according to the majority, there is no contravention of s. 9(1)(c) where a person decodes unregulated signals such as those broadcast by the U.S. DTH companies.

The majority characterized s. 9(1)(c) as being clearly directed at regulation of the recipient rather than the distributor, but stated that Parliament had not chosen language that would prohibit the decoding of encrypted signals regardless of origin. Rather, in the majority’s view, Parliament elected to regulate merely in respect of signals transmitted by parties who are authorized by Canadian law to do so. Dismissing the appellant’s argument regarding the words “or elsewhere” in the definition of “subscription programming signal”, the majority held that “the fact that a subscription program signal originating outside Canada was intended for reception outside Canada, does not avoid the requirement in s. 9(1)(c) that the decoding of such signals is only unlawful if it is done without the authorization of a lawful distributor” (para. 40).

Basing its reasons on these considerations, the majority held that it was unnecessary to address “the wider policy issues” or the issues arising from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (para. 44). Finding no error in the chambers judge’s interpretation, the majority dismissed the appeal.

Aux termes du texte anglais de l’al. 9(1)c), il est interdit de décoder un signal d’abonnement ou une alimentation réseau sans l’autorisation du « *lawful distributor of the signal or feed* » (je souligne). La majorité a considéré que le fait que le législateur ait choisi d’utiliser l’article défini « *the* » — qui est souligné dans l’extrait qui précède — signifie que l’interdiction ne s’applique qu’aux [TRADUCTION] « signaux radiodiffusés par les distributeurs légitimes titulaires d’une licence les autorisant à permettre le décodage du signal en question » (par. 36). En d’autres termes, [TRADUCTION] « [s]i un signal d’abonnement n’a pas de distributeur légitime au Canada, personne ne saurait être autorisé à en permettre le décodage » (par. 36). Par conséquent, la majorité a conclu que la personne qui décode des signaux non visés par la réglementation, tels ceux diffusés par les entreprises SRD américaines, ne contrevient pas à l’al. 9(1)c).

La majorité a jugé que l’al. 9(1)c) visait clairement la personne qui reçoit le signal et non celle qui le distribue, mais elle a ajouté que le législateur ne s’était pas exprimé d’une manière qui aurait pour effet d’interdire le décodage de tout signal encodé, indépendamment de son origine. Au contraire, de l’avis de la majorité, le législateur a plutôt décidé de réglementer uniquement les signaux transmis par des personnes légalement autorisées par le droit canadien à le faire. Rejetant la thèse de l’appelante concernant les mots « *or elsewhere* » (« ou ailleurs » en français) employés dans la définition de « signal d’abonnement », la majorité a conclu que [TRADUCTION] « le fait qu’un signal d’abonnement émanant de l’extérieur du Canada soit destiné à être capté à l’extérieur du Canada n’empêche pas que, suivant l’al. 9(1)c), le décodage d’un tel signal n’est illégal que s’il a lieu sans la permission d’un distributeur légitime » (par. 40).

S’appuyant sur ces considérations, la majorité a estimé qu’il était inutile d’examiner [TRADUCTION] « les questions de principe plus générales » ou les questions touchant à l’application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 44). Ne relevant aucune erreur dans l’interprétation du juge siégeant en chambre, la majorité a rejeté l’appel.

15

16

17

18 Dissenting, Huddart J.A. considered the text of s. 9(1)(c) in light of the definitions set out in s. 2, and concluded that Parliamentary intent was evident: the provision “simply render[s] unlawful the decoding in Canada of all encrypted programming signals . . . regardless of their source or intended destination”, except where authorization is given by a person having the lawful right in Canada to transmit and authorize the decoding of the signals (para. 48). She stressed that the line of cases relied upon by the chambers judge “[a]t most . . . provides support for a less inclusive interpretation of s. 9(1)(c) than its wording suggests on its face because it has penal consequences” (para. 54), and proceeded to set out a number of reasons for which these cases should not be followed.

19 For one, “the task of interpreting a statutory provision does not begin with its being typed as penal. The task of interpretation is a search for the intention of Parliament” (para. 55). As well, the more restrictive reading of s. 9(1)(c) “ignores the broader policy objective” of the governing regulatory scheme, this being “the maintenance of a distinctively Canadian broadcasting industry in a large country with a small population within the transmission footprint of arguably the most culturally assertive country in the world with a population ten times larger” (para. 49). Huddart J.A. also referred to the existence of copyright interests, and stated that “[i]t can reasonably be inferred that U.S. distributors have commercial or legal reasons apart from Canadian laws for not seeking a Canadian market. . . . Yet only Canada can control the reception of foreign signals in Canada” (para. 50).

20 Huddart J.A. declined the respondents’ invitation to read s. 9(1)(c) in a manner that “respect[s] section 2(b) of the *Charter*” (para. 57), relying on *Canada*

Dissidente, madame le juge Huddart a examiné le texte de l’al. 9(1)c) à la lumière des définitions figurant à l’art. 2 et elle a estimé que l’intention du législateur était évidente : la disposition [TRADUCTION] « a tout simplement pour effet de frapper d’illégalité le décodage au Canada de tous les signaux d’abonnement encodés [. . .] indépendamment de leur source ou de leur destination », sauf dans les cas où la personne légitimement autorisée au Canada à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage accorde la permission de le faire (par. 48). Elle a souligné que les décisions invoquées par le juge siégeant en chambre [TRADUCTION] « [t]out au plus [. . .] appuient une interprétation de l’al. 9(1)c) lui reconnaissant une portée moins exhaustive que celle suggérée par son libellé, en raison des conséquences qu’il emporte du point de vue pénal » (par. 54), puis elle énonce un certain nombre de raisons pour lesquelles ces décisions ne devraient pas être suivies.

Tout d’abord, [TRADUCTION] « on n’amorce pas l’interprétation d’une disposition législative en la qualifiant de pénale. L’interprétation consiste à dégager l’intention du législateur » (par. 55). De plus, l’interprétation restrictive de l’al. 9(1)c) [TRADUCTION] « ne tient pas compte de l’objectif directeur plus général » du cadre réglementaire applicable, savoir « l’existence d’un système de radiodiffusion véritablement canadien dans un pays au vaste territoire mais faiblement peuplé, et ce à l’intérieur de l’empreinte de transmission d’un pays à la population dix fois plus grande et qui, peut-on prétendre, est celui qui répand le plus sa culture aux quatre coins du monde » (par. 49). Le juge Huddart a également fait état de la question des droits d’auteur et affirmé qu’[TRADUCTION] « [i]l est raisonnablement possible d’inférer que, indépendamment des lois canadiennes, les distributeurs américains ont des motifs commerciaux ou juridiques de ne pas s’attaquer au marché canadien. [. . .] Néanmoins, seul le Canada peut régir la réception de signaux étrangers au Canada » (par. 50).

S’appuyant sur l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, madame le juge Huddart a refusé de donner à l’al. 9(1)c) une

(*Attorney General*) v. *Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, in this regard. She then concluded (at para. 58):

In summary, I am not persuaded the line of cases on which the chambers judge relied establish the provision is ambiguous or capable of contradictory meanings. I do not consider courts have found two entirely different unambiguous meanings for the provision. The words of section 9(1)(c), taken alone, provide a clear basis for the determination of Parliament's intention. That meaning is consistent with the purpose of the entire regulatory scheme in the context of the international copyright agreements, with the purpose of the *Act* within that scheme, and with the scheme of the *Act* itself. Those cases interpreting the provision differently have done so with the purpose of narrowing its application to avoid penal consequences of what Parliament clearly intended to have penal consequences, as at least one of the judges taking that view explicitly acknowledged in his reasons. In my view it takes a convoluted reading of the provision to produce the result reached by the court in *R. v. Love* [(1997), 117 Man. R. (2d) 123 (Q.B.)], and the decisions that have followed it.

Huddart J.A. would have allowed the appeal and granted the declaration requested by the appellant.

V. Issues

This appeal raises three issues:

1. Does s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* create an absolute prohibition against decoding, followed by a limited exception, or does it allow all decoding, except for those signals for which there is a lawful distributor who has not granted its authorization?
2. Is s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to the above question is "yes", can the statutory provision be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

interprétation [TRADUCTION] « respect[ant] l'al. 2b) de la *Charte* » (par. 57), comme l'invitaient à le faire les intimés. Elle a ensuite conclu ainsi (au par. 58) :

[TRADUCTION] En résumé, je ne suis pas persuadée que la jurisprudence sur laquelle s'est fondé le juge siégeant en chambre établit que la disposition est ambiguë ou susceptible d'interprétations contradictoires. Je n'estime pas que les tribunaux ont dégagé deux interprétations tout à fait différentes mais non équivoques. Considéré isolément, le texte de l'al. 9(1)c) permet de dégager clairement l'intention du législateur. Cette interprétation est compatible avec l'objet de l'ensemble du cadre réglementaire dans le contexte des conventions internationales sur le droit d'auteur, avec l'objet de la *Loi* à l'intérieur de ce cadre et avec le régime établi par la *Loi* elle-même. Les juges et les tribunaux qui ont interprété la disposition différemment l'ont fait pour limiter son application de manière à éviter les conséquences d'ordre pénal, alors que le législateur a manifestement voulu que les actes en question produisent de telles conséquences, comme au moins un des juges souscrivant à cette thèse l'a reconnu expressément dans ses motifs. À mon avis, il faut donner une interprétation alambiquée à cette disposition pour arriver à la conclusion tirée dans *R. c. Love* [(1997), 117 Man. R. (2d) 123 (B.R.)] et dans les décisions qui l'ont suivie.

Le juge Huddart aurait accueilli le pourvoi et rendu le jugement déclaratoire demandé par l'appelante.

V. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions :

1. L'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* interdit-il le décodage de manière absolue, sous réserve d'une exception limitée, ou autorise-t-il le décodage de tous les signaux, sauf ceux pour lesquels il existe un distributeur légitime qui n'a pas donné l'autorisation de le faire?
2. L'alinéa 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* est-il incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Dans l'affirmative, la disposition législative peut-elle être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

VI. AnalysisA. *Introduction*

22 It is no exaggeration to state that s. 9(1)(c) of the federal *Radiocommunication Act* has received inconsistent application in the courts of this country. On one hand, there is a series of cases interpreting the provision (or suggesting that it might be interpreted) so as to create an absolute prohibition, with a limited exception where authorization from a lawful Canadian distributor is received: *R. v. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL) (Prov. Ct.), at para. 36, aff'd (1995), 106 Man. R. (2d) 37 (Q.B.) (*sub nom. R. v. O'Connor*), at para. 10, leave to appeal refused on other grounds (1996), 110 Man. R. (2d) 153 (C.A.); *R. v. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL) (Q.B.), at paras. 19-20, rev'd on other grounds (1997), 187 N.B.R. (2d) 185 (C.A.) (*sub nom. King v. Canada (Attorney General)*); *R. v. Knibb* (1997), 198 A.R. 161 (Prov. Ct.), aff'd [1998] A.J. No. 628 (QL) (Q.B.) (*sub nom. R. v. Quality Electronics (Taber) Ltd.*); *ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 F.C. 245 (T.D.), aff'd (1997), 222 N.R. 213 (F.C.A.); *WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628, at para. 72; *Canada (Procureure générale) v. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026 (C.Q.), at p. 2034.

23 On the other hand, there are a number of conflicting cases that have adopted the more restrictive interpretation favoured by the majority of the Court of Appeal for British Columbia in the case at bar: *R. v. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123 (Q.B.); *R. v. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71 (Q.B.); *R. v. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL) (S.C.); *Ryan v. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396 (Prov. Ct.), at para. 12; *R. v. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736 (C.Q.), aff'd Sup. Ct. Drummondville, No. 405-36-000044-003, June 13, 2001 (*sub nom. R. v. D'Argy*); *R. v. Gregory Électronique Inc.*, [2000] Q.J. No. 4923 (QL) (C.Q.), aff'd [2001] Q.J. No. 4925 (QL) (Sup. Ct.); *R. v. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, No. 540-73-000055-980, October 31, 2000; *R. v.*

VI. L'analyseA. *Introduction*

On peut, sans exagérer, affirmer que l'al. 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication*, une loi fédérale, n'a pas été appliqué de manière uniforme par les tribunaux du pays. D'une part, dans certaines décisions les tribunaux ont interprété cette disposition (ou suggéré qu'elle pouvait l'être) d'une manière ayant pour effet de créer une interdiction absolue, assortie d'une exception limitée, savoir les cas où le distributeur canadien légitime accorde l'autorisation prévue : *R. c. Open Sky Inc.*, [1994] M.J. No. 734 (QL) (C. prov.), par. 36, conf. par (1995), 106 Man. R. (2d) 37 (B.R.) (*sub nom. R. c. O'Connor*), par. 10, demande d'autorisation d'appel à la Cour d'appel refusée pour d'autres motifs (1996), 110 Man. R. (2d) 153 (C.A.); *R. c. King*, [1996] N.B.J. No. 449 (QL) (B.R.), par. 19-20, inf. pour d'autres motifs par (1997), 187 R.N.-B. (2d) 185 (C.A.) (*sub nom. King c. Canada (Attorney General)*); *R. c. Knibb* (1997), 198 A.R. 161 (C. prov.), conf. par [1998] A.J. No. 628 (QL) (B.R.) (*sub nom. R. c. Quality Electronics (Taber) Ltd.*); *ExpressVu Inc. c. NII Norsat International Inc.*, [1998] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), conf. par [1997] A.C.F. n° 1563 (QL) (C.A.); *WIC Premium Television Ltd. c. General Instrument Corp.* (2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628, par. 72; *Canada (Procureure générale) c. Pearlman*, [2001] R.J.Q. 2026 (C.Q.), p. 2034.

D'autre part, on relève un certain nombre de décisions à l'effet contraire, où les tribunaux ont adhéré à l'interprétation plus restrictive retenue en l'espèce par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *R. c. Love* (1997), 117 Man. R. (2d) 123 (B.R.); *R. c. Ereiser* (1997), 156 Sask. R. 71 (B.R.); *R. c. LeBlanc*, [1997] N.S.J. No. 476 (QL) (C.S.); *Ryan c. 361779 Alberta Ltd.* (1997), 208 A.R. 396 (C. prov.), par. 12; *R. c. Thériault*, [2000] R.J.Q. 2736 (C.Q.), conf. par C.S. Drummondville, n° 405-36-000044-003, 13 juin 2001 (*sub nom. R. c. D'Argy*); *R. c. Gregory Électronique Inc.*, [2000] J.Q. n° 4923 (QL) (C.Q.), conf. par [2001] J.Q. n° 4925 (QL) (C.S.); *R. c. S.D.S. Satellite Inc.*, C.Q. Laval, n° 540-73-000055-980, 31 octobre 2000;

Scullion, [2001] R.J.Q. 2018 (C.Q.); *R. v. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737 (C.A.).

As can be seen, the schism is not explained simply by the adoption of different approaches in different jurisdictions. Although the highest courts in British Columbia and Ontario have now produced decisions that bind the lower courts in those provinces to the restrictive interpretation, and although the Federal Court of Appeal has similarly bound the Trial Division courts under it to the contrary interpretation, the trial courts in Alberta, Manitoba, and Quebec have produced irreconcilable decisions. Those provinces remain without an authoritative determination on the matter. This appeal, therefore, places this Court in a position to harmonize the interpretive dissonance that is echoing throughout Canada.

In attempting to steer its way through this maze of cases, the Court of Appeal for British Columbia, in my respectful view, erred in its interpretation of s. 9(1)(c). In my view, there are five aspects of the majority's decision that warrant discussion. First, it commenced analysis from the belief that an ambiguity existed. Second, it placed undue emphasis on the sheer number of judges who had disagreed as to the proper interpretation of s. 9(1)(c). Third, it did not direct sufficient attention to the context of the *Radiocommunication Act* within the regulatory *régime* for broadcasting in Canada, and did not consider the objectives of that *régime*, feeling that it was unnecessary to address these "wider policy issues". Fourth, the majority did not read s. 9(1)(c) grammatically in accordance with its structure, namely, a prohibition with a limited exception. Finally, the majority of the court effectively inverted the words of the provision, such that the signals for which a lawful distributor could provide authorization to decode (i.e., the exception) defined the very scope of the prohibition.

R. c. Scullion, [2001] R.J.Q. 2018 (C.Q.); *R. c. Branton* (2001), 53 O.R. (3d) 737 (C.A.).

Comme on peut le constater, cette divergence d'interprétations ne s'explique pas seulement par le fait que différentes juridictions dans diverses provinces ont adopté des démarches distinctes. Bien que les tribunaux de dernier ressort de la Colombie-Britannique et de l'Ontario se soient prononcés en faveur de l'interprétation restrictive et que ces décisions lient les tribunaux inférieurs de ces provinces, et que la Cour d'appel fédérale ait rendu une décision à l'effet contraire liant la Section de première instance de cette cour, les tribunaux de première instance de l'Alberta, du Manitoba et du Québec ont rendu des décisions inconciliables et il n'y a pas encore, dans ces provinces, d'arrêt contraignant sur la question. Le présent pourvoi offre donc à notre Cour l'occasion d'harmoniser les interprétations discordantes qui existent dans l'ensemble du Canada.

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a mal interprété l'al. 9(1)c) en tentant de trouver son chemin dans ce dédale de décisions contradictoires. À mon avis, cinq aspects de la décision des juges majoritaires requièrent examen. Premièrement, les juges majoritaires ont commencé leur analyse en tenant pour acquis qu'il y avait ambiguïté. Deuxièmement, ils ont accordé une importance excessive au seul fait qu'un grand nombre de juges avaient divergé d'opinions quant à l'interprétation de l'al. 9(1)c). Troisièmement, ils ne se sont pas arrêtés suffisamment à la place de la *Loi sur la radiocommunication* au sein du régime de réglementation de la radiodiffusion au Canada ni pris en considération les objectifs de ce régime, estimant plutôt qu'il était inutile d'examiner ces [TRADUCTION] « questions de principe plus générales ». Quatrièmement, les juges majoritaires n'ont pas interprété le texte anglais de la disposition conformément à sa structure grammaticale, à savoir une interdiction suivie d'une exception limitée. Enfin, ils ont dans les faits inversé les éléments du texte de la disposition, de telle sorte que les signaux dont un distributeur légitime pouvait permettre le décodage (c'est-à-dire l'exception) se trouvaient à définir l'étendue même de l'interdiction.

24

25

B. *Does Section 9(1)(c) of the Radiocommunication Act Create an Absolute Prohibition Against Decoding, Followed by a Limited Exception, or Does it Allow all Decoding, Except for Those Signals for Which There Is a Lawful Distributor who Has not Granted its Authorization?*

(1) Principles of Statutory Interpretation

26

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: see, for example, *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, per Estey J.; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at para. 26; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, per McLachlin C.J.; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 27. I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

27

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like

B. *L'alinéa 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de manière absolue, sous réserve d'une exception limitée, ou autorise-t-il le décodage de tous les signaux, sauf ceux pour lesquels il existe un distributeur légitime qui n'a pas donné l'autorisation de le faire?*

(1) Principes d'interprétation législative

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : voir, par exemple, *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578, le juge Estey; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 25; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 26; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, le juge en chef McLachlin; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 27. Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B.*

people, take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52, as "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter". (See also *Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1079; *Pointe-Claire (City) v. Québec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, at para. 61, *per* Lamer C.J.)

Other principles of interpretation — such as the strict construction of penal statutes and the "Charter values" presumption — only receive application where there is ambiguity as to the meaning of a provision. (On strict construction, see: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115, *per* Dickson J. (as he then was); *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), at pp. 59-60; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at p. 413; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 46. I shall discuss the "Charter values" principle later in these reasons.)

What, then, in law is an ambiguity? To answer, an ambiguity must be "real" (*Marcotte, supra*, at p. 115). The words of the provision must be "reasonably capable of more than one meaning" (*Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), at p. 222, *per* Lord Reid). By necessity, however, one must consider the "entire context" of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations. In this regard, Major J.'s statement in *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14, is apposite: "It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids" (emphasis added), to

can. 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52, de « principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet ». (Voir également *Stoddard c. Watson*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1079; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 61, le juge en chef Lamer.)

D'autres principes d'interprétation — telles l'interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des « valeurs de la Charte » — ne s'appliquent que si le sens d'une disposition est ambiguë. (Voir, relativement à l'interprétation stricte : *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115, le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada); *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), p. 59-60; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, p. 413, et *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 46. Je vais examiner plus loin le principe du respect des « valeurs de la Charte ».)

Qu'est-ce donc qu'une ambiguïté en droit? Une ambiguïté doit être « réelle » (*Marcotte, précité*, p. 115). Le texte de la disposition doit être [TRADUCTION] « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d'une interprétation » (*Westminster Bank Ltd. c. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), p. 222, lord Reid). Il est cependant nécessaire de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations. Sont pertinents à cet égard les propos suivants, prononcés par le juge Major dans l'arrêt *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14 : « C'est uniquement lorsque deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune

28

29

which I would add, “including other principles of interpretation”.

30

For this reason, ambiguity cannot reside in the mere fact that several courts — or, for that matter, several doctrinal writers — have come to differing conclusions on the interpretation of a given provision. Just as it would be improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the “higher score”, it is not appropriate to take as one’s starting point the premise that differing interpretations reveal an ambiguity. It is necessary, in every case, for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and thereafter to determine if “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning” (Willis, *supra*, at pp. 4-5).

(2) Application to this Case

31

The interpretive factors laid out by Driedger need not be canvassed separately in every case, and in any event are closely related and interdependent (*Chieu, supra*, at para. 28). In the context of the present appeal, I will group my discussion under two broad headings. Before commencing my analysis, however, I wish to highlight a number of issues on these facts. First, there is no dispute surrounding the fact that the signals of the U.S. DTH broadcasters are “encrypted” under the meaning of the Act, nor is there any dispute regarding the fact that the U.S. broadcasters are not “lawful distributors” under the Act. Secondly, all of the DTH broadcasters in Canada and the U.S. require a person to pay “a subscription fee or other charge” for unscrambled reception. Finally, I note that the “encrypted network feed” portion of s. 9(1)(c) is not relevant on these facts and can be ignored for the purposes of analysis.

également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d’interprétation externes » (je souligne), propos auxquels j’ajouterais ce qui suit : « y compris d’autres principes d’interprétation ».

Voilà pourquoi on ne saurait conclure à l’existence d’une ambiguïté du seul fait que plusieurs tribunaux — et d’ailleurs plusieurs auteurs — ont interprété différemment une même disposition. Autant il serait inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d’appliquer celle qui recueille le « plus haut total », autant il est inapproprié de partir du principe que l’existence d’interprétations divergentes révèle la présence d’une ambiguïté. Il est donc nécessaire, dans chaque cas, que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l’analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, puis se demande si [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » (Willis, *loc. cit.*, p. 4-5).

(2) Application aux faits de l’espèce

Il n’est pas nécessaire, dans chaque cas, d’analyser séparément les divers facteurs d’interprétation énumérés par Driedger et, quoi qu’il en soit, ils sont étroitement liés et interdépendants (*Chieu, précité*, par. 28). Dans le contexte du présent pourvoi, mon analyse est divisée en deux grandes rubriques. Toutefois, avant de l’amorcer, je tiens à mettre en relief un certain nombre d’éléments propres à la présente affaire. Premièrement, nul ne conteste le fait que les signaux des radiodiffuseurs SRD américains sont « encodés » au sens de la Loi, non plus que le fait que ces radiodiffuseurs ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi. Deuxièmement, tous les radiodiffuseurs SRD au Canada et aux États-Unis exigent le paiement « d’un prix d’abonnement ou de toute autre forme de redevance » pour l’accès à leurs signaux débrouillés. Enfin, je précise que les mots « alimentation réseau » figurant à l’al. 9(1)(c) ne sont pas pertinents en l’espèce et qu’on peut en faire abstraction dans l’analyse.

(a) *Grammatical and Ordinary Sense*

In its basic form, s. 9(1)(c) is structured as a prohibition with a limited exception. Again, with the relevant portions emphasized, it states that:

No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau; [Emphasis added.]

The provision opens with the announcement of a broad prohibition (“No person shall”), follows by announcing the nature (“decode”) and object (“an encrypted subscription programming signal”) of the prohibition, and then announces an exception to it (“otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor”). The French version shares the same four features, albeit in a modified order (see Provost C.Q.J. in *Pearlman*, *supra*, at p. 2031).

The forbidden activity is decoding. Therefore, as noted by the Court of Appeal, the prohibition in s. 9(1)(c) is directed towards the reception side of the broadcasting equation. Quite apart from the provenance of the signals at issue, where the impugned decoding occurs within Canada, there can be no issue of the statute’s having an extra-territorial reach. In the present case, the reception that the appellant seeks to enjoin occurs entirely within Canada.

The object of the prohibition is of central importance to this appeal. What is interdicted by s. 9(1)(c) is the decoding of “an encrypted subscription programming signal” (in French, “un signal d’abonnement”) (emphasis added). The usage of the indefinite article here is telling: it signifies

a) *Sens ordinaire et grammatical*

Fondamentalement, l’al. 9(1)c) se présente comme une interdiction assortie d’une exception limitée. Je reproduis à nouveau le texte de cette disposition en en soulignant les passages pertinents :

Il est interdit :

. . .

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau;

No person shall

. . .

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed; [Je souligne.]

La disposition énonce une interdiction générale (« Il est interdit »), qu’elle précise en en indiquant la nature (« décoder ») et l’objet (« un signal d’abonnement ou une alimentation réseau ») et qu’elle assortit d’une exception (« sans l’autorisation de leur distributeur légitime ») : voir *Pearlman*, précité, p. 2031. La version anglaise énonce elle aussi ces quatre éléments, quoique dans un ordre légèrement différent.

L’activité interdite est le décodage. Par conséquent, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, l’interdiction prévue à l’al. 9(1)c) vise l’aspect réception de la radiodiffusion. Indépendamment de la provenance des signaux, lorsque le décodage reproché a lieu au Canada, la question de la possible portée extraterritoriale de la Loi ne se soulève pas. Dans la présente affaire, la réception dont l’appelante demande l’interdiction se produit entièrement au Canada.

L’objet de l’interdiction revêt une importance cruciale dans le présent pourvoi. Aux termes de l’al. 9(1)c), il est interdit de décoder « un signal d’abonnement » (en anglais « an encrypted subscription programming signal ») (je souligne). L’emploi de l’article indéfini est révélateur. Le mot « un »

32

33

34

“one, some [or] any” (*Canadian Oxford Dictionary* (1998), at p. 1). Thus, what is prohibited is the decoding of any encrypted subscription programming signal, subject to the ensuing exception.

à notamment le sens suivant : « . . . 2 (Avec une valeur générale au sens de “tous les”) . . . » (*Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), t. 6, p. 1607). La loi interdit donc de décoder tous les signaux d’abonnement, sous réserve de l’exception prévue.

35

The definition of “subscription programming signal” suggests that the prohibition extends to signals emanating from other countries. Section 2 of the Act defines that term as, “radiocommunication that is intended for reception either directly or indirectly by the public in Canada or elsewhere on payment of a subscription fee or other charge” (emphasis added). I respectfully disagree with the respondents and Weiler J.A. in *Branton, supra*, at para. 26, “that the wording ‘or elsewhere’ is limited to the type of situation contemplated in s. 3(3)” of the Act. Section 3(3) reads:

La définition de « signal d’abonnement » tend à indiquer que l’interdiction frappe également les signaux émanant d’autres pays. Cette expression est définie ainsi à l’art. 2 de la Loi : « Radiocommunication destinée à être reçue, directement ou non, par le public au Canada ou ailleurs [“or elsewhere” dans la version anglaise] moyennant paiement d’un prix d’abonnement ou de toute autre forme de redevance » (je souligne). En toute déférence, je ne souscris ni à la thèse des intimés ni à l’opinion exprimée par madame le juge Weiler de la Cour d’appel dans l’affaire *Branton*, précitée, par. 26, selon laquelle [TRADUCTION] « les termes “or elsewhere” ne visent que le genre de situations envisagées au par. 3(3) » de la Loi, dont voici le texte :

3. . . .

(3) This Act applies within Canada and on board

(a) any ship, vessel or aircraft that is

(i) registered or licensed under an Act of Parliament, or

(ii) owned by, or under the direction or control of, Her Majesty in right of Canada or a province;

(b) any spacecraft that is under the direction or control of

(i) Her Majesty in right of Canada or a province,

(ii) a citizen or resident of Canada, or

(iii) a corporation incorporated or resident in Canada; and

(c) any platform, rig, structure or formation that is affixed or attached to land situated in the continental shelf of Canada.

3. . . .

(3) La présente loi s’applique au Canada et à bord :

a) d’un navire, bâtiment ou aéronef soit immatriculé ou faisant l’objet d’un permis aux termes d’une loi fédérale, soit appartenant à Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, ou placé sous sa responsabilité;

b) d’un véhicule spatial placé sous la responsabilité de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, ou de celle d’un citoyen canadien, d’un résident du Canada ou d’une personne morale constituée ou résidant au Canada;

c) d’une plate-forme, installation, construction ou formation fixée au plateau continental canadien.

36

This provision is directed at an entirely different issue from that which is at play in the definition of “subscription programming signal”. Section 3(3) specifies the geographic scope of the *Radiocommunication Act* and all its constituent

Cette disposition vise une situation tout à fait différente de celle visée par la définition de « signal d’abonnement ». Le paragraphe 3(3) précise la portée géographique de la *Loi sur la radiocommunication* et de toutes les dispositions qui la composent,

provisions, as is confirmed by the marginal note accompanying the subsection, which states “Geographical application”. To phrase this in the context of the present appeal, any person within Canada or on board any of the things enumerated in ss. 3(3)(a) through (c) could potentially be subject to liability for unlawful decoding under s. 9(1)(c); in this way, s. 3(3) addresses the “where” question. On the other hand, the definition of “subscription programming signal” provides meaning to the s. 9(1)(c) liability by setting out the class of signals whose unauthorized decoding will trigger the provision; this addresses the object of the prohibition, or the “what” question. These are two altogether separate issues.

Furthermore, it was not necessary for Parliament to include the phrase “or elsewhere” in the s. 2 definition if it merely intended “subscription programming signal” to be interpreted as radiocommunication intended for direct or indirect reception by the public on board any of the s. 3(3) vessels, spacecrafts or rigs. In my view, the words “or elsewhere” were not meant to be tautological. It is sometimes stated, when a court considers the grammatical and ordinary sense of a provision, that “[t]he legislator does not speak in vain” (*Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Parliament has provided express direction to this effect through its enactment of s. 10 of the *Interpretation Act*, which states in part that “[t]he law shall be considered as always speaking”. In any event, “or elsewhere” (“*ou ailleurs*”, in French) suggests a much broader ambit than the particular and limited examples in s. 3(3), and I would be reticent to equate the two.

In my opinion, therefore, the definition of “subscription programming signal” encompasses signals originating from foreign distributors and intended for reception by a foreign public. Again, because the *Radiocommunication Act* does not prohibit the broadcasting of subscription programming signals (apart from s. 9(1)(e), which forbids their

comme le confirme la note marginale « Application géographique ». Si l’on reformule cette explication dans le contexte du présent pourvoi, cela signifie que quiconque se trouve au Canada ou à bord de l’une des choses énumérées aux al. 3(3)a) à c) est susceptible de se voir reprocher l’infraction de décodage illégal prévue à l’al. 9(1)c); en ce sens, le par. 3(3) aide à répondre à la question de savoir « où » s’applique la loi. Par ailleurs, la définition de « signal d’abonnement » précise dans quel cas une personne engage sa responsabilité au titre de l’al. 9(1)c) en indiquant la catégorie de signaux dont le décodage non autorisé déclenche l’application de cette disposition; cela permet de répondre à la question de l’objet de l’interdiction, la question du « quoi ». Il s’agit de deux questions tout à fait distinctes.

En outre, le législateur n’aurait pas eu besoin d’inclure les mots « ou ailleurs » en français à la définition de « signal d’abonnement » à l’art. 2 (et « *or elsewhere* » en anglais) s’il avait seulement voulu que cette expression s’entende d’une radiocommunication destinée à être reçue directement ou non par le public à bord des bâtiments, véhicules spatiaux ou installations visés au par. 3(3). À mon avis, l’emploi de ces mots ne se voulait pas tautologique. On affirme parfois, lorsqu’un tribunal se penche sur le sens ordinaire et grammatical d’une disposition, que « [l]e législateur ne parle pas pour ne rien dire » (*Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Le législateur l’a confirmé expressément en édictant l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, qui précise notamment que « [l]a règle de droit a vocation permanente ». Quoi qu’il en soit, l’expression « ou ailleurs » en français (« *or elsewhere* » en anglais) évoque un champ d’application beaucoup plus vaste que celui correspondant aux exemples restreints énumérés au par. 3(3), et je serais réticent à établir une équivalence entre les deux.

Par conséquent, je suis d’avis que la définition de « signal d’abonnement » vise les signaux émanant de distributeurs étrangers et destinés à être reçus par un public étranger. Rappelons que, puisque la *Loi sur la radiocommunication* n’interdit pas la radiodiffusion de signaux d’abonnement (exception faite de l’al. 9(1)e) qui interdit la retransmission non

37

38

unauthorized retransmission within Canada) and only concerns decrypting that occurs in the s. 3(3) locations, this does not give rise to any extra-territorial exercise of authority. At this stage, what this means is that, contrary to the holdings of the chambers judge and the majority of the Court of Appeal in the instant case, Parliament did in fact choose language in s. 9(1)(c) that prohibits the decoding of all encrypted subscription signals, regardless of their origin, “otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed”. I shall now consider this exception.

39

The Court of Appeal relied upon the definite article found in this portion of s. 9(1)(c) (“the signal”), in order to support its narrower reading of the provision. Before this Court, counsel for the respondents submitted as well that the definite article preceding the words “lawful distributor” confirms that the provision “is only intended to operate where there is a lawful distributor”. Finally, the respondents draw to our attention the French language version of the provision, and particularly the word “leur” that modifies “distributeur légitime”: a number of cases considering the French version of s. 9(1)(c) have relied upon that word to arrive at the narrower interpretation (see the Court of Quebec judgments in *Thériault, supra*, at p. 2739; *Gregory Électronique, supra*, at paras. 24-26; and *S.D.S. Satellite, supra*, at p. 7. See also *Branton, supra*, at para. 25).

40

I do not agree with these opinions. The definite article “the” and the possessive adjective “leur” merely identify the party who can authorize the decoding in accordance with the exception (see *Pearlman, supra*, at p. 2032). Thus, while I agree with the majority of the Court of Appeal that “[i]f there is no lawful distributor for an encrypted subscription program signal in Canada, there can be no one licensed to authorize its decoding”, I cannot see how it necessarily follows that decoding unregulated signals “cannot therefore be in breach of the *Radiocommunication Act*” (par. 36). Such an

autorisée au Canada de tels signaux) et ne s’applique qu’au décodage survenant aux endroits prévus au par. 3(3), la présente affaire ne soulève aucune question touchant à l’exercice extraterritorial de certains pouvoirs. À ce stade-ci de l’analyse, cela signifie, contrairement à la conclusion du juge siégeant en chambre et à celle des juges majoritaires de la Cour d’appel, que le législateur a en fait choisi, à l’al. 9(1)c), un libellé interdisant le décodage de tous les signaux d’abonnement, indépendamment de leur origine, « sans l’autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci ». Je vais maintenant examiner cette exception.

La Cour d’appel a invoqué la présence de l’article défini à la fin du texte anglais de l’al. 9(1)c) (« *the signal* ») au soutien de son interprétation restrictive de cette disposition. Devant notre Cour, l’avocat des intimés a également fait valoir que la présence de l’article défini « *the* » qui précède les mots « *lawful distributor* » confirme que la disposition [TRADUCTION] « n’est censée s’appliquer que lorsqu’il existe un distributeur légitime ». Enfin, les intimés ont attiré notre attention sur le texte de la version française de la disposition et, en particulier, sur la présence du déterminant possessif « leur » avant les mots « distributeur légitime » : dans un certain nombre d’affaires où l’on a analysé la version française de l’al. 9(1)c), le tribunal a fondé son interprétation restrictive sur l’emploi de ce mot (voir les décisions suivantes de la Cour du Québec : *Thériault*, précitée, p. 2739; *Gregory Électronique*, précitée, par. 24-26, et *S.D.S. Satellite*, précitée, p. 7. Voir également l’affaire *Branton*, précitée, par. 25).

Je ne partage pas ces opinions. L’adjectif possessif « leur » et l’article défini « *the* » ne font qu’identifier la partie qui peut autoriser le décodage conformément à l’exception prévue (voir *Pearlman*, précité, p. 2032). En conséquence, bien que je souscrive à l’opinion de la majorité de la Cour d’appel selon laquelle, [TRADUCTION] « [s]i un signal d’abonnement n’a pas de distributeur légitime au Canada, personne ne saurait être autorisé à en permettre le décodage », je ne vois pas comment il s’ensuit nécessairement que le décodage de signaux non assujettis à la

approach would require one to read words from the exception into the prohibition, which is circular and incorrect. Again, as Provost C.Q.J. stated in *Pearlman, supra*, at p. 2031: [TRANSLATION] “To seek the meaning of the exception at the outset, and thereafter to define the rule by reference to the exception, is likely to distort the meaning of the text and misrepresent the intention of its author.”

In my view, the definite articles are used in the exception portion of s. 9(1)(c) in order to identify from amongst the genus of signals captured by the prohibition (any encrypted subscription programming signal) that species of signals for which the rule is “otherwise”. Grammatically, then, the choice of definite and indefinite articles essentially plays out into the following rendition: No person shall decode any (indefinite) encrypted subscription programming signal unless, for the (definite) particular signal that is decoded, the person has received authorization from the (definite) lawful distributor. Thus, as might happen, if no lawful distributor exists to grant such authorization, the general prohibition must remain in effect.

Although I have already stated that the U.S. DTH distributors in the present case are not “lawful distributors” under the Act, I should discuss this term, because it is important to the interpretive process. Section 2 provides that a “lawful distributor” of an encrypted subscription programming signal is “a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding”. In this connection, the fact that a person is authorized to transmit programming in another country does not, by that fact alone, qualify as granting the lawful right to do so in Canada. Moreover, the phrase “lawful right” (“*légitimement autorisée*”) comprehends factors in addition to licences granted by the CRTC. In defining “lawful distributor”, Parliament could have made specific reference to a person holding a CRTC licence (as it did in s. 18(1)(c)) or a Minister’s licence (s. 5(1)(a)). Instead, it deliberately chose broader language. I therefore agree with the opinion

réglementation « ne peut de ce fait contrevenir à la *Loi sur la radiocommunication* » (par. 36). Pareille conclusion exigerait que l’on intègre à l’interdiction certains mots de l’exception, ce qui constituerait une démarche circulaire et erronée. Je vais me référer à nouveau à la décision du juge Provost, de la Cour du Québec, dans l’affaire *Pearlman*, précitée, p. 2031 : « Rechercher d’abord l’exception et définir ensuite le principe par rapport à l’exception risquent de fausser le sens du texte et de trahir l’intention de son rédacteur. »

À mon avis, les articles définis employés dans la version anglaise de l’exception prévue à l’al. 9(1)c) servent à identifier, parmi le genre de signaux touchés par l’interdiction (tous les signaux d’abonnement), ceux pour lesquels la règle cède le pas à l’exception. Du point de vue grammatical, donc, le choix d’articles définis et indéfinis donne essentiellement lieu à l’interprétation suivante : Il est interdit à quiconque de décoder quelque (indéfini) signal d’abonnement que ce soit à moins d’avoir obtenu, pour le (défini) signal en cause, l’autorisation du (défini) distributeur légitime. Par conséquent, comme cela peut arriver, s’il n’existe aucun distributeur légitime susceptible d’accorder cette autorisation, l’interdiction générale doit continuer à produire ses effets.

Bien que j’aie déjà indiqué que, dans la présente affaire, les distributeurs SRD américains ne sont pas des « distributeurs légitimes » au sens de la Loi, il convient d’analyser cette expression, car elle est importante dans le processus d’interprétation. Aux termes de l’art. 2, « distributeur légitime » s’entend de « [l]a personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d’abonnement [. . .] et à en permettre le décodage ». À cet égard, le seul fait qu’une personne soit autorisée dans un autre pays à transmettre des signaux n’a pas pour effet de faire de celle-ci le distributeur légitimement autorisé de ces signaux au Canada. En outre l’expression « légitimement autorisée » (« *lawful right* ») suppose le respect d’autres conditions que la seule obtention d’une licence du CRTC. En définissant ce terme, le législateur aurait pu mentionner expressément qu’il s’agit d’une personne titulaire d’une licence délivrée par le CRTC (comme il l’a fait

41

42

of Létourneau J.A. in the Federal Court of Appeal decision in *Norsat, supra*, at para. 4, that

[t]he concept of “lawful right” refers to the person who possesses the regulatory rights through proper licensing under the *Act*, the authorization of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as well as the contractual and copyrights necessarily pertaining to the content involved in the transmission of the encrypted subscription programming signal or encrypted network feed.

As pointed out by the Attorney General of Canada, this interpretation means that even where the transmission of subscription programming signals falls outside of the definition of “broadcasting” under the *Broadcasting Act* (i.e., where the transmitted programming is “made solely for performance or display in a public place”) and no broadcasting licence is therefore required, additional factors must still be considered before it can be determined whether the transmitter of the signals is a “lawful distributor” for the purposes of the *Radiocommunication Act*.

43 In the end, I conclude that when the words of s. 9(1)(c) are read in their grammatical and ordinary sense, taking into account the definitions provided in s. 2, the provision prohibits the decoding in Canada of any encrypted subscription programming signal, regardless of the signal’s origin, unless authorization is received from the person holding the necessary lawful rights under Canadian law.

(b) *Broader Context*

44 Although the *Radiocommunication Act* is not, unfortunately, equipped with its own statement of purpose, it does not exist in a vacuum. The Act’s focus is upon the allocation of specified radio frequencies, the authorization to possess and operate radio apparatuses, and the technical regulation of the radio spectrum. The Act also places restrictions on the reception of and interference with

à l’al. 18(1)c)) ou par le ministre (al. 5(1)a)). Il a plutôt opté pour une formulation plus générale. En conséquence, je partage l’opinion suivante, exprimée par le juge Létourneau de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Norsat*, précitée, par. 4 :

La personne « légitimement autorisée » est celle qui possède les droits réglementaires en vertu de la licence qui lui est régulièrement délivrée conformément à la Loi, l’autorisation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ainsi que les droits contractuels et les droits d’auteur se rapportant nécessairement au contenu qu’implique la transmission d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau.

Comme l’a fait remarquer le procureur général du Canada, cette interprétation signifie que, même lorsque la transmission du signal d’abonnement n’est pas visée par la définition de « radiodiffusion » au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* (c’est-à-dire lorsque la transmission d’émissions est « destinée à la présentation dans un lieu public seulement ») et qu’aucune licence de radiodiffusion n’est donc requise, d’autres facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si le transmetteur du signal est un « distributeur légitime » pour l’application de la *Loi sur la radiocommunication*.

En fin de compte, j’arrive à la conclusion que, lorsqu’on interprète les mots utilisés à l’al. 9(1)c) suivant leur sens ordinaire et grammatical et en tenant compte des définitions de l’art. 2, cette disposition a pour effet d’interdire à quiconque de décoder au Canada tout signal d’abonnement brouillé — quelle que soit son origine — à moins d’avoir obtenu la permission de le faire de la personne légitimement autorisée, suivant le droit canadien, à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage.

b) *Contexte élargi*

Bien que la *Loi sur la radiocommunication* ne comporte malheureusement pas de disposition précisant son objet, elle s’inscrit dans un cadre plus large. Elle établit principalement les règles relatives à l’attribution de fréquences de radiocommunication définies, aux autorisations de posséder et d’utiliser des appareils radio et à la réglementation technique du spectre des radiofréquences. La Loi

radiocommunication, which includes encrypted broadcast programming signals of the sort at issue. S. Handa et al., *Communications Law in Canada* (loose-leaf), at p. 3.8, describe the *Radiocommunication Act* as one “of the three statutory pillars governing carriage in Canada”. These same authors note at p. 3.17 that:

The *Radiocommunication Act* embraces all private and public use of the radio spectrum. The close relationship between this and the telecommunications and broadcasting Acts is determined by the fact that telecommunications and broadcasting are the two principal users of the radioelectric spectrum.

The *Broadcasting Act* came into force in 1991, in an omnibus statute that also brought substantial amendments to the *Radiocommunication Act*, including the addition thereto of s. 9(1)(c). Its purpose, generally, is to regulate and supervise the transmission of programming to the Canadian public. Of note for the present appeal is that the definition of “broadcasting” in the *Broadcasting Act* captures the encrypted DTH programme transmissions at issue and that DTH broadcasters such as the appellant receive their licences under, and are subject to, that Act. The *Broadcasting Act* also enumerates 20 broad objectives of the broadcasting policy for Canada (in s. 3(1)(a) through (t)). The emphasis of the Act, however, is placed on broadcasting and not reception.

Ultimately, the Acts operate in tandem. On this point, I agree with the following passage from the judgment of LeGrandeur Prov. Ct. J. in *Knibb*, *supra*, at paras. 38-39, which was adopted by Gibson J. in the Federal Court, Trial Division decision in *Norsat*, *supra*, at para. 35:

The *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* must be seen as operating together as part of a single regulatory scheme. The provisions of each statute must accordingly be read in the context of the other and

établit également des restrictions applicables en matière de réception et de brouillage des radiocommunications, y compris le type de signaux d’abonnement en litige dans le présent pourvoi. S. Handa et autres, dans *Communications Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 3.8, disent de la *Loi sur la radiocommunication* qu’elle est l’un [TRADUCTION] « des trois piliers législatifs régissant la distribution au Canada ». Ils ajoutent ce qui suit, à la p. 3.17 :

[TRADUCTION] La *Loi sur la radiocommunication* régit toutes les utilisations privées et publiques du spectre des radiofréquences. Le lien étroit unissant cette loi et celles relatives aux télécommunications et à la radiodiffusion tient au fait que les télécommunications et la radiodiffusion sont les deux principaux domaines d’utilisation du spectre des radiofréquences.

Entrée en vigueur en 1991, la *Loi sur la radiodiffusion* est une loi omnibus qui a également apporté des modifications substantielles à la *Loi sur la radiocommunication*, notamment par l’ajout de l’al. 9(1)(c). Elle a pour objet général de réglementer et de surveiller la transmission d’émissions au public canadien. Un aspect important à signaler dans le cadre du présent pourvoi est le fait que la transmission d’émissions encodées dont il est question en l’espèce est visée par la définition de « radiodiffusion » dans la *Loi sur la radiodiffusion* et que les radiodiffuseurs SRD, telle l’appelante, sont assujettis à cette loi et obtiennent leur licence sous son régime. Sont énoncés, aux al. 3(1)(a) à (t) de la *Loi sur la radiodiffusion*, 20 objectifs généraux de la politique canadienne de radiodiffusion. Toutefois, la loi met l’accent sur la radiodiffusion, et non sur la réception.

En fin de compte, ces lois s’appliquent en tandem. À cet égard, je souscris aux propos suivants du juge LeGrandeur de la Cour provinciale de l’Alberta dans l’affaire *Knibb*, précitée, par. 38-39, qu’a fait siens le juge Gibson de la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Norsat*, précité, par. 35 :

[TRADUCTION] La *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérées comme fonctionnant dans le cadre d’un seul régime réglementaire. Les dispositions de chaque loi doivent

45

46

consideration must be given to each statute's roll [*sic*] in the overall scheme. [Cite to R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 286.]

The addition of s. 9(1)(c), (d) and (e) and other sections to the *Radiocommunication Act* through the provisions of the *Broadcasting Act*, 1991 are supportive of that approach in my view. Subsections 9(1)(c), (d) and (e) of the *Radiocommunication Act* must be seen as part of the mechanism by which the stated policy of regulation of broadcasting in Canada is to be fulfilled.

47

Canada's broadcasting policy has a number of distinguishing features, and evinces a decidedly cultural orientation. It declares that the radio frequencies in Canada are public property, that Canadian ownership and control of the broadcasting system should be a base premise, and that the programming offered through the broadcasting system is "a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty". Sections 3(1)(d) and 3(1)(t) enumerate a number of specific developmental goals for, respectively, the broadcasting system as a whole and for distribution undertakings (including DTH distribution undertakings) in particular. Finally, s. 3(2) declares that "the Canadian broadcasting system constitutes a single system" best regulated and supervised "by a single independent public authority".

48

In this context, one finds little support for the restrictive interpretation of s. 9(1)(c). Indeed, as counsel for the Attorney General of Canada argued before us, after consideration of the Canadian broadcasting policy Parliament has chosen to adopt, one may legitimately wonder

why would Parliament enact a provision like the restrictive interpretation? Why would Parliament provide for Canadian ownership, Canadian production, Canadian content in its broadcasting and then simply leave the door open for unregulated, foreign broadcasting to come

donc être lues en tenant compte de leurs contextes réciproques et il faut tenir compte du rôle de chaque loi dans le régime général. [Renvoi à R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 286.]

Selon moi, l'ajout des al. 9(1)(c), (d) et (e) et d'autres dispositions à la *Loi sur la radiocommunication*, par l'intermédiaire des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991, appuie cette méthode d'interprétation. Les alinéas 9(1)(c), (d) et (e) de la *Loi sur la radiocommunication* doivent être considérés comme faisant partie du mécanisme par lequel doit être mise en œuvre la politique de réglementation de la radiodiffusion au Canada qui y est énoncée.

La politique canadienne de radiodiffusion possède un certain nombre de caractéristiques propres et elle établit une orientation incontestablement axée sur la culture. Il y est déclaré qu'au Canada les radiofréquences sont du domaine public, qu'il est fondamental que le système de radiodiffusion soit la propriété des Canadiens et sous leur contrôle et que la programmation offerte par le système de radiodiffusion est « un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle ». Les alinéas 3(1)(d) et (t) énoncent un certain nombre d'objectifs de mise en œuvre précis à l'intention du système de radiodiffusion en général, et des entreprises de distribution en particulier (y compris les entreprises de distribution SRD). Enfin, le par. 3(2) dispose que « le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique » dont il convient de confier la réglementation et la surveillance « à un seul organisme public autonome ».

Dans ce contexte, peu d'éléments appuient une interprétation restrictive de l'al. 9(1)(c). En effet, comme l'a soutenu devant nous l'avocat du procureur général du Canada, après examen de la politique canadienne de radiodiffusion adoptée par le législateur, l'on peut à juste titre poser les questions suivantes :

[TRADUCTION] Pourquoi le législateur aurait-il adopté une disposition correspondant à l'interprétation restrictive préconisée en l'espèce? Pourquoi le législateur aurait-il précisé que le système doit être la propriété des Canadiens et pourvu à la production canadienne et

in and sweep all of that aside? What purpose would have been served?

On the other hand, the interpretation of s. 9(1)(c) that I have determined to result from the grammatical and ordinary sense of the provision accords well with the objectives set out in the *Broadcasting Act*. The fact that DTH broadcasters encrypt their signals, making it possible to concentrate regulatory efforts on the reception/decryption side of the equation, actually assists with attempts to pursue the statutory broadcasting policy objectives and to regulate and supervise the Canadian broadcasting system as a single system. It makes sense in these circumstances that Parliament would seek to encourage broadcasters to go through the regulatory process by providing that they could only grant authorization to have their signal decoded, and thereby collect their subscription fees, after regulatory approval has been granted.

There is another contextual factor that, while not in any way determinative, is confirmatory of the interpretation of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception. As I have noted above, the concept of “lawful right” in the definition of “lawful distributor” incorporates contractual and copyright issues. According to the evidence in the present record, the commercial agreements between the appellant and its various programme suppliers require the appellant to respect the rights that these suppliers are granted by the persons holding the copyright in the programming content. The rights so acquired by the programme suppliers permit the programmes to be broadcast in specific locations, being all or part of Canada. As such, the appellant would have no lawful right to authorize decoding of its programming signals in an area not included in its geographically limited contractual right to exhibit the programming.

au contenu canadien de la radiodiffusion, puis tout bonnement laisser les radiodiffuseurs étrangers non assujettis à la réglementation s’amener sur le marché et faire fi de toutes ces exigences? Quelle fin aurait alors été servie?

Par contre, l’interprétation de l’al. 9(1)c) qui, à mon avis, découle du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés dans cette disposition s’accorde bien avec les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le fait que les radiodiffuseurs SRD encodent leurs signaux, permettant ainsi la concentration des mesures de réglementation sur les aspects réception et décodage du système, contribue d’ailleurs à la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion établis par la loi, ainsi qu’à la réglementation et à la surveillance du système canadien de radiodiffusion en tant que système unique. Dans ces circonstances, il est logique que le législateur ait voulu inciter les radiodiffuseurs à se plier au processus réglementaire en disposant qu’ils ne peuvent autoriser le décodage de leurs signaux et percevoir en contrepartie un prix d’abonnement qu’après avoir obtenu les approbations requises des autorités compétentes.

Il existe un autre facteur contextuel qui, bien qu’il ne soit en aucune manière déterminant, confirme l’interprétation selon laquelle l’al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d’une exception limitée. Comme je l’ai souligné précédemment, l’expression « légitimement autorisée » figurant dans la définition de « distributeur légitime » intègre des aspects touchant au droit des contrats et au droit d’auteur. Selon la preuve versée au dossier, les accords commerciaux liant l’appelante et ses divers fournisseurs d’émissions stipulent que l’appelante doit respecter les droits accordés à ces fournisseurs par les titulaires du droit d’auteur sur le contenu des émissions. Les droits qu’acquiescent ainsi les fournisseurs permettent la radiodiffusion des émissions dans des régions données, que ce soit à la grandeur du Canada ou dans une partie du pays. En conséquence, l’appelante n’est pas légitimement autorisée à permettre le décodage de ses signaux d’abonnement à l’extérieur du champ d’application géographique du droit de présenter sa programmation que lui accorde le contrat.

49

50

51

In this way, the person holding the copyright in the programming can conclude separate licensing deals in different regions, or in different countries (e.g., Canada and the U.S.). Indeed, these arrangements appear typical of the industry: in the present appeal, the U.S. DTH broadcaster DIRECTV has advocated the same interpretation of s. 9(1)(c) as the appellant, in part because of the potential liability it faces towards both U.S. copyright holders and Canadian licencees due to the fact that its programming signals spill across the border and are being decoded in Canada.

52

I also believe that the reading of s. 9(1)(c) as an absolute prohibition with a limited exception complements the scheme of the *Copyright Act*. Sections 21(1)(c) and 21(1)(d) of the *Copyright Act* provide broadcasters with a copyright in the communication signals they transmit, granting them the sole right of retransmission (subject to the exceptions in s. 31(2)) and, in the case of a television communication signal, of performing it on payment of a fee. By reading s. 9(1)(c) as an absolute prohibition against decoding except where authorization is granted by the person with the lawful right to transmit and authorize decoding of the signal, the provision extends protection to the holders of the copyright in the programming itself, since it would proscribe the unauthorized reception of signals that violate copyright, even where no retransmission or reproduction occurs: see F. P. Eliadis and S. C. McCormack, "Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers: The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals" (1993), 3 *M.C.L.R.* 211, at pp. 213-18. Finally, I note that the civil remedies provided for in ss. 18(1)(a) and 18(6) of the *Radiocommunication Act* both illustrate that copyright concerns are of relevance to the scheme of the Act, thus supporting the finding that there is a connection between these two statutes.

Ainsi, le titulaire du droit d'auteur sur la programmation peut conclure des contrats de licence distincts dans des régions différentes ou dans des pays différents (par exemple au Canada et aux États-Unis). Il semble d'ailleurs que de tels arrangements soient monnaie courante dans ce secteur d'activité. Dans la présente affaire, le radiodiffuseur SRD américain DIRECTV a plaidé la même interprétation de l'al. 9(1)c) que celle préconisée par l'appelante, en partie à cause de la responsabilité à laquelle il s'expose tant vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur aux États-Unis que des titulaires de licence au Canada du fait que ses signaux débordent la frontière et sont décodés au Canada.

J'estime également que le fait de considérer que l'al. 9(1)c) établit une interdiction absolue assortie d'une exception limitée complète le régime établi par la *Loi sur le droit d'auteur*. Les alinéas 21(1)c) et d) de cette loi confèrent au radiodiffuseur, à l'égard du signal de communication qu'il émet, un droit d'auteur comportant le droit exclusif de le retransmettre (sous réserve des exceptions prévues au par. 31(2)) et, dans le cas d'un signal de communication télévisuel, de l'exécuter en public moyennant droit d'entrée. Si l'on considère que l'al. 9(1)c) a pour effet d'interdire absolument tout décodage, sauf avec la permission de la personne légitimement autorisée à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage, la protection de cette disposition s'étend également aux titulaires des droits d'auteur sur la programmation elle-même, puisqu'il interdit la réception non autorisée de tout signal violant le droit d'auteur, même s'il n'y a ni retransmission ni reproduction : voir F. P. Eliadis et S. C. McCormack, « Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers : The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals » (1993), 3 *M.C.L.R.* 211, p. 213-218. Enfin, je signale que les recours civils prévus à l'al. 18(1)a) et au par. 18(6) de la *Loi sur la radiocommunication* indiquent que les questions touchant au droit d'auteur sont pertinentes pour l'application de celle-ci, facteur qui appuie la conclusion selon laquelle il existe un lien entre cette loi et celle sur le droit d'auteur.

(c) *Section 9(1)(c) as a “Quasi-Criminal” Provision*

I wish to comment regarding the respondents' argument regarding the penal effects that the “absolute prohibition” interpretation would bring to bear. Although the present case only arises in the context of a civil remedy the appellant is seeking under s. 18(1) of the Act (as a person who “has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to paragraph 9(1)(c)”) and does not therefore directly engage the penal aspects of the *Radiocommunication Act*, the respondents direct our attention to ss. 10(1)(b) and 10(2.1). These provisions, respectively, create summary conviction offences for every person providing equipment for the purposes of contravening s. 9 and for every person who in fact contravenes s. 9(1)(c). Respondents' counsel argued before us that, if s. 9(1)(c) is interpreted in the manner suggested by the appellant, “hundreds of thousands of Canadians can expect a knock on their door, because they will be in breach of the statute” and that “the effect of [the appellant's] submissions is to criminalize subscribers even if they pay every cent to which DIRECTV is entitled”. The thrust of the respondents' submission is that the presence of ss. 10(1)(b) and 10(2.1) in the *Radiocommunication Act* provides context that is important to the interpretation of s. 9(1)(c), and that this context militates in favour of the respondents' position.

Section 9(1)(c) does have a “dual aspect”, in so far as it gives rise to both civil and criminal penalties. I am not, however, persuaded that this plays an important role in the interpretive process here. In any event, I do not think it correct to insinuate that the decision in this appeal will have the effect of automatically branding every Canadian resident who subscribes to and pays for U.S. DTH broadcasting services as a criminal. The penal offence in s. 10(1)(b) requires that circumstances “give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9”

c) *L'alinéa 9(1)c) en tant que disposition « quasi pénale »*

Je tiens à commenter l'argument des intimés relatif aux conséquences pénales qu'entraînerait l'interprétation voulant que la disposition en cause constitue une « interdiction absolue ». Bien que la présente affaire découle d'un recours civil exercé par l'appelante en vertu du par. 18(1) de la Loi (en qualité de personne qui « a subi une perte ou des dommages par suite d'une contravention [à l']aliné[a] 9(1)c) ») et ne fasse donc pas intervenir directement les aspects pénaux de cette loi, les intimés invitent notre Cour à se pencher sur l'al. 10(1)(b) et le par. 10(2.1) de la *Loi sur la radiocommunication*. Suivant chacune de ces dispositions, commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque fournit du matériel en vue d'enfreindre l'art. 9 et quiconque contrevient dans les faits à l'al. 9(1)(c). Devant nous, l'avocat des intimés a plaidé que, si l'al. 9(1)(c) est interprété de la manière suggérée par l'appelante, [TRADUCTION] « des centaines de milliers de canadiens peuvent s'attendre à recevoir de la visite, puisqu'ils enfreindront la loi » et que « les arguments [de l'appelante] ont pour effet de transformer les abonnés en criminels, et ce même s'ils paient jusqu'au dernier cent les sommes auxquelles a droit DIRECTV ». Essentiellement, l'intimé prétend que la présence de l'al. 10(1)(b) et du par. 10(2.1) dans la *Loi sur la radiocommunication* constitue un élément contextuel important pour l'interprétation de l'al. 9(1)(c) et que cet élément milite en faveur de sa thèse.

L'alinéa 9(1)(c) a effectivement un « caractère hybride », dans la mesure où son application emporte des sanctions civiles et des sanctions pénales. Cependant, je ne suis pas convaincu que ce facteur joue un rôle important dans le processus d'interprétation en l'espèce. Quoi qu'il en soit, je ne crois pas qu'il soit exact d'insinuer que la décision rendue dans le présent pourvoi aura pour effet de transformer sur-le-champ en criminels les résidents canadiens qui sont abonnés à des services SRD américains et paient leur abonnement. L'infraction d'ordre pénal créée par l'al. 10(1)(b) doit être commise dans des circonstances « donnant à penser que

(emphasis added), and allows for a “lawful excuse” defence. Section 10(2.5) further provides that “[n]o person shall be convicted of an offence under paragraph 9(1)(c) . . . if the person exercised all due diligence to prevent the commission of the offence”. Since it is neither necessary nor appropriate to pursue the meaning of these provisions absent the proper factual context, I refrain from doing so.

(d) *Conclusion*

55

After considering the entire context of s. 9(1)(c), and after reading its words in their grammatical and ordinary sense in harmony with the legislative framework in which the provision is found, I find no ambiguity. Rather, I can conclude only that Parliament intended to create an absolute bar on Canadian residents decoding encrypted programming signals. The only exception to this prohibition occurs where authorization is acquired from a distributor holding the necessary legal rights in Canada to transmit the signal and provide the required authorization. There is no need in this circumstance to resort to any of the subsidiary principles of statutory interpretation.

C. *The Constitutional Questions*

56

As I will discuss, I do not propose to answer the constitutional questions that have been stated in this appeal.

57

Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, mandates that constitutional questions be stated in every appeal in which the constitutional validity or applicability of legislation is challenged, and sets out the procedural requirements to that end. As recognized by this Court, the purpose of Rule 32 is to ensure that the Attorney General of Canada, the attorneys general of the provinces, and the ministers of justice of the territories are alerted to constitutional challenges, in order that they may decide whether or not to

[tout matériel ou dispositif, ou composante de celui-ci] est utilisé en vue d'enfreindre l'article 9, l'a été ou est destiné à l'être » (je souligne). De plus, l'alinéa 10(1)b) permet à la personne à qui on reproche cette infraction de plaider l'« excuse légitime » en défense. En outre, le par. 10(2.5) dispose que « [n]ul ne peut être déclaré coupable de l'infraction visée [à l'alinéa] 9(1)c) [. . .] s'il a pris les mesures nécessaires pour l'empêcher ». Comme il n'est ni nécessaire ni opportun de s'interroger sur le sens de ces dispositions en l'absence du contexte factuel approprié, je m'abstiendrai de le faire.

d) *Conclusion*

Après examen du contexte global de l'al. 9(1)c) et interprétation des mots qui le composent suivant leur sens ordinaire et grammatical, en conformité avec le cadre législatif dans lequel s'inscrit cette disposition, j'arrive à la conclusion que celle-ci ne recèle aucune ambiguïté. Je ne peux que conclure que le législateur entendait interdire de manière absolue aux résidents du Canada de décoder des signaux d'abonnement encodés. La seule exception à cette interdiction est le cas où l'intéressé a obtenu l'autorisation de le faire du distributeur détenant au Canada les droits requis pour transmettre le signal concerné et en permettre le décodage. Il n'est pas nécessaire, dans les circonstances, de recourir à l'un ou l'autre des principes subsidiaires d'interprétation législative.

C. *Les questions constitutionnelles*

Comme je vais le préciser ci-après, je n'entends pas répondre aux questions constitutionnelles formulées dans le cadre du présent pourvoi.

L'article 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, requiert la formulation de questions constitutionnelles dans tout pourvoi où la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi est contestée, en plus d'établir les exigences procédurales à respecter à cette fin. Comme l'a reconnu notre Cour, la règle 32 vise à faire en sorte que le procureur général du Canada, les procureurs généraux des provinces et les ministres de la Justice des territoires soient informés de toute contestation constitutionnelle et puissent décider s'il y a lieu

intervene: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 49, *per* L'Heureux-Dubé J.; see also B. A. Crane and H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), at p. 253. Rule 32 also serves to advise the parties and other potential interveners of the constitutional issues before the Court.

On the whole, the parties to an appeal are granted “wide latitude” by the Chief Justice or other judge of this Court in formulating the questions to be stated: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71; *Corbiere, supra*, at para. 48. This wide latitude is especially appropriate in a case like the present, where the motion to state constitutional questions was brought by the respondents: generally, a respondent may advance any argument on appeal that would support the judgment below (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 240; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 643-44, *per* Cory J.). Like many general rules, however, this one is subject to an exception. A respondent, like any other party, cannot rely upon an entirely new argument that would have required additional evidence to be adduced at trial: *Perka, supra*; *Idziak, supra*; *R. v. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), at para. 69, leave to appeal refused January 24, 2002, [2002] 1 S.C.R. vii.

In like manner, even where constitutional questions are stated under Rule 32, it may ultimately turn out that the factual record on appeal provides an insufficient basis for their resolution. The Court is not obliged in such cases to provide answers: *Bisaillon, supra*; Crane and Brown, *supra*, at p. 254. In fact, there are compelling reasons not to: while we will not deal with abstract questions in the ordinary course, “[t]his policy . . . is of particular importance in constitutional matters” (*Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1580; see also *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 452; *R. v. Mills*,

ou non qu’ils interviennent : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 49, le juge L’Heureux-Dubé; voir également B. A. Crane et H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), p. 253. La règle 32 a également pour objet d’informer les parties et d’éventuels intervenants des questions constitutionnelles soumises à la Cour.

De façon générale, le Juge en chef ou un autre juge de notre Cour accorde aux parties à un pourvoi une « grande latitude » dans la formulation des questions constitutionnelles : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 71; *Corbiere*, précité, par. 48. Cette grande latitude est particulièrement pertinente dans une affaire comme celle qui nous occupe, où ce sont les intimés qui ont présenté la requête sollicitant la formulation des questions constitutionnelles. Généralement, l’intimé peut avancer, en appel, tout argument tendant à justifier la décision du tribunal d’instance inférieure (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 240; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 643-644, le juge Cory). Toutefois, comme bien d’autres règles d’ordre général, cette règle souffre une exception. L’intimé, comme toute autre partie d’ailleurs, ne peut invoquer un argument entièrement nouveau qui aurait nécessité la production d’éléments de preuve additionnels au procès : *Perka*, précité; *Idziak*, précité; *R. c. Gayle* (2001), 54 O.R. (3d) 36 (C.A.), par. 69, autorisation de pourvoi refusée le 24 janvier 2002, [2002] 1 R.C.S. vii.

Par ailleurs, même lorsque des questions constitutionnelles sont formulées conformément à la règle 32, il peut en bout de ligne arriver que le dossier factuel constitué en appel soit insuffisant pour permettre de trancher ces questions. En pareil cas, notre Cour n’est pas tenue de répondre aux questions formulées : *Bisaillon*, précité; Crane et Brown, *op. cit.*, p. 254. En fait, il existe des raisons impérieuses de ne pas répondre à de telles questions : bien que notre Cour s’abstienne généralement de se prononcer sur des questions abstraites, « [c]ette politique [. . .] revêt une importance particulière dans les affaires constitutionnelles » (*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, p.

[1999] 3 S.C.R. 668, at para. 38, *per* McLachlin and Iacobucci JJ.). Thus, as Sopinka J. stated for the Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 357: “The procedural requirements of Rule 32 of the *Supreme Court Rules* are not designed to introduce new issues but to define with precision the constitutional points in issue which emerge from the record” (emphasis added).

1580; voir également *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 452; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 38, les juges McLachlin et Iacobucci). En conséquence, comme l’a dit le juge Sopinka au nom de notre Cour dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 357 : « La procédure établie par l’art. 32 des *Règles de la Cour suprême* ne vise pas à introduire de nouvelles questions, mais à définir avec précision les questions constitutionnelles litigieuses qui ressortent du dossier » (je souligne).

60 Respondents’ counsel properly conceded during oral argument that there is no *Charter* record permitting this Court to address the stated questions. Rather, he argued that “*Charter* values” must inform the interpretation given to the *Radiocommunication Act*. This submission, inasmuch as it is presented as a stand alone proposition, must be rejected. Although I have already set out the preferred approach to statutory interpretation above, the manner in which the respondents would have this Court consider and apply the *Charter* warrants additional attention at this stage.

Au cours des plaidoiries, l’avocat des intimés a à juste titre concédé que le dossier ne renferme pas d’éléments relatifs à la *Charte* propres à permettre à notre Cour de se prononcer sur les questions formulées. Il a plutôt fait valoir que les « valeurs de la *Charte* » devaient éclairer l’interprétation de la *Loi sur la radiocommunication*. Dans la mesure où cet argument est présenté comme une proposition indépendante, il doit être rejeté. Bien que j’aie déjà exposé la démarche à privilégier en matière d’interprétation législative, il y a lieu d’y revenir, étant donné la manière dont les intimés voudraient que notre Cour tienne compte de la *Charte* et l’applique.

61 It has long been accepted that, where it will not upset the appropriate balance between judicial and legislative action, courts should apply and develop the rules of the common law in accordance with the values and principles enshrined in the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603, *per* McIntyre J.; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 86, *per* Iacobucci and Arbour JJ.; *R. W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at paras. 18-19. One must keep in mind, of course, that the common law is the province of the judiciary: the courts are responsible for its application, and for ensuring that it continues to reflect the basic values of society. The courts do not, however, occupy the same role *vis-à-vis* statute law.

Il est depuis longtemps admis que, lorsqu’il leur est possible de le faire sans perturber le juste équilibre entre l’action judiciaire et l’action législative, les tribunaux doivent appliquer et faire évoluer les règles de la common law en conformité avec les valeurs et principes consacrés par la *Charte* : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603, le juge McIntyre; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 675; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 86, les juges Iacobucci et Arbour; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, par. 18-19. Il faut évidemment se rappeler que la common law ressortit au pouvoir judiciaire. En effet les tribunaux sont chargés d’appliquer la common law et de veiller à ce qu’elle continue de refléter les valeurs fondamentales de la société. Cependant, ils ne jouent pas le même rôle vis-à-vis du droit d’origine législative.

Statutory enactments embody legislative will. They supplement, modify or supersede the common law. More pointedly, when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator. In this regard, although it is sometimes suggested that “it is appropriate for courts to prefer interpretations that tend to promote those [*Charter*] principles and values over interpretations that do not” (Sullivan, *supra*, at p. 325), it must be stressed that, to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations.

This Court has striven to make this point clear on many occasions: see, e.g., *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558, per L’Heureux-Dubé J.; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, per Lamer J. (as he then was); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771, per McLachlin J. (as she then was); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *Mossop, supra*, at pp. 581-82, per Lamer C.J.; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66, per Cory J.; *Mills, supra*, at paras. 22 and 56; *Sharpe, supra*, at para. 33.

These cases recognize that a blanket presumption of *Charter* consistency could sometimes frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction. Moreover, another rationale for restricting the “*Charter* values” rule was expressed in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 752:

[T]o consult the *Charter* in the absence of such ambiguity is to deprive the *Charter* of a more powerful purpose, namely, the determination of a statute’s constitutional

Les textes législatifs sont l’expression de la volonté du législateur. Ils complètent, modifient ou remplacent la common law. Plus précisément, lorsqu’une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d’ordre constitutionnel) de l’interpréter et de l’appliquer conformément à l’intention souveraine du législateur. À cet égard, bien qu’on affirme parfois qu’[TRADUCTION] « il convient que les tribunaux privilégient les interprétations tendant à favoriser les principes et les valeurs consacrés par la *Charte* plutôt que celles qui n’ont pas cet effet » (Sullivan, *op. cit.*, p. 325), il importe de souligner le fait que, dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre.

Notre Cour s’est efforcée d’exprimer clairement ce principe à de nombreuses reprises : voir, par exemple, *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, p. 558, le juge L’Heureux-Dubé; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *Mossop*, précité, p. 581-582, le juge en chef Lamer; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66, le juge Cory; *Mills*, précité, par. 22 et 56; *Sharpe*, précité, par. 33.

Dans ces arrêts, notre Cour reconnaît qu’appliquer une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l’intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d’interprétation législative. Dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 752, la Cour a énoncé une raison supplémentaire justifiant de limiter l’application de la règle d’interprétation fondée sur le respect des « valeurs de la *Charte* » :

[C]onsulter la *Charte* en l’absence d’une telle ambiguïté la prive d’un objet plus important, la détermination de la constitutionnalité d’une loi. Si les dispositions

62

63

64

validity. If statutory meanings must be made congruent with the *Charter* even in the absence of ambiguity, then it would never be possible to apply, rather than simply consult, the values of the *Charter*. Furthermore, it would never be possible for the government to justify infringements as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*, since the interpretive process would preclude one from finding infringements in the first place. [Emphasis in original.]

(See also *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 679-80, *per* Sopinka J.)

65

This last point touches, fundamentally, upon the proper function of the courts within the Canadian democracy. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 136-42, the Court described the relationship among the legislative, executive, and judicial branches of governance as being one of dialogue and mutual respect. As was stated, judicial review on *Charter* grounds brings a certain measure of vitality to the democratic process, in that it fosters both dynamic interaction and accountability amongst the various branches. "The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even over-arching laws under s. 33 of the *Charter*)" (*Vriend*, *supra*, at para. 139).

66

To reiterate what was stated in *Symes*, *supra*, and *Willick*, *supra*, if courts were to interpret all statutes such that they conformed to the *Charter*, this would wrongly upset the dialogic balance. Every time the principle were applied, it would pre-empt judicial review on *Charter* grounds, where resort to the internal checks and balances of s. 1 may be had. In this fashion, the legislatures would be largely shorn of their constitutional power to enact reasonable limits on *Charter* rights and freedoms, which would in turn be inflated to near absolute status. Quite literally, in order to avoid this result a legislature would somehow have to set out its justification for qualifying the *Charter* right expressly in the statutory text, all without the benefit of judicial discussion regarding the limitations that are permissible in a free and democratic society. Before long, courts would be asked to interpret this sort of enactment in light of *Charter* principles. The patent unworkability of

législatives devaient être rendues compatibles avec la *Charte* même en l'absence d'ambiguïté, alors il ne serait jamais possible d'appliquer, plutôt que de simplement consulter, les valeurs de la *Charte*. En outre, le gouvernement ne pourrait jamais justifier une atteinte à la *Charte* comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier puisque le processus d'interprétation empêcherait initialement de conclure à l'existence d'une atteinte à la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

(Voir également *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 679-680, le juge Sopinka.)

Fondamentalement, ce dernier point évoque la question du rôle que doivent jouer les tribunaux au sein de la démocratie canadienne. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136-142, notre Cour a dit que dialogue et respect mutuels devaient être au cœur des rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Elle a ajouté que le contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte* confère une certaine vitalité au processus démocratique en ce qu'il favorise à la fois l'interaction dynamique et la responsabilité entre ces divers pouvoirs. « Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*) » (*Vriend*, précité, par. 139).

Pour rappeler ce qui a été dit dans les arrêts *Symes* et *Willick*, précités, si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu'elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l'équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l'article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d'apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels possèderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d'une manière ou d'une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des

such a scheme highlights the importance of retaining a forum for dialogue among the branches of governance. As such, where a statute is unambiguous, courts must give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result.

It may well be that, when this matter returns to trial, the respondents' counsel will make an application to have s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* declared unconstitutional for violating the *Charter*. At that time, it will be necessary to consider evidence regarding whose expressive rights are engaged, whether these rights are violated by s. 9(1)(c), and, if they are, whether they are justified under s. 1.

VII. Disposition

In the result, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Court of Appeal for British Columbia, and declare that s. 9(1)(c) of the *Radiocommunication Act* creates a prohibition against all decoding of encrypted programming signals, followed by an exception where authorization is received from the person holding the lawful right in Canada to transmit and authorize decoding of the signal. No answer is given to the constitutional questions stated by order of the Chief Justice.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia and Lang Michener, Ottawa.

Solicitors for all the respondents, except Michelle Lee: Gold & Fuerst, Toronto.

avantages d'un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter ce genre de texte de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d'une telle façon de faire met en évidence l'importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l'État. Par conséquent, lorsqu'une loi n'est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l'intention clairement exprimée par le législateur et éviter d'utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent.

Il est fort possible, lorsque l'affaire retournera à procès, que l'avocat des intimés demande que l'al. 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* soit déclaré inconstitutionnel au motif qu'il porte atteinte à la *Charte*. À ce moment, il sera nécessaire d'examiner la preuve relative à l'identité des titulaires des droits à la liberté d'expression en cause, et de se demander si l'al. 9(1)c) porte atteinte à ces droits et, dans l'affirmative, si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier.

VII. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de déclarer que l'al. 9(1)c) de la *Loi sur la radiocommunication* a pour effet de créer une interdiction prohibant tout décodage de signaux d'abonnement, sous réserve d'une exception, savoir le cas où l'intéressé a obtenu la permission de le faire de la personne légitimement autorisée au Canada à transmettre le signal concerné et à en permettre le décodage. Aucune réponse n'est donnée à l'égard des questions constitutionnelles formulées sur ordonnance du Juge en chef.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Crawford, McKenzie, McLean & Wilford, Orillia et Lang Michener, Ottawa.

Procureurs de tous les intimés, à l'exception de Michelle Lee : Gold & Fuerst, Toronto.

67

68

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

Solicitors for the intervener the Canadian Motion Picture Distributors Association: Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Solicitors for the intervener DIRECTV, Inc.: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas: Ian W. M. Angus, Port Hope.

Solicitors for the intervener the Congres Iberoamerican du Canada: Soloway, Wright, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des distributeurs de films : Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Procureurs de l'intervenante DIRECTV, Inc. : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Canadian Alliance for Freedom of Information and Ideas : Ian W. M. Angus, Port Hope.

Procureurs de l'intervenant le Congres Iberoamericain du Canada : Soloway, Wright, Ottawa.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2002 Vol. 2

4^e cahier, 2002 Vol. 2

Cited as [2002] 2 S.C.R. 601-771

Renvoi [2002] 2 R.C.S. 601-771

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

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

Deputy Registrar / Registrataire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2003.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

CONTENTS

Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.601

Contracts — Breach of contract — Damages — Pre-judgment and post-judgment interest — Availability of compound interest on damages award — Whether trial judge was correct in awarding pre- and post-judgment compound interest — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

Courts — Jurisdiction — Interest — Pre-judgment and post-judgment interest — Interest payable by another right — Breach of contract — Whether trial judge had jurisdiction to award pre- and post-judgment compound interest — Whether language of ss. 128(4)(g) and 129(5) of Courts of Justice Act encompasses right to receive compound interest in equity and at common law — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.695

Insurance — Overlapping policies — Excess coverage — Two policies of insurance covering same risk — Both insurers relying on “other insurance” clauses to avoid primary liability — Whether clauses should be treated as mutually repugnant — Whether insurers should be required to bear loss equally.

First Vancouver Finance v. M.N.R.720

Income tax — Administration and enforcement — Collection — Source deductions — Trust for moneys deducted — Employer failing to remit payroll deductions — Accounts receivable sold to third party — Whether property acquired by tax debtor after statutory deemed trust arises subject to trust — If so, whether sale of trust property to third party releases property from trust — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4), (4.1).

Heredi v. Fensom.....741

Limitation of actions — Statutes — Motor vehicles — Passenger injured while riding on bus suing company and driver in tort and in contract — Whether claims statute-barred — Interpretation of provincial legislation creating a short limitation period for actions seeking the recovery of “damages occasioned by a motor vehicle” — Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).

Actions — Torts — Contracts — Passenger injured while riding on bus suing company and driver in tort and in contract — Examination of distinction in application of limitation periods under provincial Highway Traffic Act between actions framed in contract and actions framed in tort — Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).

R. v. Perciballi.....761

Criminal law — Evidence — Hearsay.

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle601

Contrats — Inexécution — Dommages-intérêts — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Possibilité d'obtenir des intérêts composés sur les dommages-intérêts — Le juge de première instance a-t-il eu raison d'accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

Tribunaux — Compétence — Intérêt — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Intérêt qui a sa source ailleurs — Inexécution — Le juge de première instance avait-il compétence pour accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Le libellé de l'art. 128(4)g) et de l'art. 129(5) de la Loi sur les tribunaux judiciaires englobe-t-il le droit de recevoir des intérêts composés en common law et en equity? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada ltée.....695

Assurance — Chevauchement de polices — Garantie complémentaire — Risque couvert par deux polices — Clauses de « pluralité d'assurances » invoquées par les deux assureurs pour se dégager de toute responsabilité de premier rang — Ces clauses doivent-elles être considérées incompatibles? — Les assureurs doivent-ils partager le montant du sinistre à parts égales?

First Vancouver Finance c. M.R.N.720

Impôt sur le revenu — Administration et exécution — Perception — Retenues à la source — Détention en fiducie des retenues — Défaut de l'employeur de verser les retenues à la source — Comptes débiteurs vendus à un tiers — Les biens acquis par le débiteur après la matérialisation de la fiducie réputée y sont-ils assujettis? — Dans l'affirmative, la vente à un tiers de biens détenus en fiducie a-t-elle pour effet de soustraire ces biens à l'application de la fiducie? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).

Heredi c. Fensom.....741

Prescription — Lois — Véhicules automobiles — Une passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit la société de transport et le conducteur en responsabilité délictuelle et contractuelle — Les actions sont-elles prescrites? — Interprétation de la loi provinciale fixant un délai de prescription court pour les actions en indemnisation de « dommages causés par un véhicule à moteur » — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 88(1).

Actions — Responsabilité délictuelle — Contrats — Une passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit la société de transport et le conducteur en responsabilité délic-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Robicheau.....643

Criminal law — Sexual assault — Trial judge acquitting accused of sexual assault but convicting him of included offence of assault — Court of Appeal erring in setting aside acquittal and ordering new trial — Trial judge's judgment restored.

R.C. v. Quebec (Attorney General);

R. v. Beauchamps762

Criminal law — Appeal re costs — Counsel's fees — Quebec Superior Court judgments ordering Attorney General of province to pay defence counsel's fees and disbursements for trials already underway or to begin shortly — Whether Attorney General can appeal judgments directly to Supreme Court of Canada — Definition of "costs" in s. 676.1 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Stewart v. Canada645

Income tax — Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether "reasonable expectation of profit" test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

Tremblay v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57.....627

Labour relations — Collective agreement — Retroactivity clause — Union's duty of representation — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause violates principle that there can be only one collective agreement by denying employees having resigned from their positions before agreement was signed the benefit of retroactivity — Whether union breached its duty of representation to former employees — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47.2, 67.

Civil rights — Right to equality — Equal salary for equivalent work — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause creates unlawful discrimination against employees having resigned from their positions before agreement was signed — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 19.

Civil rights — Economic and social rights — Fair and reasonable conditions of employment — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Legality of clause contested by employee who resigned from her position before agreement was signed — Whether clause unreasonable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 46.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tuelle et contractuelle — Analyse de la distinction faite dans l'application des délais de prescription d'un code de la route provincial entre les actions délictuelles et contractuelles — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 88(1).

R. c. Perciballi.....761

Droit criminel — Preuve — Ouf-dire.

R. c. Robicheau.....643

Droit criminel — Agression sexuelle — Juge du procès déclarant l'accusé non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait — Cour d'appel ayant commis une erreur en annulant l'acquiescement et en ordonnant un nouveau procès — Jugement du juge du procès rétabli.

R.C. c. Québec (Procureur général);

R. c. Beauchamps762

Droit criminel — Appel quant aux frais — Honoraires des avocats — Jugements de la Cour supérieure du Québec ordonnant au procureur général de la province de payer les honoraires et les débours des avocats de la défense pour des procès déjà en cours ou qui débiteront prochainement — Le procureur général peut-il interjeter appel de ces jugements directement à la Cour suprême du Canada? — Définition du mot « frais » à l'art. 676.1 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Stewart c. Canada645

Impôt sur le revenu — Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57.....627

Relations de travail — Convention collective — Clause de rétroactivité — Obligation de représentation du syndicat — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause viole-t-elle le principe de l'unicité de la convention en excluant du bénéfice de la rétroactivité les salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Le syndicat a-t-il manqué à son obligation de représentation à l'égard des ex-salariés? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47.2, 67.

Libertés publiques — Droit à l'égalité — Égalité de traitement pour un travail équivalent — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause crée-t-elle une discrimination illégale à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Walls v. Canada.....684

Income tax — Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether “reasonable expectation of profit” test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

SOMMAIRE (Fin)

l'égard des salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 19.

Libertés publiques — Droits économiques et sociaux — Conditions de travail justes et raisonnables — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — Légalité de la clause contestée par une salariée qui a quitté son poste avant la signature de la convention — La clause est-elle déraisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 46.

Walls c. Canada.....684

Impôt sur le revenu — Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

Bank of America Canada *Appellant*

v.

Clarica Trust Company *Respondent*

INDEXED AS: BANK OF AMERICA CANADA v. MUTUAL TRUST CO.

Neutral citation: 2002 SCC 43.

File No.: 27898.

2001: December 11; 2002: April 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Breach of contract — Damages — Pre-judgment and post-judgment interest — Availability of compound interest on damages award — Whether trial judge was correct in awarding pre- and post-judgment compound interest — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

Courts — Jurisdiction — Interest — Pre-judgment and post-judgment interest — Interest payable by another right — Breach of contract — Whether trial judge had jurisdiction to award pre- and post-judgment compound interest — Whether language of ss. 128(4)(g) and 129(5) of Courts of Justice Act encompasses right to receive compound interest in equity and at common law — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

In 1987, Reemark Sterling I Ltd., planning to build a residential condominium project, entered into a Takeout Mortgage Commitment ("TOC") agreement with the respondent trust company under which the respondent would pay Reemark most of the price of the units and receive mortgage loan payments from investors at compound interest rates. Reemark and the appellant bank entered into a construction loan agreement under which the appellant would lend Reemark \$33 million at compound interest rates for the project. Reemark, the appellant and the respondent also entered into a TOC assignment under which Reemark assigned its rights to receive payments from the respondent under the TOC to

Banque d'Amérique du Canada *Appelante*

c.

Société de Fiducie Clarica *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BANQUE D'AMÉRIQUE DU CANADA c. SOCIÉTÉ DE FIDUCIE MUTUELLE

Référence neutre : 2002 CSC 43.

N° du greffe : 27898.

2001 : 11 décembre; 2002 : 26 avril.

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

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

Contrats — Inexécution — Dommages-intérêts — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Possibilité d'obtenir des intérêts composés sur les dommages-intérêts — Le juge de première instance a-t-il eu raison d'accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

Tribunaux — Compétence — Intérêt — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Intérêt qui a sa source ailleurs — Inexécution — Le juge de première instance avait-il compétence pour accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Le libellé de l'art. 128(4)(g) et de l'art. 129(5) de la Loi sur les tribunaux judiciaires englobe-t-il le droit de recevoir des intérêts composés en common law et en equity? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

En 1987, Reemark Sterling I Ltd., projetant la construction d'un immeuble en copropriété, a conclu un Engagement de prêt hypothécaire postconstruction (« EPP ») avec la société de fiducie intimée, en vertu duquel l'intimée devait verser à Reemark la quasi-totalité du prix des unités et toucher de la part des investisseurs les versements hypothécaires portant intérêt à un taux composé. Reemark et la banque appelante ont passé une convention de prêt à la construction selon laquelle l'appelante devait prêter à Reemark 33 millions de dollars à un taux d'intérêt composé aux fins du projet. Reemark, l'appelante et l'intimée ont aussi signé un acte de cession de l'EPP par lequel Reemark cédait à l'appelante son droit

the appellant until the construction loan had been repaid. In 1991, with a collapsing real estate market, the respondent refused to advance the funds to the appellant under the TOC assignment or a subsequent agreement between the parties. The appellant appointed a receiver and sold the project for \$22.5 million, substantially less than the appellant was owed under the loan agreement and TOC assignment. In an action against the respondent for breach of contract, the trial judge awarded the appellant damages equal to the shortfall plus interest at the compound rate set out in the loan agreement both before and after the judgment. The Court of Appeal dismissed the appeal except for the question of interest where it substituted an order for simple interest as provided in s. 128 of the *Courts of Justice Act* ("CJA").

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

Although both simple interest and compound interest measure the time value of the initial sum of money, the principal, compound interest reflects the time-value component to interest payments while simple interest does not. Simple interest makes an artificial distinction between money owed as principal and money owed as interest while compound interest treats a dollar as a dollar and is therefore a more precise measure of the value of possessing money for a period of time. Compound interest is the norm in the banking and financial systems and is the standard practice of the appellant and the respondent, which were both in the business of lending.

Contract damages are determined in one of two ways. Expectation damages, focussing on the value which the plaintiff would have received had the contract been performed, and restitution damages, focussing on the advantage gained by the defendant as a result of his or her breach of contract. When awarding damages to the plaintiff, the court must first determine the dollar value of the promise to the plaintiff at the time the obligation was to have been performed and then apply the appropriate interest rate and method of calculation to account for the time during which the plaintiff was not paid. In Ontario, pre-judgment and post-judgment interest are governed by ss. 128 to 130 *CJA*. Sections 128(4)(g), 129(5) and 130 *CJA*, each of which allows the judge to award interest other than as specifically set out in ss. 128 and 129, clearly indicate that the rates and calculation methods of interest provided in ss. 128 and 129 are applicable in the absence of more appropriate rates and methods of

aux sommes que devait lui verser l'intimée en exécution de l'EPP jusqu'au remboursement du prêt à la construction. En 1991, lors de l'effondrement du marché immobilier, l'intimée a refusé d'avancer à l'appelante les fonds prévus dans la cession de l'EPP ou dans une convention subséquente conclue par les parties. L'appelante a mis l'immeuble sous séquestre et l'a vendu pour la somme de 22,5 millions de dollars, bien inférieure au montant qui lui était dû suivant la convention de prêt et la cession de l'EPP. Dans une action intentée contre l'appelante pour inexécution de contrat, le juge de première instance a accordé à l'appelante des dommages-intérêts équivalant à la perte subie plus l'intérêt au taux composé prévu dans la convention de prêt pour les périodes antérieure et postérieure au jugement. La Cour d'appel a rejeté l'appel, sauf en ce qui concerne l'intérêt composé, qu'elle a remplacé par l'intérêt simple prévu à l'art. 128 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (la « *LTJ* »).

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

L'intérêt simple et l'intérêt composé traduisent chacun la valeur temporelle de la somme d'argent initiale, le capital; cependant, contrairement à l'intérêt simple, l'intérêt composé tient compte de la valeur temporelle des versements d'intérêts. L'intérêt simple crée une distinction artificielle entre la somme exigible à titre de capital et celle payable à titre d'intérêt, alors que dans le calcul de l'intérêt composé, chaque dollar est considéré comme un dollar, de sorte que ce type d'intérêt traduit plus précisément la valeur de la possession d'une somme pendant une période donnée. L'intérêt composé est la norme dans les systèmes bancaires et financiers et tant l'appelante que l'intimée, dont les activités consistent à prêter de l'argent, en exigent couramment le paiement.

Il existe deux méthodes pour fixer le montant des dommages-intérêts contractuels : l'indemnisation de la perte du profit escompté, calculée en fonction de la valeur que le demandeur aurait reçue si le contrat avait été exécuté, et la restitution de l'avantage obtenu, calculée en fonction de l'avantage que le défendeur tire de l'inexécution du contrat. Pour accorder des dommages-intérêts au demandeur, la cour doit tout d'abord déterminer la valeur financière de la promesse faite au demandeur au moment où l'obligation aurait dû être exécutée, puis appliquer le taux d'intérêt et le mode de calcul appropriés pour tenir compte de la période pendant laquelle le demandeur a été privé de son dû. En Ontario, les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement sont régis par les art. 128 à 130 *LTJ*. Il ressort clairement de l'al. 128(4)(g), du par. 129(5) et de l'art. 130 *LTJ*, qui permettent tous au tribunal d'accorder d'autres intérêts que ceux expressément prévus aux art. 128 et 129, que les taux et les méthodes de calcul

calculation. Section 130 allows a court, where it considers it just, to vary the interest rate or the time for which interest may be awarded, while ss. 128(4)(g) and 129(5) allow a court to award interest where interest is "payable by a right other than under this section". The court's common law power to award damages flows from the application of contract law. The language of ss. 128(4)(g) and 129(5) provides statutory authority to award compound pre- and post-judgment interest according to this common law power. It also provides statutory authority to award compound post-judgment interest according to the court's jurisdiction in equity. Absent exceptional circumstances, the interest rate which had governed a loan prior to breach would be the appropriate rate to govern the post-breach loan. The application of simple interest on the breach of a loan which itself bore compound interest would not adequately award the plaintiff the value he or she would have received had the contract been performed and would provide incentives to breach contracts. This analysis applies equally to pre-judgment interest and post-judgment interest.

In this case, the trial judge was correct in awarding compound pre- and post-judgment interest. His award yields a satisfactory result with respect to both expectation damages and restitution damages. Any lesser amount would fail to award the appellant the agreed-upon time-value of its money. Moreover, this is not a case of efficient breach. An award of compound interest will prevent the respondent from profiting by its breach at the expense of the appellant.

Cases Cited

Referred to: *Hungerfords v. Walker* (1989), 171 C.L.R. 125; *Haack v. Martin*, [1927] S.C.R. 413; *Costello v. Calgary (City)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 453; *Rowan v. Toronto R.W. Co.* (1918), 43 O.L.R. 164; *Brock v. Cole* (1983), 142 D.L.R. (3d) 461; *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 59 D.L.R. (4th) 533; *Confederation Life Insurance Co. v. Shepherd* (1996), 88 O.A.C. 398; *Oceanic Exploration Co. v. Denison Mines Ltd.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), May 8, 1998; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*, [1996] 2 All E.R. 961; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*,

prescrits par ces articles s'appliquent en l'absence de taux et de méthodes de calcul plus appropriés. L'article 130 permet au tribunal, s'il l'estime juste, de modifier le taux d'intérêt ou la période pour laquelle l'intérêt est accordé, alors que l'al. 128(4)g) et le par. 129(5) lui permettent d'accorder des intérêts lorsque le droit aux intérêts « a sa source ailleurs que dans le présent article ». Le pouvoir que la common law confère au tribunal d'accorder des dommages-intérêts découle de l'application du droit des contrats. Le libellé de l'al. 128(4)g) et du par. 129(5) lui confèrent le pouvoir légal d'accorder des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé conformément à ce pouvoir de common law. Il leur confère aussi le pouvoir légal d'accorder des intérêts postérieurs au jugement à taux composé dans l'exercice de leur compétence en equity. Sauf circonstances exceptionnelles, le taux d'intérêt applicable à l'emprunt avant l'inexécution devrait s'appliquer également après celle-ci. En accordant l'intérêt simple pour l'inexécution d'un contrat de prêt stipulant lui-même un intérêt composé, le tribunal n'octroierait pas au demandeur un dédommagement convenable équivalant à ce qu'il aurait touché si le contrat avait été dûment exécuté et encouragerait les parties à se soustraire à leurs obligations contractuelles. Ces principes valent aussi bien pour les intérêts antérieurs au jugement que pour les intérêts postérieurs au jugement.

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison d'accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé. Son jugement donne un résultat satisfaisant en ce qui concerne tant l'indemnisation de la perte du profit escompté que la restitution de l'avantage obtenu du fait de l'inexécution. Toute somme inférieure versée à l'appelante ne tiendrait pas compte de la valeur temporelle de l'argent dont les parties étaient convenues. De plus, on ne peut parler en l'espèce d'inexécution rentable. L'octroi d'intérêts composés empêchera l'intimée de tirer avantage de son inexécution aux dépens de l'appelante.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hungerfords c. Walker* (1989), 171 C.L.R. 125; *Haack c. Martin*, [1927] R.C.S. 413; *Costello c. Calgary (City)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 453; *Rowan c. Toronto R.W. Co.* (1918), 43 O.L.R. 164; *Brock c. Cole* (1983), 142 D.L.R. (3d) 461; *Claiborne Industries Ltd. c. National Bank of Canada* (1989), 59 D.L.R. (4th) 533; *Confederation Life Insurance Co. c. Shepherd* (1996), 88 O.A.C. 398; *Oceanic Exploration Co. c. Denison Mines Ltd.*, C. Ont. (Div. gén.), 8 mai 1998; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Islington London Borough Council*, [1996] 2 All E.R. 961; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final*

[2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Act for the further amendment of the Law, and the better advancement of Justice, 7 Wm. 4, c. 3 (U.C.).

Act to amend the Common Law Procedure Act of Upper Canada, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 42.

Administration of Justice Act, 1884, S.O. 1884, ch. 10.

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128 to 130.

Judicature Act, R.S.O. 1887, c. 44, s. 88.

Authors Cited

Sorter, George H., Monroe J. Ingberman, and Hillel M. Maximon. *Financial Accounting: An Events and Cash Flow Approach*. New York: McGraw-Hill, 1990.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 1, 130 O.A.C. 149, 30 R.P.R. (3d) 167, [2000] O.J. No. 704 (QL), affirming in part a decision from the Ontario Court (General Division) (1998), 18 R.P.R. (3d) 213, [1998] O.J. No. 1525 (QL). Appeal allowed.

Frank J. C. Newbould, Q.C., Benjamin T. Glustein, and Aaron A. Blumenfeld, for the appellant.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

Whether a court has jurisdiction to award compound interest on an award for damages has been the subject of debate. That question, renewed in this appeal, is: can the court order the payment of compound pre- and post-judgment interest? The

Note Ltd., [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.

Lois et règlements cités

Act for the further amendment of the Law, and the better advancement of Justice, 7 Wm. 4, ch. 3 (H.-C.).

Acte pour amender l'acte concernant la procédure du droit commun du Haut Canada, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., ch. 42.

Administration of Justice Act, 1884, S.O. 1884, ch. 10.

Judicature Act, R.S.O. 1887, ch. 44, art. 88.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128 à 130.

Doctrine citée

Sorter, George H., Monroe J. Ingberman, and Hillel M. Maximon. *Financial Accounting: An Events and Cash Flow Approach*. New York: McGraw-Hill, 1990.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 184 D.L.R. (4th) 1, 130 O.A.C. 149, 30 R.P.R. (3d) 167, [2000] O.J. No. 704 (QL), confirmant en partie une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 18 R.P.R. (3d) 213, [1998] O.J. No. 1525 (QL). Pourvoi accueilli.

Frank J. C. Newbould, c.r., Benjamin T. Glustein et Aaron A. Blumenfeld, pour l'appelante.

Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

La question de savoir si une cour de justice a compétence pour accorder l'intérêt à taux composé sur les dommages-intérêts est controversée. Elle se pose à nouveau dans le cadre du présent pourvoi, dans les termes suivants : la cour peut-elle ordonner

trial judge in the Ontario Court (General Division) said yes but was reversed by the Ontario Court of Appeal.

Sections 128 and 129 of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 (“CJA”), prescribe interest rates and methods of calculation before and after judgment and also permit a court to award other rates and methods of calculation in accordance with those sections.

Is the appellant entitled, on a breach of contract claim, to compound interest both before and after judgment? I conclude that it is and, as a result, the appeal is allowed.

II. Facts

In 1987, Reemark Sterling I Ltd. (“Reemark”) planned to build a 300-unit residential condominium project in Scarborough, Ontario. Reemark intended to sell the units to investors. On November 12, 1987, Reemark entered into an agreement with the respondent, Mutual Trust Company (now Clarica Trust Company), under which the respondent trust company agreed to provide mortgage financing to investors to allow them to purchase the units from Reemark. This agreement was the Takeout Mortgage Commitment (the “TOC”). Under this arrangement, the respondent trust company would be entitled to interest on the loans compounded semi-annually. The aggregate amount available under the TOC was \$36.5 million.

Reemark would not receive funds pursuant to the TOC until units had been sold and the mortgages were arranged. In the meantime, Reemark needed money to start construction of the project. On December 1, 1988, Reemark and the appellant bank entered into a construction loan agreement (the “Loan Agreement”) under which the appellant bank agreed to provide Reemark with a construction loan of \$33 million for the project. The Loan Agreement

le paiement d'intérêts composés antérieurs et postérieurs au jugement? Le juge de première instance de la Cour de l'Ontario (Division générale) a répondu par l'affirmative, mais la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision.

Les articles 128 et 129 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.S.O. 1990, ch. C.43 (la « *LTJ* »), prescrivent les taux et les méthodes de calcul des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement. Ils autorisent également le tribunal à utiliser d'autres taux et méthodes de calcul conformément à leurs dispositions.

L'appelante, qui invoque l'inexécution d'un contrat, a-t-elle droit à des intérêts composés antérieurs et postérieurs au jugement? J'estime qu'elle y a droit et, par conséquent, l'appel est accueilli.

II. Les faits

En 1987, Reemark Sterling I Ltd. (« Reemark ») projetait la construction à Scarborough, en Ontario, d'un immeuble en copropriété comprenant 300 unités résidentielles qu'elle comptait vendre à des investisseurs. Le 12 novembre 1987, Reemark a conclu, avec la Société de fiducie Mutuelle intimée (maintenant la Société de fiducie Clarica), une convention suivant laquelle la société de fiducie intimée s'engageait à consentir aux investisseurs le financement hypothécaire nécessaire pour acheter les unités de Reemark. Cette convention prenait la forme d'un Engagement de prêt hypothécaire post-construction (l'« *EPP* »). Selon les stipulations de l'engagement, l'intérêt payable à la société de fiducie intimée sur les prêts hypothécaires était composé semestriellement. Le montant global du financement offert dans l'engagement s'élevait à 36,5 millions de dollars.

Reemark ne devait toucher les fonds qu'une fois les unités vendues et les hypothèques constituées. Dans l'intervalle, elle avait besoin de fonds pour entreprendre la construction de l'immeuble. Le 1^{er} décembre 1988, la banque appelante et Reemark ont passé une convention de prêt à la construction (la « *Convention de prêt* »), dans laquelle la banque acceptait de consentir un prêt de 33 millions de dollars à Reemark. Selon la Convention de prêt,

2

3

4

5

required Reemark to repay the loan with interest equal to the appellant bank's prime lending rate plus one percent compounded monthly.

l'emprunt que Reemark devait rembourser portait intérêt au taux préférentiel de la banque appelante majoré de un pour cent et composé mensuellement.

6 On December 16, 1988, the appellant bank, Reemark and the respondent trust company executed an Assignment of Takeout Financing Commitment ("TOC Assignment") by which the respondent trust company would pay the proceeds of the TOC to the appellant bank rather than Reemark until the construction loan was repaid.

Le 16 décembre 1988, la banque appelante, Reemark et la société de fiducie intimée ont signé un acte de cession de l'EPP (la « cession de l'EPP ») par lequel la société de fiducie intimée convenait de verser le produit de l'EPP à la banque appelante plutôt qu'à Reemark, jusqu'au remboursement du prêt à la construction.

7 On July 31, 1991, against the background of the collapsing real estate market of the early 1990s, the respondent trust company refused to advance funds under the TOC and declared that it would do so only if additional conditions were met. Following negotiations, the respondent trust company, the appellant bank and Reemark executed a further agreement on December 18, 1991, called the Amended Takeout Mortgage Commitment ("ATOC"). It provided a renegotiated basis upon which the respondent was to advance the long-term mortgage financing to the appellant. The respondent again refused to advance funds to the appellant. The appellant appointed a receiver of the project and sold the building for \$22.5 million, which left a significant shortfall of principal and accrued compound interest.

Le 31 juillet 1991, dans le contexte de l'effondrement du marché immobilier du début des années quatre-vingt-dix, la société de fiducie intimée a refusé d'avancer les fonds prévus par l'EPP et a déclaré qu'elle ne les verserait qu'une fois de nouvelles conditions remplies. Le 18 décembre 1991, à l'issue de négociations, la société de fiducie intimée, la banque appelante et Reemark ont signé une nouvelle convention, l'Engagement de prêt hypothécaire postconstruction modifié (l'« EPPM »). L'EPPM stipulait les nouvelles conditions auxquelles la société de fiducie intimée devait verser à l'appelante le produit du financement hypothécaire à long terme. L'intimée a de nouveau refusé d'avancer des fonds à l'appelante. Après avoir nommé un séquestre à l'égard de l'immeuble, l'appelante l'a vendu au prix de 22,5 millions de dollars, somme bien inférieure au capital et aux intérêts composés courus.

8 The appellant brought an action against the respondents for breach of contract. At trial, Farley J. found that the respondent had breached the TOC, the TOC Assignment, and the ATOC. He awarded damages to the appellant with compound interest at the rate specified in the Loan Agreement as referenced in the TOC Assignment both before and after the judgment. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal except for the question of interest where it substituted an order for simple interest as provided in s. 128 CJA. The difference between compound and simple interest on the damages awarded is approximately \$5 million or more.

L'appelante a poursuivi l'intimée pour inexécution de contrat. En première instance, le juge Farley a conclu que l'intimée avait manqué aux obligations que lui imposaient l'EPP, la cession de l'EPP et l'EPPM. Il a accordé à l'appelante des dommages-intérêts avec intérêt composé pour les périodes antérieure et postérieure au jugement au taux prévu dans la Convention de prêt intégrée par renvoi à la cession de l'EPP. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement, sauf en ce qui concerne l'intérêt composé, qu'elle a remplacé par l'intérêt simple prévu à l'art. 128 LTJ. La différence entre l'intérêt composé et l'intérêt simple sur les dommages-intérêts accordés s'élève à environ 5 millions de dollars, voire davantage.

III. Relevant Statutory Provisions

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43

128.—(1) A person who is entitled to an order for the payment of money is entitled to claim and have included in the order an award of interest thereon at the prejudgment interest rate, calculated from the date the cause of action arose to the date of the order.

. . .

(4) Interest shall not be awarded under subsection (1),

. . .

(b) on interest accruing under this section;

. . .

(g) where interest is payable by a right other than under this section.

129.—(1) Money owing under an order, including costs to be assessed or costs fixed by the court, bears interest at the postjudgment interest rate, calculated from the date of the order.

. . .

(5) Interest shall not be awarded under this section where interest is payable by a right other than under this section.

130.—(1) The court may, where it considers it just to do so, in respect of the whole or any part of the amount on which interest is payable under section 128 or 129,

(a) disallow interest under either section;

(b) allow interest at a rate higher or lower than that provided in either section;

(c) allow interest for a period other than that provided in either section.

(2) For the purpose of subsection (1), the court shall take into account,

III. Dispositions législatives applicables

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43

128 (1) La personne qui a droit à une ordonnance de paiement d'une somme d'argent a le droit de demander que l'ordonnance lui accorde des intérêts sur cette somme, calculés au taux d'intérêt antérieur au jugement, depuis la date à laquelle la cause d'action a pris naissance jusqu'à la date de l'ordonnance.

. . .

(4) Il n'est pas accordé d'intérêts aux termes du paragraphe (1) :

. . .

b) sur les intérêts accumulés aux termes du présent article;

. . .

g) si le droit aux intérêts a sa source ailleurs que dans le présent article.

129 (1) La somme d'argent due aux termes d'une ordonnance, y compris les dépens devant être liquidés ou ceux fixés par le tribunal, porte intérêt au taux d'intérêt postérieur au jugement, à compter de la date de l'ordonnance.

. . .

(5) Il ne doit pas être accordé d'intérêts aux termes du présent article si un droit aux intérêts existe en vertu d'un autre article.

130 (1) Le tribunal peut, à l'égard de la totalité ou d'une partie de la somme qui porte intérêt aux termes de l'article 128 ou 129, s'il l'estime juste :

a) refuser les intérêts prévus à l'un ou l'autre article;

b) accorder des intérêts à un taux supérieur ou inférieur à celui qui est prévu à l'un ou l'autre article;

c) accorder des intérêts pour une période différente de celle qui est prévue à l'un ou l'autre article.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le tribunal tient compte :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) changes in market interest rates; (b) the circumstances of the case; (c) the fact that an advance payment was made; (d) the circumstances of medical disclosure by the plaintiff; (e) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding; (f) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding; and (g) any other relevant consideration. | <ul style="list-style-type: none"> a) de la fluctuation des taux d'intérêt du marché; b) des circonstances de l'espèce; c) du fait qu'un paiement anticipé a été effectué; d) des faits relatifs à la divulgation de renseignements médicaux par le demandeur; e) du montant demandé et du montant recouvré dans le cadre de l'instance; f) du comportement de l'une ou l'autre partie, qui aurait eu pour effet d'abrégé ou de prolonger indûment la durée de l'instance; g) de tout autre facteur pertinent. |
|---|---|

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 18 R.P.R. (3d) 213

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 18 R.P.R. (3d) 213

10

The trial judge found the respondent in breach of contract for a number of reasons, namely it breached its takeout financing commitment and acted in bad faith on its agreement by refusing to fund the TOC in 1991 and the ATOC in 1992; by causing unreasonable delay in replacing its counsel; by sending out invalid requisitions when it knew or ought to have known that they were invalid and only used for "negotiating purposes"; and, finally, "by taking a position at the end of February 1992 that it was relieved of its obligations to provide takeout financing as of March 1, 1992".

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu inexécution de contrat de la part de l'intimée pour plusieurs raisons : elle avait manqué à ses obligations de financement hypothécaire post-construction et avait agi de mauvaise foi en refusant d'avancer les fonds prévus par l'EPP en 1991 et par l'EPPM en 1992, en retenant les services de nouveaux avocats et en causant ainsi un retard déraisonnable, en présentant des réquisitions qu'elle savait ou aurait dû savoir injustifiées et formulées uniquement à des [TRADUCTION] « fins de négociation » et, enfin, [TRADUCTION] « en prétendant, à la fin du mois de février 1992, être déchargée de l'obligation d'assurer le financement hypothécaire postconstruction à partir du 1^{er} mars 1992 ».

11

The trial judge held that under the TOC, the appellant would have received \$36.5 million less \$400,000 legal fees and disbursements and less a \$182,500 commitment fee payable on closing of the individual mortgages for a net amount of \$35,917,500. The appellant received proceeds from the sale of the building. Subtracting this amount from amounts owing on the construction loan, at the end of May 1993, meant that \$11,045,200.79 of principal and \$4,473,665.01 of interest (as per the Loan Agreement, calculated at the BAC prime rate plus one percent per annum compounded monthly) remained outstanding for a total of \$15,518,865.80. From this amount, the trial judge deducted \$600,000

Le juge de première instance a statué que, suivant l'EPP, l'appelante aurait touché 36,5 millions de dollars, représentant un montant net de 35 917 500 \$ déduction faite d'un montant de 400 000 \$ au titre des honoraires d'avocat et des débours et d'une commission d'engagement de 182 500 \$ payable à la clôture des hypothèques individuelles. L'appelante a touché le produit de la vente de l'immeuble. Si l'on soustrait ce produit des sommes dues en application de la Convention de prêt à la fin du mois de mai 1993, un capital de 11 045 200,79 \$ et des intérêts de 4 473 665,01 \$ (calculés au taux préférentiel de la banque appelante majoré de un pour cent par année et composés

representing the higher than expected vacancy rate for a total of \$14,918,865.80 owed by the respondent to the appellant as of June 1, 1993. The trial judge adjusted this figure by adding monthly compounded interest at the BAC prime rate plus one percent per annum compounded monthly, the rate provided for in the Loan Agreement.

In deciding the appropriate measure of pre-judgment and post-judgment interest, the trial judge agreed with the appellant that it should be awarded the interest rate provided for in the Loan Agreement because, although it only intended to be an interim lender, the breach by the respondent resulted in the appellant becoming a long term lender which resulted in the appellant missing other investment opportunities as the money due to it was not paid and not available for other loans. The appellant also submitted that awarding simple interest would result in a windfall for the respondent as it would lend the money it owed to the appellant to customers at its usual compound interest rates.

The respondent opposed the award of compound interest for three reasons. First, the appellant's statement of claim did not plead compound interest. Second, the appellant did not miss investment opportunities for lack of funds because it could have obtained funds from its parent corporation or other lenders. Finally, the interest rate in the Loan Agreement should not apply to the respondent as it was not a party to the contract.

The trial judge rejected these arguments. He confirmed that the statement of claim could be amended at any stage of the proceeding and that the respondent was not prejudiced in this case by the appellant raising the issue of compound interest at trial as the respondent was fully aware of the issue. He decided that financial institutions could not borrow money without cost and that the respondent was not a stranger to the Loan Agreement but was, in effect,

mensuellement, conformément à la Convention de prêt) demeureraient impayés, soit un solde de 15 518 865,80 \$ au total. De cette somme, le juge de première instance a déduit 600 000 \$ pour tenir compte du taux d'inoccupation plus élevé que prévu, de sorte que l'intimée devait à l'appelante la somme de 14 918 865,80 \$ le 1^{er} juin 1993. Il a rajusté ce montant en y ajoutant l'intérêt composé mensuellement au taux préférentiel de la banque appelante majoré de un pour cent par année, soit le taux stipulé dans la Convention de prêt.

Pour déterminer le juste montant des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement, le juge de première instance a convenu que l'appelante devait obtenir le taux d'intérêt prévu dans la Convention de prêt. Bien que l'appelante n'ait voulu fournir qu'un prêt-relais, l'inexécution de l'intimée avait transformé ce prêt en prêt à long terme, de sorte qu'elle n'avait pu saisir d'autres occasions de placement, n'ayant pas reçu les sommes qui lui étaient dues et ne pouvant les utiliser pour consentir d'autres prêts. L'appelante a également soutenu que le paiement de l'intérêt simple serait indûment avantageux pour l'intimée, celle-ci pouvant, dans l'intervalle, prêter les sommes impayées à ses taux d'intérêt composés habituels.

L'intimée s'est opposée au paiement de l'intérêt composé pour trois motifs. Premièrement, l'appelante n'avait pas formulé de demande en ce sens dans sa déclaration. Deuxièmement, le non-paiement des sommes en cause ne l'a pas empêchée de saisir des occasions de placement, car elle aurait pu obtenir des fonds de sa société mère ou d'autres prêteurs. Enfin, le taux d'intérêt fixé dans la Convention de prêt ne devait pas s'appliquer à l'intimée, puisqu'elle n'était pas partie à ce contrat.

Le juge de première instance a écarté ces arguments. Il a confirmé que la déclaration pouvait être modifiée à toute étape de l'instance et que l'appelante, en soulevant à l'audience la question de l'intérêt composé, n'avait causé aucun préjudice à l'intimée, celle-ci étant parfaitement au courant de la question. Selon lui, une institution financière ne pouvait emprunter des fonds sans engager de frais et l'intimée n'était pas étrangère à la Convention de

12

13

14

to step into the place of the appellant, as lender to Reemark.

prêt, mais devait en fait se substituer à l'appelante comme bailleur de fonds de Reemark.

15 Farley J. considered ss. 128 and 129 *CJA*, but relied on s. 130 to exercise his discretion in varying the award of interest. The trial judge referred to Mason C.J. and Wilson J. in *Hungerfords v. Walker* (1989), 171 C.L.R. 125 (Aust. H.C.), at pp. 145-46 and at pp. 149-50, and concluded that this case involved a breach of financing with the attendant deprivation to the plaintiff from receiving the funds on a timely basis in accordance with the contract and the reciprocal benefit to the defendant in retaining and investing funds it should have paid. This led him to conclude that there should be a compounding provision for the pre- and post-judgment interest particularly when, as here, the plaintiff and the defendants are financial institutions whose business is lending money regularly at compound rates.

Après avoir examiné les art. 128 et 129 *LTJ*, le juge Farley a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'art. 130 de recourir à une autre méthode de calcul. Il a cité le juge en chef Mason et le juge Wilson dans *Hungerfords c. Walker* (1989), 171 C.L.R. 125 (H.C. Austr.), p. 145-146 et 149-150, puis il a conclu qu'il s'agissait en l'espèce de l'inexécution d'un contrat de financement qui avait empêché la demanderesse de toucher des fonds au moment prévu conformément au contrat et permis par la même occasion à la défenderesse de conserver et de placer les sommes qu'elle aurait dû verser. Il est donc arrivé à la conclusion que les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement devaient être composés, d'autant plus que la demanderesse et les défenderesses étaient, comme en l'espèce, des institutions financières dont les activités consistent à prêter régulièrement de l'argent à des taux d'intérêt composés.

16 It is part of the record that each of the relevant agreements, the Loan Agreement, the TOC and the TOC Assignment, involved compound interest. The respondent agreed that was so but claimed that compound interest ceased upon its breach of the contract.

Le dossier révèle que le taux d'intérêt stipulé dans chacune des conventions en cause, soit la Convention de prêt, l'EPP et la cession de l'EPP, était composé. L'intimée en a convenu, mais elle a opposé que l'intérêt composé avait cessé d'être exigible dès l'inexécution du contrat.

17 In summary, the trial judge determined that in 1987, Reemark began plans to build the condominium project. On November 12, 1987, Reemark and the respondent trust company entered into the TOC under which the respondent would pay Reemark most of the price of a unit and receive mortgage loan payments from investors at compound interest rates. On December 1, 1988, Reemark and the appellant bank entered into the Loan Agreement under which the appellant loaned Reemark \$33 million at compound interest rates. On December 16, 1988, Reemark, the appellant and the respondent entered into the TOC Assignment under which Reemark assigned its rights to receive payments from the respondent under the TOC to the appellant until the construction loan had been repaid. Upon learning that the respondent would not perform its obligations pursuant to the TOC Assignment or

En résumé, le juge de première instance a déterminé que, en 1987, Reemark avait commencé à établir des plans en vue de la construction de l'immeuble en copropriété. Le 12 novembre 1987, Reemark et la société de fiducie intimée avaient conclu l'EPP suivant lequel l'intimée devait verser à Reemark la quasi-totalité du prix d'une unité et toucher de la part des investisseurs les versements hypothécaires portant intérêt à un taux composé. Le 1^{er} décembre 1988, Reemark et la banque appelante ont conclu la Convention de prêt par laquelle l'appelante prêtait à Reemark 33 millions de dollars à un taux d'intérêt composé. Le 16 décembre 1988, Reemark, l'appelante et l'intimée ont conclu la cession de l'EPP, Reemark cédant à l'appelante son droit aux sommes que devait lui verser l'intimée en exécution de l'EPP, jusqu'au remboursement du prêt à la construction. Ayant appris que l'intimée

a subsequent agreement between the parties, the appellant appointed a receiver of the project and sold the project for \$22.5 million, substantially less than the appellant was owed under the Loan Agreement and TOC Assignment. The trial judge awarded the appellant damages equal to the shortfall plus interest at the compound rate set out in the Loan Agreement.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 184 D.L.R. (4th) 1

The Ontario Court of Appeal affirmed the trial judgment other than the award of compound interest. Goudge J.A. stated that the court cannot presume that simply because the appellant was engaged in the lending business that it lost profits equal to the interest rate it was entitled to under the Loan Agreement. He concluded that lost profits must be proved.

As well, Goudge J.A. held that the discretion granted to the court under s. 130 *CJA* to vary an interest award from what is prescribed under ss. 128 and 129 does not include the authority to award compound interest. He found that the court's jurisdiction to award compound interest stems from the court's general equitable jurisdiction. If the principles of equity warrant an award of compound interest, it is, in the language of ss. 128(4)(g) and 129(5), "payable by a right other than under this section". As a result, this being in his view a simple breach of contract, equitable principles did not warrant damages at compound interest rates.

V. Issue

Did the trial judge have the jurisdiction to award compound pre-judgment and post-judgment interest and, if so, was he correct in doing so?

ne s'acquitterait pas des obligations contractées dans la cession de l'EPP ou dans une convention subséquente conclue par les parties, l'appelante a mis l'immeuble sous séquestre et l'a vendu pour la somme de 22,5 millions de dollars, bien inférieure au montant qui lui était dû suivant la Convention de prêt et la cession de l'EPP. Le juge de première instance a accordé à l'appelante des dommages-intérêts équivalant à la perte subie plus l'intérêt au taux composé prévu dans la Convention de prêt.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 184 D.L.R. (4th) 1

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement de première instance, sauf en ce qui a trait à l'intérêt composé. Le juge Goudge a dit que la cour ne pouvait présumer que l'appelante, du seul fait que son activité consistait à consentir des prêts, avait subi une perte de profits équivalant au taux d'intérêt auquel elle avait droit suivant la Convention de prêt. Selon lui, l'appelante devait prouver sa perte de profits.

De même, le juge Goudge a statué que l'art. 130 *LTJ*, qui confère à la cour le pouvoir discrétionnaire d'accorder des intérêts différents de ceux prescrits aux art. 128 et 129, ne permettait pas d'ordonner le paiement d'intérêts composés. À son avis, le pouvoir d'accorder des intérêts composés découle de la compétence générale de la cour en equity. Si les principes de l'equity justifient le versement d'intérêts composés, le droit à ces intérêts, suivant l'al. 128(4)g) et le par. 129(5), « a sa source ailleurs que dans le présent article » ou « existe en vertu d'un autre article ». Or, selon lui, il s'agissait en l'espèce d'une simple inexécution de contrat, de sorte que les principes de l'equity ne justifiaient pas que les dommages-intérêts accordés portent intérêt à un taux composé.

V. La question en litige

Le juge de première instance avait-il compétence pour accorder des intérêts composés pour les périodes antérieure et postérieure au jugement et, dans l'affirmative, a-t-il eu raison de le faire?

18

19

20

VI. AnalysisA. *Jurisdiction*(1) The Time-Value of Money

21 The value of money decreases with the passage of time. A dollar today is worth more than the same dollar tomorrow. Three factors account for the depreciation of the value of money: (i) opportunity cost (ii) risk, and (iii) inflation.

22 The first factor, opportunity cost, reflects the uses of the dollar which are foregone while waiting for it. The value of the dollar is reduced because the opportunity to use it is absent. The second factor, risk, reflects the uncertainty inherent in delaying possession. Possession of a dollar today is certain but the expectation of the same dollar in the future involves uncertainty. Perhaps the future dollar will never be paid. The third factor, inflation, reflects the fluctuation in price levels. With inflation, a dollar will not buy as much goods or services tomorrow as it does today (G. H. Sorter, M. J. Ingberman and H. M. Maximon, *Financial Accounting: An Events and Cash Flow Approach* (1990), at p. 14). The time-value of money is common knowledge and is one of the cornerstones of all banking and financial systems.

23 Simple interest and compound interest each measure the time value of the initial sum of money, the principal. The difference is that compound interest reflects the time-value component to interest payments while simple interest does not. Interest owed today but paid in the future will have decreased in value in the interim just as the dollar example described in paras. 21-22. Compound interest compensates a lender for the decrease in value of all money which is due but as yet unpaid because unpaid interest is treated as unpaid principal.

24 Simple interest makes an artificial distinction between money owed as principal and money owed as interest. Compound interest treats a dollar as a dollar and is therefore a more precise measure of

VI. AnalyseA. *Compétence*(1) La valeur temporelle de l'argent

La valeur de l'argent diminue avec le temps. Un dollar vaut davantage aujourd'hui que demain. La dépréciation de l'argent est imputable à trois facteurs : (i) le coût de renonciation, (ii) le risque et (iii) l'inflation.

Le premier facteur, le coût de renonciation, correspond aux occasions manquées d'utiliser la somme dont on attend le versement. La valeur de la somme diminue à cause de l'impossibilité de l'utiliser. Le deuxième facteur, le risque, traduit l'incertitude inhérente au report de la possession de la somme. La possession d'une somme aujourd'hui est certaine, mais son versement ultérieur ne l'est pas. La somme dont on prévoit le versement ultérieur pourrait ne jamais être touchée. Le troisième facteur, l'inflation, reflète la fluctuation des prix. À cause de l'inflation, un dollar permet d'acheter plus de biens ou de services aujourd'hui que demain (G. H. Sorter, M. J. Ingberman et H. M. Maximon, *Financial Accounting : An Events and Cash Flow Approach* (1990), p. 14). La valeur temporelle de l'argent est un fait notoire et constitue l'une des pierres angulaires de tous les systèmes bancaires et financiers.

L'intérêt simple et l'intérêt composé traduisent chacun la valeur temporelle de la somme d'argent initiale, le capital. La différence entre les deux réside dans le fait que, contrairement à l'intérêt simple, l'intérêt composé tient compte de la valeur temporelle des versements d'intérêts. Comme dans l'exemple du dollar cité aux par. 21 et 22, l'intérêt exigible aujourd'hui, mais payé plus tard, voit sa valeur diminuer dans l'intervalle. L'intérêt composé indemnise le prêteur de la dépréciation de tout l'argent qui lui est dû et qui demeure impayé, l'intérêt en souffrance étant assimilé au capital dû.

L'intérêt simple crée une distinction artificielle entre la somme exigible à titre de capital et celle payable à titre d'intérêt. Dans le calcul de l'intérêt composé, chaque dollar est considéré comme un

the value of possessing money for a period of time. Compound interest is the norm in the banking and financial systems in Canada and the western world and is the standard practice of both the appellant and respondent.

(2) Contract Damages

Contract damages are determined in one of two ways. Expectation damages, the usual measure of contract damages, focus on the value which the plaintiff would have received if the contract had been performed. Restitution damages, which are infrequently employed, focus on the advantage gained by the defendant as a result of his or her breach of contract.

(a) *Expectation Damages*

Generally, courts employ expectation damages where, if breach is proved, the plaintiff will be entitled to the value of the promised performance (S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3rd ed. 1997), at p. 267).

See *Haack v. Martin*, [1927] S.C.R. 413, per Rinfret J., at p. 416:

The case is governed by the general rule applicable to all breaches of contract, and laid down as follows by Parke B. in *Robinson v. Harman* (1848) [1 Ex. 850, at p. 855].

The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.

Since the value of money decreases with the passage of time, an award, at trial, to a plaintiff of the dollar amount he or she expected to receive had the contract been performed on time would not put the plaintiff in the same position as if the contract had been performed. The party would receive less than his or her expectation damages because of the

dollar; ce type d'intérêt traduit donc plus précisément la valeur de la possession d'une somme pendant une période donnée. L'intérêt composé est la norme dans les systèmes bancaires et financiers au Canada et dans le monde occidental, et tant l'appelante que l'intimée en exigent couramment le paiement.

(2) Dommages-intérêts contractuels

Il existe deux méthodes pour fixer le montant des dommages-intérêts contractuels. La première, ordinairement utilisée, est l'indemnisation de la perte du profit escompté, calculée en fonction de la valeur que le demandeur aurait reçue si le contrat avait été exécuté. La deuxième, utilisée plus rarement, est la restitution de l'avantage obtenu, calculée en fonction de l'avantage que le défendeur tire de l'inexécution du contrat.

(a) *L'indemnisation de la perte du profit escompté*

En général, les tribunaux fixent le montant des dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté lorsque la preuve de l'inexécution donne au demandeur le droit de recevoir la valeur de l'exécution promise (S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3^e éd. 1997), p. 267).

Dans l'arrêt *Haack c. Martin*, [1927] R.C.S. 413, le juge Rinfret dit ceci, à la p. 416 :

[TRADUCTION] La règle générale applicable à toute inexécution de contrat, énoncée comme suit par le baron Parke dans *Robinson c. Harman*, (1848) [1 Ex. 850, p. 855], s'applique en l'espèce :

Suivant la common law, lorsqu'une partie subit une perte par suite de l'inexécution d'un contrat, les dommages-intérêts doivent, dans la mesure où une indemnité financière le permet, la placer dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté.

Comme la valeur de l'argent diminue avec le temps, l'octroi au demandeur, lors du procès, de la somme qu'il s'attendait à toucher si le contrat avait été exécuté au moment prévu ne le place pas dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Le demandeur obtient une somme inférieure à la perte du profit escompté, en raison

25

26

27

28

(i) opportunity cost, (ii) risk and (iii) inflation. The plaintiff would fail to receive the benefit of the bargain.

(i) du coût de renonciation, (ii) du risque et (iii) de l'inflation. Il est privé de l'avantage que devait lui conférer le marché.

29 To award the plaintiff damages equal to the value of the contract as if it had been performed on time, the court must first determine the dollar value of the promise to the plaintiff at the time the obligation was to have been performed, and then apply the appropriate interest rate and method of calculation to account for the time during which the plaintiff was not paid what was rightfully due.

Pour accorder au demandeur des dommages-intérêts équivalant à la valeur qu'aurait eue le contrat s'il avait été exécuté dans le délai prévu, la cour doit tout d'abord déterminer la valeur financière de la promesse faite au demandeur au moment où l'obligation aurait dû être exécutée, puis appliquer le taux d'intérêt et le mode de calcul appropriés pour tenir compte de la période pendant laquelle le demandeur a été privé de son dû.

(b) *Restitution Damages*

(b) *La restitution de l'avantage obtenu du fait de l'inexécution*

30 The other side of the coin is to examine the effect of the breach on the defendant. In contract, restitution damages can be invoked when a defendant has, as a result of his or her own breach, profited in excess of his or her expected profit had the contract been performed but the plaintiff's loss is less than the defendant's gain. So the plaintiff can be fully paid his damages with a surplus left in the hands of the defendant. This occurs with what has been described as an efficient breach of contract. In some but not all cases, the defendant may be required to pay such profits to the plaintiff as restitution damages (Waddams, *supra*, at p. 474).

L'autre façon de considérer la question est d'examiner l'effet de l'inexécution sur le défendeur. En matière contractuelle, il peut y avoir restitution lorsque le défendeur a réalisé, du fait de sa propre inexécution, un gain supérieur à celui qu'il pouvait escompter si le contrat avait été exécuté, et que la perte du demandeur est inférieure au gain du défendeur. Ainsi, le défendeur peut réaliser un gain même après avoir indemnisé pleinement le demandeur de son préjudice. L'inexécution contractuelle est alors qualifiée de rentable. Dans certains cas seulement, le tribunal peut ordonner au défendeur de restituer ce profit au demandeur (Waddams, *op. cit.*, p. 474).

31 Courts generally avoid this measure of damages so as not to discourage efficient breach (i.e., where the plaintiff is fully compensated and the defendant is better off than if he or she had performed the contract) (Waddams, *supra*, at p. 473). Efficient breach is what economists describe as a Pareto optimal outcome where one party may be better off but no one is worse off, or expressed differently, nobody loses. Efficient breach should not be discouraged by the courts. This lack of disapproval emphasizes that a court will usually award money damages for breach of contract equal to the value of the bargain to the plaintiff.

Les tribunaux évitent généralement de recourir à cette méthode de calcul des dommages-intérêts afin de ne pas décourager l'inexécution rentable (c.-à-d. lorsque le demandeur est entièrement dédommagé et que la situation du défendeur est plus avantageuse que s'il avait respecté le contrat) (Waddams, *op. cit.*, p. 473). L'inexécution rentable correspond à ce que les économistes décrivent comme l'optimum de Pareto : une partie peut être avantagée sans qu'aucune autre ne soit désavantagée; en d'autres termes, personne n'y perd. Les tribunaux ne devraient pas décourager l'inexécution rentable. Cette absence de désapprobation rappelle que les dommages-intérêts pour inexécution contractuelle accordés par les tribunaux équivalent habituellement à la valeur du marché pour le demandeur.

However, where a sum of money is required to be paid as of a certain date, the benefit to the defendant of the money during the interval between when the money is owed and when the money is paid is, all other things being equal, exactly the same as the detriment to the plaintiff of not having that money during the same interval. This is not a Pareto optimal outcome, but, rather, a zero-sum outcome. The defendant's gain is the plaintiff's loss, the value of which, but for the defendant's breach, would have belonged to the plaintiff.

To prevent defendants from exploiting the time-value of money to their advantage, by delaying payment of damages so as to capitalize on the time-value of money in the interim, courts must be able to award damages which include an interest component that returns the value acquired by a defendant between breach and payment to the plaintiff.

(3) Judgment Interest in Canada

The history of interest at law was identified in *Costello v. Calgary (City)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 453 (Alta. C.A.), by Picard J.A., at pp. 492-94:

The history of interest at law is long and miserly. Traditionally, pre-judgment interest generally was denied because it was thought usurious and the case against compound interest was considered particularly strong because of the (supposed) difficulty of calculation: M.A. Waldron, *The Law of Interest in Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992) at pp. 1-10, 142. In time, at least the former rationale was abandoned and the harshness of the law's position was recognized. The legislative response, however, initially was limited. Section 28 of the *Civil Procedure Act, 1833* (U.K.), 3 & 4 Will. 4, c. 42 (better known as Lord Tenterden's Act), merely provided for the availability of interest upon "Debts or Sums certain". . . .

Of course, that is not to say that non-statutory, pre-judgment interest was entirely foreign to the common law. Exceptions have always existed. Most obviously, interest has long been granted when provided for by

Cependant, toutes choses étant égales par ailleurs, lorsqu'une somme doit être payée à une date déterminée, l'avantage que le défendeur tire de la possession de cette somme entre le moment de son exigibilité et celui de son paiement correspond exactement au préjudice que subit le demandeur du fait qu'il est privé de cette somme pendant le même intervalle. Ce résultat ne peut être assimilé à l'optimum de Pareto. Il s'agit plutôt d'une situation gagnant-perdant. Le gain du défendeur correspond à la perte du demandeur, dont la valeur, n'eût été l'inexécution du défendeur, aurait échu au demandeur.

Afin d'éviter qu'un défendeur n'exploite à son avantage la valeur temporelle de l'argent en différant le paiement des dommages-intérêts et en capitalisant la valeur temporelle de cette somme dans l'intervalle, les tribunaux doivent pouvoir inclure, dans les dommages-intérêts accordés, des intérêts qui permettent au demandeur de récupérer la valeur acquise par le défendeur entre l'inexécution et le paiement des dommages-intérêts.

(3) L'intérêt sur les jugements au Canada

Dans *Costello c. Calgary (City)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 453 (C.A. Alb.), le juge Picard a tracé l'historique de l'intérêt en common law (aux p. 492-493) :

[TRADUCTION] Il a fallu attendre longtemps pour que soit reconnu, parcimonieusement, le droit aux intérêts en common law. Traditionnellement, les tribunaux refusaient d'accorder de façon générale les intérêts antérieurs au jugement parce qu'ils les estimaient usuraires, et les arguments en défaveur des intérêts composés leur paraissaient particulièrement convaincants à cause des (prétendues) difficultés de calcul : M.A. Waldron, *The Law of Interest in Canada* (Scarborough, Ont. : Carswell, 1992), p. 1 à 10 et 142. Avec le temps, on a abandonné à tout le moins le premier motif de refus et admis la sévérité de la common law. Les mesures législatives prises en conséquence avaient toutefois une portée limitée, à l'origine. L'article 28 de la *Civil Procedure Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 Will. 4, ch. 42 (mesure législative attribuée à lord Tenterden) ne permettait d'ordonner le paiement des intérêts que sur les créances ou sommes déterminées . . .

Cela ne signifie évidemment pas que la common law ignorait totalement les intérêts antérieurs au jugement non prévus par une disposition législative. Il y a toujours eu des exceptions. De toute évidence, des intérêts sont

32

33

34

agreement of the parties or when implied by usage of trade: *Page v. Newman* (1829), 9 B. & C. 378, 109 E.R. 140.

35

Judgment interest in Canada has had statutory authorization since 1837 with the passage of *An Act for the further amendment of the Law, and the better advancement of Justice*, 7 Wm. 4, c. 3 (U.C.). See *Rowan v. Toronto R.W. Co.* (1918), 43 O.L.R. 164 (C.A.), at p. 173. The first statute which provided for interest on judgments for debt or sum certain in Upper Canada was the *Act to amend the Common Law Procedure Act of Upper Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., c. 42. *The Administration of Justice Act, 1884*, S.O. 1884, c. 10, provided for post-judgment interest in certain cases in tort and the first provision generally allowing post-judgment interest appeared in *The Judicature Act*, R.S.O. 1887, c. 44 s. 88. Today in Ontario, each of pre-judgment and post-judgment interest is governed by ss. 128 to 130 *CJA*.

(4) Interest as Compensation

36

In *The Law of Interest in Canada* (1992), at pp. 127-28, M. A. Waldron explained that the initial theory underpinning an award of judgment interest was that the defendant's conduct was such that he or she deserved additional punishment. The modern theory is that judgment interest is more appropriately used to compensate rather than punish. At pp. 127-28, she wrote:

Compensation is one of the chief aims of the law of damages, but a plaintiff who is successful in his action and is awarded a sum for damages assessed perhaps years before but now payable in less valuable dollars finds it quite obvious that he has been shortchanged. Equally obviously, payment of interest on his damage award from some relevant date is one way of redressing this problem.

The overwhelming opinion today of Law Reform Commissions and the academic community is that

depuis longtemps accordés lorsque les parties l'ont prévu dans leur contrat ou que tel est l'usage du commerce : *Page c. Newman* (1829), 9 B. & C. 378, 109 E.R. 140.

Au Canada, les intérêts sur le montant d'un jugement peuvent être accordés depuis l'adoption, en 1837, de la loi intitulée *An Act for the further amendment of the Law, and the better advancement of Justice*, 7 Wm. 4, ch. 3 (H.-C.). Voir *Rowan c. Toronto R.W. Co.* (1918), 43 O.L.R. 164 (C.A.), p. 173. La première loi prévoyant l'octroi par jugement des intérêts sur le montant d'une créance ou d'une somme certaine au Haut-Canada est la loi intitulée *Acte pour amender l'acte concernant la procédure du droit commun du Haut Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., ch. 42. La loi intitulée *The Administration of Justice Act, 1884*, S.O. 1884, ch. 10, prévoyait le versement des intérêts postérieurs au jugement dans certaines affaires de responsabilité délictuelle. La loi intitulée *The Judicature Act*, R.S.O. 1887, ch. 44, art. 88, a été la première loi à renfermer une disposition autorisant les intérêts postérieurs au jugement de façon générale. De nos jours, en Ontario, les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement sont régis par les art. 128 à 130 *LTI*.

(4) Les intérêts compensatoires

Dans son ouvrage intitulé *The Law of Interest in Canada* (1992), p. 127-128, M. A. Waldron explique que la théorie justifiant l'octroi des intérêts sur le montant du jugement était, initialement, que le comportement du défendeur était tel qu'une sanction supplémentaire s'imposait. De nos jours, les intérêts sur le montant d'un jugement jouent, à plus juste titre, un rôle compensatoire plutôt que punitif. Voici ce qu'elle écrit aux p. 127-128 :

[TRADUCTION] L'indemnisation est l'un des principaux objectifs du droit en matière de dommages-intérêts. Or le demandeur qui a gain de cause et qui obtient à titre de dommages-intérêts une somme établie il y a peut-être plusieurs années, payable aujourd'hui en dollars dépréciés, est convaincu de se faire rouler. Il est en outre évident que l'un des moyens de remédier à cette situation consiste à ordonner le paiement des intérêts sur le montant des dommages-intérêts accordés à partir d'une date pertinente donnée.

De nos jours, l'opinion largement prédominante parmi les commissions de réforme du droit et les théoriciens est

interest on a claim prior to judgment is properly part of the compensatory process. [Citations omitted.]

After acknowledging that historically compound interest was not available at common law, Waddams, *supra*, at p. 437, concludes that an award of compound interest should be available to courts so as to allow them to award full compensation to a plaintiff.

[T]here seems in principle no reason why compound interest should not be awarded. Had prompt recompense been made at the date of the wrong the plaintiff would have had a capital sum to invest; the plaintiff would have received interest on it at regular intervals and would have invested those sums also. By the same token the defendant will have had the benefit of compound interest.

Although not historically available, compound interest is well suited to compensate a plaintiff for the interval between when damages initially arise and when they are finally paid.

(5) Sections 128 to 130 of the Courts of Justice Act

Sections 128 to 130 *CJA* entitle a person with an award for damages to interest on the damages for the period between the date that the cause of action arose and the judgment (“pre-judgment interest”) as well as for the period between the judgment and the time when payment is made in full (“post-judgment interest”). The legislation recognizes the unfairness of awarding a plaintiff damages, at trial, in the amount to which he or she was entitled as of the date that the cause of action arose, and no more for the period in between which is frequently years. Sections 128 and 129 *CJA*, therefore, contain interest rates and methods of calculation to serve for pre-judgment and post-judgment interest, respectively, in those cases for which there is no evidence of a more appropriate interest rate and/or method of calculation.

Sections 128(4)(g), 129(5) and 130 *CJA*, each of which allows the judge to award interest other than as specifically set out in ss. 128 and 129, clearly

que les intérêts antérieurs au jugement font à bon droit partie du processus d’indemnisation. [Citations omises.]

Après avoir reconnu que, historiquement, la common law ne permettait pas d’octroyer des intérêts composés, Waddams, *op. cit.*, conclut, à la p. 437, que les tribunaux devraient pouvoir ordonner le versement d’intérêts composés pour assurer l’indemnisation complète du demandeur.

[TRADUCTION] [A]ucun principe ne paraît justifier qu’un tribunal ne puisse accorder des intérêts composés. S’il avait été indemnisé le jour où il a subi le préjudice, le demandeur aurait disposé d’un capital à placer; il aurait périodiquement touché de l’intérêt sur ce capital, qu’il aurait également placé. Le défendeur a quant à lui bénéficié des intérêts composés.

Malgré l’impossibilité historique d’octroyer des intérêts composés, il s’agit d’un bon moyen d’indemniser le demandeur du délai écoulé entre le moment où le droit aux dommages-intérêts a pris naissance et le moment où ils sont enfin payés.

(5) Les articles 128 à 130 de la Loi sur les tribunaux judiciaires

Suivant les art. 128 à 130 *LTJ*, la personne qui se voit octroyer une somme à titre de dommages-intérêts a le droit de toucher les intérêts sur cette somme entre le moment où la cause d’action prend naissance et celui où le jugement est rendu (les « intérêts antérieurs au jugement »), de même que pour la période comprise entre la date du jugement et celle du paiement intégral de la somme accordée (les « intérêts postérieurs au jugement »). La loi reconnaît qu’il est injuste que le demandeur obtienne au procès des dommages-intérêts équivalant à ce qu’il aurait dû toucher le jour où la cause d’action a pris naissance, mais n’obtienne rien de plus pour le temps écoulé depuis, qui représente souvent plusieurs années. Les articles 128 et 129 *LTJ* prescrivent donc des taux d’intérêt et des méthodes de calcul applicables respectivement aux intérêts antérieurs au jugement et aux intérêts postérieurs au jugement, en l’absence de preuve de l’opportunité de recourir à autre méthode de calcul ou à un taux d’intérêt différent.

Il ressort clairement de l’al. 128(4)(g), du par. 129(5) et de l’art. 130 *LTJ*, qui permettent tous au tribunal d’accorder d’autres intérêts que ceux

37

38

39

40

indicate that the rates and calculation methods of interest provided in ss. 128 and 129 are applicable in the absence of more appropriate rates and methods of calculation. Section 130 allows a court, where it considers it just, to vary the interest rate or the time for which interest may be awarded. Sections 128(4)(g) and 129(5) allow a court to award pre-judgment and post-judgment interest, respectively, where interest is payable by another right.

(6) Interest Payable by Another Right

41

Equity has been recognized as one right by which interest may be awarded other than as specifically stated in ss. 128 and 129 *CJA*, including an award of compound interest. (See *Brock v. Cole* (1983), 142 D.L.R. (3d) 461 (Ont. C.A.); *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 59 D.L.R. (4th) 533 (Ont. C.A.); *Confederation Life Insurance Co. v. Shepherd* (1996), 88 O.A.C. 398 (C.A.); *Oceanic Exploration Co. v. Denison Mines Ltd.*, Ont. Ct. (Gen. Div.), May 8, 1998.) It is of some interest that in *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 85, approving *Brock, supra*, Iacobucci J. emphasized that in equity the awarding of compound interest is a discretionary matter. Simple breach of contract does not require moral sanction and is usually governed by common law, not equity.

42

In this case, the Court of Appeal recognized that the court has the jurisdiction to award compound interest under the court's general equitable jurisdiction and that an award of compound interest grounded in equity is, in the language of ss. 128(4)(g) and 129(5) "payable by a right other than under this section". The Court of Appeal found that equity did not apply and therefore the court had no jurisdiction to award compound interest. Implicit in their holding was that the only "right other than under this section" was the right to receive compound interest in equity. This is not so, as a common law right of interest can be an "other right".

expressément prévus aux art. 128 et 129, que les taux et les méthodes de calcul prescrits par ces articles s'appliquent en l'absence de taux et de méthodes de calcul plus appropriés. L'article 130 permet au tribunal, s'il l'estime juste, de modifier le taux d'intérêt ou la période pour laquelle l'intérêt est accordé. L'alinéa 128(4)g lui permet d'accorder des intérêts antérieurs au jugement, et le par. 129(5) des intérêts postérieurs au jugement, lorsque le droit aux intérêts a sa source ailleurs que dans ces dispositions.

(6) Le droit aux intérêts qui a sa source ailleurs

Les tribunaux ont reconnu que l'equity pouvait conférer un autre droit aux intérêts, y compris à l'intérêt composé, que celui expressément prévu aux art. 128 et 129 *LTJ*. (Voir *Brock c. Cole* (1983), 142 D.L.R. (3d) 461 (C.A. Ont.); *Claiborne Industries Ltd. c. National Bank of Canada* (1989), 59 D.L.R. (4th) 533 (C.A. Ont.); *Confederation Life Insurance Co. c. Shepherd* (1996), 88 O.A.C. 398 (C.A.); *Oceanic Exploration Co. c. Denison Mines Ltd.*, C. Ont. (Div. gén.), 8 mai 1998.) Il convient de signaler que dans *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 85, où notre Cour approuve *Brock*, précité, le juge Iacobucci insiste sur le fait que, selon l'equity, l'attribution d'intérêts composés est discrétionnaire. La simple inexécution de contrat n'exige pas de réprobation morale et elle ressortit habituellement à la common law, et non à l'equity.

En l'espèce, la Cour d'appel a reconnu que le tribunal pouvait accorder de l'intérêt composé dans l'exercice de sa compétence générale en equity et que, pour reprendre le libellé de l'al. 128(4)g) et du par. 129(5), le droit à l'intérêt composé fondé sur l'equity « a sa source ailleurs que dans le présent article » ou « existe en vertu d'un autre article ». Elle a conclu que l'equity ne s'appliquait pas et que le tribunal n'avait donc pas le pouvoir d'accorder de l'intérêt composé. Cette conclusion signifiait implicitement que le seul droit aux intérêts qui « a sa source ailleurs » est le droit à l'intérêt composé conféré par l'equity. Or tel n'est pas le cas, car un droit aux intérêts conféré par la common law peut constituer un droit aux intérêts qui « a sa source ailleurs ».

The common law right in contract law to be awarded expectation damages is another such other right. As noted in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*, [1996] 2 All E.R. 961 (H.L.), at p. 969, the power to award compound interest was not traditionally available at common law, although it is now. This is so because, as our jurisprudence demonstrates, the common law has been able to grow and adapt to changing conditions. In *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 42, this Court outlined the following conditions where the rules of common law may be changed if necessary:

- (1) to keep the common law in step with the evolution of society,
- (2) to clarify a legal principle, or
- (3) to resolve an inconsistency.

It warned that the changes should be incremental, and their consequences capable of assessment.

Compound interest is no longer commonly thought to be, in the language quoted in *Costello*, *supra*, at pp. 492-93, usurious or to involve prohibitively complex calculations. Compound interest is now commonplace. Mortgages are calculated using compound interest, as are most other loans, including such worthy endeavours as student loans. The growth of a company or a country's gross domestic product over a period of years is often stated in terms of an annually compounded rate. The bank rate, which garners much attention as an indicator of the health and direction of the economy, is a compound interest rate. It is for reasons such as these that the common law now incorporates the economic reality of compound interest. The restrictions of the past should not be used today to separate the legal system from the world at large.

If the court was unable to award compound interest on the breach of a loan which itself bore

Le droit contractuel à l'indemnisation de la perte du profit escompté, reconnu en common law, constitue également une autre source du droit aux intérêts. Dans *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Islington London Borough Council*, [1996] 2 All E.R. 961 (H.L.), p. 969, la cour a signalé que, par le passé, la common law ne permettait pas aux tribunaux d'accorder des intérêts composés, mais qu'elle les y autorise désormais. Comme le montre la jurisprudence de notre Cour, il en est ainsi parce que la common law a pu évoluer et s'adapter à la société. Dans *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 42, notre Cour a statué que la common law pouvait être modifiée au besoin :

- (1) pour lui permettre de suivre l'évolution de la société,
- (2) pour préciser un principe de droit ou
- (3) pour éliminer une contradiction.

Notre Cour a précisé que la modification devait être graduelle et que ses conséquences devaient pouvoir être évaluées.

Pour reprendre la terminologie employée dans *Costello*, précité, p. 492-493, on ne considère généralement plus que l'intérêt composé est usuraire et exige des calculs trop complexes. Il est désormais courant. Il s'applique aux prêts hypothécaires, comme à la plupart des autres prêts, y compris aux initiatives aussi méritoires que les prêts étudiants. La croissance d'une entreprise ou du produit intérieur brut d'un pays pendant un certain nombre d'années est souvent exprimée sous forme de taux composé annuellement. Le taux bancaire, que bon nombre de gens voient comme un indicateur de la santé et de l'orientation de l'économie, est un taux d'intérêt composé. C'est pour de telles raisons que la common law s'est adaptée à la réalité économique et permet de nos jours l'octroi d'intérêts composés. Les restrictions du passé ne devraient pas servir aujourd'hui à isoler le système juridique du reste du monde.

Si un tribunal ne pouvait accorder de l'intérêt composé pour l'inexécution d'un contrat de prêt

compound interest, it would be unable to adequately award the plaintiff the value he or she would have received had the contract been performed. To keep the common law current with the evolution of society and to resolve the inconsistency between awarding expectation damages and the courts' past unwillingness to award compound interest, that unwillingness should be discarded in cases requiring that remedy for the plaintiff to realize the benefit of his or her contract.

stipulant lui-même un intérêt composé, il ne pourrait octroyer au demandeur un dédommagement convenable équivalant à ce qu'il aurait touché si le contrat avait été dûment exécuté. Afin que la common law suive l'évolution de la société et que disparaisse la discordance entre l'indemnisation de la perte du profit escompté et la réticence antérieure des tribunaux à accorder de l'intérêt composé, cette réticence doit céder le pas lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour accorder au demandeur l'avantage que le contrat devait lui conférer.

46

A contrary rule would lead to inequity and provide incentives to breach contracts. If courts were restricted to simple interest in assessing damages for breach of contract, an apparent abuse could occur in the following way. Money lent at compound interest would accrue compound interest until there was a breach of contract by the borrower. The lender would then sue and only be entitled to simple interest on the judgment. This would encourage borrowers not to repay loans. Contract law is not the enemy of parties to an agreement but, rather, their servant. It should not frustrate their mutually agreed intentions but, instead, absent overriding policy concerns, should permit those parties to obtain the benefit of their intended agreement.

Toute démarche contraire serait source d'injustice et encouragerait les parties à se soustraire à leurs obligations contractuelles. Si les tribunaux devaient s'en tenir à l'intérêt simple lorsqu'ils fixent le montant des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, il pourrait en résulter un abus manifeste. En effet, l'argent prêté à un taux d'intérêt composé porterait intérêt à ce taux jusqu'à l'inexécution du contrat par l'emprunteur. Le prêteur intenterait ensuite une action et n'aurait droit qu'à l'intérêt simple sur le montant du jugement. L'emprunteur serait encouragé à ne pas rembourser son emprunt. Le droit contractuel existe non pas pour contrecarrer la volonté des parties à une convention, mais pour servir leurs intérêts. Il ne doit pas faire échec à leur intention commune, mais permettre aux parties, en l'absence de considérations de principe supérieures, d'obtenir l'avantage que devait leur conférer l'entente intervenue.

47

I find support for these conclusions in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145. In *Hadley* the Court of Exchequer was confronted with the issue of the proper measure of damages for a breach of contract. In that case, the plaintiffs, who owned a flour mill in Gloucester, sent a broken shaft, without which the mill was inoperable, to the Gloucester office of the defendants, who were common carriers. The shaft was to be taken to Greenwich to serve as a model to make a new one. The plaintiffs sued the defendants for failing to deliver the shaft to Greenwich within a reasonable time. Plaintiffs sought profits which were lost because the mill was inoperable. At p. 151,

Je m'appuie à cet égard sur la décision *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, où la Cour de l'Échiquier était appelée à déterminer le montant qu'il convenait d'accorder à titre de dommages-intérêts par suite de l'inexécution d'un contrat. Dans cette affaire, les propriétaires d'une minoterie de Gloucester avaient fait parvenir au bureau de Gloucester des défendeurs, qui étaient des transporteurs publics, un arbre brisé sans lequel la minoterie ne pouvait fonctionner. L'arbre devait être acheminé à Greenwich afin d'y servir de modèle pour la fabrication d'un nouvel arbre. Les demandeurs ont poursuivi les défendeurs pour omission d'acheminer la pièce à Greenwich dans

Alderson B. explained the general rule of contract damages:

“There are certain established rules,” this Court says, in *Alder v. Keighley* (15 M. & W. 117), “according to which the jury ought to find.” And the Court, in that case, adds: “and here there is a clear rule, that the amount which would have been received if the contract had been kept, is the measure of damages if the contract is broken.”

Now we think the proper rule in such a case as the present is this: — Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.

The court held that the unreasonable delay of delivery of the shaft to the engineer would not necessarily lead to the cessation of operations of the mill. The plaintiffs might have had a substitute shaft which could have been used in the interim. The court found for the defendants, holding that the stoppage of milling did not naturally arise from the delay in delivery nor was this result and the concomitant cost to the plaintiff in the contemplation of both parties at the time they made the contract.

With respect to the failure to repay the loan in this appeal when due, it cannot be said that the cost of such delay was not in the contemplation of both parties at the time they made the contract, particularly as both parties were in the business of lending. A loan agreement with a specified interest rate is an agreement between parties on the cost of borrowing money over a period of time. Absent exceptional circumstances, the interest rate which had governed the loan prior to breach would be the

un délai raisonnable. Ils ont demandé un dédommagement pour le manque à gagner occasionné par le fait que la minoterie ne pouvait être exploitée. À la p. 151, le baron Alderson explique la règle générale régissant l’octroi de dommages-intérêts en matière contractuelle :

[TRADUCTION] Dans *Alder c. Keighley* (15 M. & W. 117), la cour a dit « que le jury doit appliquer certaines règles établies pour se prononcer ». Elle a ajouté : « et en l’espèce, une règle claire veut que le montant des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle soit établi en fonction du montant qui aurait été touché si le contrat avait été exécuté ».

Nous pensons que la règle qu’il convient d’appliquer dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis est la suivante. Lorsque deux parties ont conclu un contrat et que l’une d’elles manque à ses obligations, les dommages-intérêts que l’autre partie devrait recevoir pour l’inexécution du contrat correspondent à ceux que l’on peut justement et raisonnablement considérer soit comme ceux découlant naturellement, c.-à-d. selon le cours normal des choses, de l’inexécution du contrat, soit comme ceux que les parties pouvaient raisonnablement envisager, lors de la conclusion du contrat, comme conséquence probable de son inexécution.

La cour a conclu qu’il n’était pas certain que le retard déraisonnable dans l’acheminement de la pièce au technicien entraînerait l’interruption des activités de la minoterie. Les demandeurs auraient pu disposer d’une pièce de remplacement et l’utiliser dans l’intervalle. La cour a tranché en faveur des défendeurs, estimant que l’interruption des activités de la minoterie n’avait pas résulté naturellement du retard d’acheminement et que, lors de la conclusion du contrat, les parties n’avaient envisagé ni ce résultat ni le coût concomitant pour les demandeurs.

Pour ce qui est de l’omission, en l’espèce, de rembourser l’emprunt à l’échéance, on ne saurait dire que les parties n’ont pas envisagé le coût de ce retard lors de la conclusion de la Convention, d’autant plus qu’elles évoluaient toutes deux dans le secteur du crédit. Une convention de prêt stipulant un taux d’intérêt précis constitue un accord entre les parties sur le coût de l’emprunt d’une somme pendant une période donnée. Sauf circonstances exceptionnelles, le taux d’intérêt applicable à l’emprunt

appropriate rate to govern the post-breach loan. The application of a lower interest rate would be unjust to the lender.

50 This analysis applies equally to pre-judgment interest and post-judgment interest. Pre-judgment interest is necessary to compensate a plaintiff for the period from when the money was initially owed until the date of the judgment. Contract law principles may require such interest to be compounded so as to award the plaintiff the benefit of the bargain. Damage awards, however, are not necessarily paid at the date judgment is rendered. Contract law entitles the plaintiff to the full value of the benefit of the bargain at the time payment is finally made. Where the parties have earlier agreed on a compound rate of interest, or there are circumstances warranting it, it seems fair that a court have the power to award compound post-judgment interest as damages to enable the plaintiff to be fully compensated when the award is finally paid.

51 Additionally, it would be illogical and unfair to the plaintiff to change to a simple rate of interest charged upon the judgment at the post-judgment phase. This would delay but not eliminate the period when the defendant gains a benefit that belongs to the plaintiff by not paying compound interest. It would encourage the defendant to delay paying the judgment award. As noted above, equity is another jurisdiction under which compound interest may be ordered in accordance with s. 129(5) *CJA*. In light of the illogical and inequitable result that would be occasioned by refusing to extend an award of compound interest to the post-judgment phase, in addition to common law remedies, it may be appropriate to extend that award on equitable grounds where it has been already determined that compound interest was part of the damages for breach in the pre-judgment phase.

52 The court's common law power to award damages flows from the application of contract law. In addition, ss. 128(4)(g) and 129(5) *CJA*, pro-

avant l'inexécution devrait s'appliquer également après celle-ci. La réduction de ce taux serait injuste envers le prêteur.

Ces principes valent aussi bien pour les intérêts antérieurs au jugement que pour les intérêts postérieurs au jugement. Les intérêts antérieurs au jugement indemnisent le demandeur pour la période comprise entre la date d'échéance initiale et celle du jugement. Le droit des contrats peut exiger que ces intérêts soit composés afin que le demandeur obtienne l'avantage que devait lui conférer le marché. Toutefois, les dommages-intérêts accordés ne sont pas nécessairement versés le jour où le jugement est rendu. Suivant le droit des contrats, le demandeur a droit, lorsque la somme lui est enfin versée, à la pleine valeur de l'avantage prévu. Lorsque les parties ont déjà convenu d'un taux d'intérêt composé ou que les circonstances le justifient, il paraît équitable que le tribunal ait le pouvoir d'accorder des intérêts composés postérieurs au jugement, à titre de dommages-intérêts, afin que le demandeur soit entièrement dédommagé le jour où il touchera enfin la somme qui lui est due.

De plus, il serait illogique et injuste pour le demandeur que la somme accordée ne porte plus intérêt qu'à un taux simple après le jugement. Cela ne ferait que reporter, sans la supprimer, la période pendant laquelle le défendeur, en ne payant pas d'intérêts composés, bénéficierait d'un avantage qui devrait échoir au demandeur. Le défendeur serait encouragé à différer le paiement du montant du jugement. Je le rappelle, pour l'application du par. 129(5) *LTJ*, l'équité constitue une autre source du pouvoir d'accorder de l'intérêt composé. Étant donné qu'il serait injuste et illogique de refuser d'accorder également l'intérêt composé pour la période postérieure au jugement, en sus des réparations prévues par la common law, le tribunal pourrait exercer à bon droit sa compétence en equity pour l'accorder lorsqu'il a déjà été déterminé que les dommages-intérêts pour inexécution contractuelle incluent l'intérêt composé pour la période antérieure au jugement.

Le pouvoir que la common law confère au tribunal d'accorder des dommages-intérêts découle de l'application du droit des contrats. De plus,

vide statutory authority to award compound pre-judgment and post-judgment interest according to this common law power. The court also has an equitable power to award compound interest, as has traditionally been done in cases of, *inter alia*, wrongful retention of funds and s. 129(5) *CJA* provides statutory authority to award compound post-judgment interest according to this equitable power.

B. Was the Court Below Correct to Award Compound Interest?

At trial, Farley J. found that the respondent had breached the TOC and the TOC Assignment. Under the TOC Assignment, the parties agreed that the respondent would pay to the appellant money owed under the TOC by the respondent to Reemark until the construction loan from the appellant to Reemark had been repaid. The Loan Agreement was incorporated by reference in the TOC Assignment, including the compound interest rate.

The respondent submitted that the appellant had not pleaded damages at compound interest, this was raised at the trial where the trial judge determined that there was no prejudice to the respondent by raising that issue as the appellant at the time had the ability if requested by the respondent to call evidence on the question of what the interest component of the damages should be. The manner in which a trial should proceed is properly left to the discretion of the trial judge, and, absent prejudice or error, an appellate court should not lightly interfere.

An award of compound pre- and post-judgment interest will generally be limited to breach of contract cases where there is evidence that the parties agreed, knew, or should have known, that the money which is the subject of the dispute would bear compound interest as damages. It may be awarded as consequential damages in other cases

l'al. 128(4)g) et le par. 129(5) *LTJ* lui confèrent le pouvoir légal d'accorder des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé conformément à ce pouvoir de common law. Les tribunaux peuvent également exercer le pouvoir que leur confère l'equity d'attribuer de l'intérêt composé comme ils le font habituellement dans les affaires, notamment, de rétention fautive de fonds, et c'est le par. 129(5) *LTJ* qui leur confère le pouvoir légal d'accorder des intérêts postérieurs au jugement à taux composé dans l'exercice de cette compétence en equity.

B. Le tribunal de première instance a-t-il eu raison d'accorder l'intérêt composé?

En première instance, le juge Farley a conclu à l'inexécution de l'EPP et de la cession de l'EPP par l'intimée. Dans la cession de l'EPP, les parties ont convenu que l'intimée verserait à l'appelante les sommes que l'intimée devait verser à Reemark en application de l'EPP, jusqu'au remboursement du prêt à la construction consenti par l'appelante à Reemark. La Convention de prêt, y compris le taux d'intérêt composé, a été incorporée par renvoi à la cession de l'EPP.

L'intimée a fait valoir que l'appelante n'avait pas allégué son droit à l'intérêt composé sur les dommages-intérêts. Cette question a été soulevée à l'instruction, où le juge de première instance a conclu que l'intimé n'avait subi aucun préjudice de ce fait puisque, si l'intimée l'exigeait, l'appelante pouvait alors présenter des éléments de preuve relativement à la question de savoir quels devraient être les intérêts intégrés aux dommages-intérêts. La façon de procéder à cet égard à l'instruction relève à juste titre du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et, sauf préjudice ou erreur, la cour d'appel ne doit pas intervenir à la légère.

Règle générale, le tribunal n'accordera des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé que dans les affaires d'inexécution contractuelle où il est prouvé que les parties ont convenu, savaient ou auraient dû savoir que la somme faisant l'objet du litige porterait intérêt à un taux composé à titre de dommages-intérêts. Dans les

53

54

55

but there would be the usual requirement of proving that damage component.

autres affaires, des intérêts composés peuvent être accordés à titre de dommages-intérêts indirects, mais il faut alors satisfaire à l'exigence habituelle de prouver cet élément du préjudice.

56 The award by the trial judge considered both the expectation and restitution aspects of damages.

Les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance tenaient compte à la fois de l'indemnisation de la perte du profit escompté et de la restitution de l'avantage obtenu du fait de l'inexécution.

(1) Expectation Damages

(1) L'indemnisation de la perte du profit escompté

57 From the date of the TOC Assignment until the repayment of the construction loan, the funds to be paid by the respondent accrued interest at the interest rate set forth in the Loan Agreement which was the appellant's prime lending rate plus one percent compounded monthly. This was included by reference in the TOC Assignment. This was the cost of that loan.

Entre la date de la cession de l'EPP et le remboursement du prêt à la construction, les sommes payables par l'intimée portaient intérêt au taux prévu dans la Convention de prêt, c'est-à-dire au taux préférentiel de la banque appelante majoré de un pour cent et composé mensuellement. Ces modalités étaient intégrées par renvoi à la cession de l'EPP. Il s'agissait du coût de l'emprunt.

58 The respondent breached the TOC Assignment by failing to repay the construction loan. This breach caused the outstanding balance of the loan to increase at the compound interest rate specified in the Loan Agreement. Had that loan been paid in accordance with the TOC Assignment, the appellant would have received the initial principal amount of the loan plus interest at the appellant's prime lending rate plus one percent over the entire period from the date interest first accrued until the date of payment in full compounded monthly. Any lesser amount would fail to award the appellant the agreed-upon time-value of its money.

L'intimée a manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de la cession de l'EPP en omettant de rembourser le prêt à la construction. Cette inexécution a eu pour effet d'augmenter le solde impayé du prêt au taux composé stipulé dans la Convention de prêt. Si cet emprunt avait été remboursé conformément à la cession de l'EPP, l'appelante aurait touché le capital initial plus l'intérêt composé mensuellement au taux préférentiel de l'appelante majoré de un pour cent, pour toute la période comprise entre la date à laquelle les intérêts ont commencé à courir et la date du règlement intégral. Toute somme inférieure versée à l'appelante ne tiendrait pas compte de la valeur temporelle de l'argent dont les parties étaient convenues.

(2) Restitution Damages

(2) La restitution de l'avantage obtenu du fait de l'inexécution

59 The respondent is a financial institution whose business is to make loans at compound interest. At the hearing, it was clear that loans made by the respondent since the time of the breach of contract would have been made at compound interest. The trial judge found that as the real estate market

L'intimée est une institution financière dont les activités consistent à consentir des prêts à des taux composés. À l'audience, il est apparu clairement que les prêts consentis par l'intimée depuis l'inexécution du contrat auraient été consentis à des taux composés. Le juge de première instance a conclu

collapsed, the respondent was under pressure from each of the Office of the Superintendent of Financial Institutions and the Office of the Ministry of Financial Institutions at a time when the respondent needed the approval of these regulatory bodies to increase its multiplier and avoid any reduction of its capital base by the removal from it of any deemed “troubled” loans. Having fallen below the required ratio of capital to loans, it is reasonable to conclude that the money which should have been paid to the appellant was used by the respondent to support loans already made at compound interest rates.

If required to pay damages at only simple interest, the respondent would have earned compound interest on the appellant’s money while paying only simple interest. By breaching the contract, the respondent would have conferred on itself a profit which the contract envisaged for the appellant.

This is not a case of efficient breach. The respondent’s gains have come at the appellant’s expense. An award of compound interest will prevent the respondent from profiting by its breach at the expense of the appellant. The award of the trial judge yields a satisfactory result with respect to both expectation damages and restitution damages.

VII. Conclusion

The courts have the jurisdiction to award pre-judgment and post-judgment interest at both common law and equity. Sections 128(4)(g) and 129(5) *CJA* allow courts to award interest by means of these powers as a substitute for the interest prescribed by those sections. This is such a case. As a result, the order of the Court of Appeal is set aside and the trial judgment restored. Accordingly, the appeal is allowed. The appellant is entitled to costs throughout.

que, par suite de l’effondrement du marché immobilier, l’intimée avait été l’objet de pressions de la part du Bureau du surintendant des institutions financières et du ministère des Institutions financières, au moment où elle devait obtenir l’approbation de ces organismes de réglementation pour augmenter son multiplicateur et éviter toute réduction de son capital de base résultant de la déduction du montant de prêts jugés « douteux ». Le ratio capital/prêts de l’intimée étant devenu inférieur à celui exigé, il est raisonnable de conclure qu’elle a utilisé les fonds qu’elle devait à l’appelante pour soutenir des prêts déjà consentis à des taux d’intérêt composés.

Si elle avait été tenue de payer seulement l’intérêt simple relativement aux dommages-intérêts, l’intimée aurait touché l’intérêt composé sur les sommes dues à l’appelante tout en ne versant elle-même que l’intérêt simple. En manquant à ses obligations contractuelles, l’intimée se serait approprié le profit qui, selon le contrat, devait revenir à l’appelante.

On ne peut parler en l’espèce d’inexécution rentable. Le gain de l’intimée est réalisé aux dépens de l’appelante. L’octroi d’intérêts composés empêchera l’intimée de tirer avantage de son inexécution aux dépens de l’appelante. Le jugement de première instance donne un résultat satisfaisant en ce qui concerne tant l’indemnisation de la perte du profit escompté que la restitution de l’avantage obtenu du fait de l’inexécution.

VII. Conclusion

Les tribunaux ont compétence pour accorder des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement tant en common law qu’en equity. L’alinéa 128(4)g) et le par. 129(5) *LTJ* leur permettent d’exercer ces pouvoirs plutôt que d’accorder les intérêts prescrits par ces dispositions. Le tribunal s’est prévalu de cette possibilité en l’espèce. En conséquence, l’ordonnance de la Cour d’appel est annulée et le jugement de première instance est rétabli. En conséquence, le pourvoi est accueilli. L’appelante a droit aux dépens devant toutes les cours.

60

61

62

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Borden Ladner
Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante : Borden Ladner
Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lerner &
Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Lerner & Associates,
Toronto.*

Valérie Tremblay *Appellant*

v.

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ, and City of Montréal *Respondents*

INDEXED AS: TREMBLAY v. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57

Neutral citation: 2002 SCC 44.

File No.: 27965.

Hearing and judgment: February 13, 2002.

Reasons delivered: April 26, 2002.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Collective agreement — Retroactivity clause — Union's duty of representation — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause violates principle that there can be only one collective agreement by denying employees having resigned from their positions before agreement was signed the benefit of retroactivity — Whether union breached its duty of representation to former employees — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47.2, 67.

Civil rights — Right to equality — Equal salary for equivalent work — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause creates unlawful discrimination against employees having resigned from their positions before agreement was signed — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 19.

Civil rights — Economic and social rights — Fair and reasonable conditions of employment — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive

Valérie Tremblay *Appelante*

c.

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ, et ville de Montréal *Intimés*

RÉPERTORIÉ : TREMBLAY c. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57

Référence neutre : 2002 CSC 44.

N° du greffe : 27965.

Audition et jugement : 13 février 2002.

Motifs déposés : 26 avril 2002.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations de travail — Convention collective — Clause de rétroactivité — Obligation de représentation du syndicat — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause viole-t-elle le principe de l'unicité de la convention en excluant du bénéfice de la rétroactivité les salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Le syndicat a-t-il manqué à son obligation de représentation à l'égard des ex-salariés? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47.2, 67.

Libertés publiques — Droit à l'égalité — Égalité de traitement pour un travail équivalent — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause crée-t-elle une discrimination illégale à l'égard des salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 19.

Libertés publiques — Droits économiques et sociaux — Conditions de travail justes et raisonnables — Clause de la convention collective limitant le versement

salary to employees employed by city when agreement was signed — Legality of clause contested by employee who resigned from her position before agreement was signed — Whether clause unreasonable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 46.

The respondent union was certified to represent a group of lawyers employed by the respondent city. The appellant, a member of the union, resigned from the position she had held as a lawyer with the city while the first collective agreement was being negotiated. The agreement that was ultimately signed between the union and the city provides for retroactive salary adjustments, but Art. 24.08 restricts the application of that clause to employees employed by the city on the date the collective agreement was signed. The appellant brought an action in damages against the respondents alleging that Art. 24.08 violates the *Labour Code* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, and that the union failed in its duty of representation to her. The Superior Court allowed the action. A majority of the Court of Appeal set aside that decision.

Held: The appeal should be dismissed. The retroactivity clause does not violate the *Labour Code* or the *Charter*. The union properly carried out its duty of representation.

The *Labour Code* does not require that collective agreements be retroactive. Nor does it provide for an implied presumption of retroactivity. Under the Code, the parties are free to negotiate the question of retroactivity, subject to the union's duty of representation and to the rules relating to public order and to the protection of fundamental rights. In this case the wording in the agreement confirms the parties' intention to contract for the future. The requirement in s. 67 of the Code that there be only one agreement is satisfied. The agreement, which varies the conditions of employment in some respects, is a single contract that establishes the conditions of employment for the bargaining unit as a whole.

The retroactivity clause does not violate s. 19 of the *Charter*, which provides that an employer must, without discrimination, grant equal salary for equivalent work. The appellant has not shown that the different treatment is based on a form of discrimination prohibited in s. 10 of the *Charter*. Nor is the retroactivity clause unreasonable within the meaning of s. 46 of the *Charter*, since it does not violate the *Labour Code*, the mandatory provisions of the *Charter*, any known provision of labour legislation or, even hypothetically, the union's duty of representation.

de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — Légalité de la clause contestée par une salariée qui a quitté son poste avant la signature de la convention — La clause est-elle déraisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 46.

Le syndicat intimé obtient une accréditation pour représenter un groupe d'avocats salariés de la ville intimée. L'appelante, membre du syndicat, quitte le poste d'avocate qu'elle occupe au sein de la ville au cours de la période de négociation de la première convention collective. L'entente finale conclue entre le syndicat et la ville prévoit des réajustements salariaux rétroactifs, mais son art. 24.08 en restreint l'application aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention collective. L'appelante intente une action en dommages-intérêts contre les intimés en alléguant que l'art. 24.08 viole le *Code du travail* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, et que le syndicat n'a pas exécuté correctement son obligation de représentation à son endroit. La Cour supérieure accueille l'action. La Cour d'appel, à la majorité, infirme cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La clause relative à la rétroactivité ne viole ni le *Code du travail* ni la *Charte*. Le syndicat a exécuté correctement son obligation de représentation.

Le *Code du travail* n'impose aucune obligation de rétroactivité des conventions collectives. Il ne comporte pas non plus de présomption de rétroactivité implicite. Sous réserve de l'obligation de représentation syndicale, ainsi que des règles relevant de l'ordre public ou de la protection des droits fondamentaux, le Code laisse la question de la rétroactivité à la négociation des parties. En l'espèce, le texte de la convention confirme l'intention des parties de stipuler pour l'avenir. Cette convention respecte le principe d'unicité prévu à l'art. 67 du Code. Comportant certaines modulations des conditions de travail, la convention demeure un contrat unique définissant les conditions d'emploi de l'ensemble de l'unité de négociation.

La clause de rétroactivité ne contrevient pas à l'art. 19 de la *Charte*, qui prévoit qu'un employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement égal pour un travail équivalent. L'appelante n'a pas démontré que le traitement différent découle d'une forme de discrimination prévue à l'art. 10 de la *Charte*. La clause de rétroactivité n'est pas non plus déraisonnable au sens de l'art. 46 de la *Charte*, puisqu'elle ne viole ni le *Code du travail*, ni les dispositions impératives de la *Charte*, ni aucune disposition connue de la législation du travail, ni même, par hypothèse, l'obligation de représentation du syndicat.

In the context of the present collective bargaining, the appellant failed to establish that the union had committed a fault for which it was liable at law by signing a collective agreement that did not entitle former employees to retroactive salary payment. The duty of representation owed by the union as a general rule constitutes an obligation of means. Given the ongoing nature of that duty, an employee's departure from a bargaining unit does not cancel out all consequences of the manner in which the duty of representation was carried out in respect of that employee. In a situation of collective bargaining the union may therefore have to take the interests of such an employee into account. Here, when the union and the city were trying to decide on a retroactivity clause, the situation of the individuals who had performed work that was covered by the certification but who had resigned from their jobs could have been one of the interests affected by the outcome of the negotiations. Performing such work would not, however, create rights in them that would take precedence over the rights of the members of the bargaining unit who were employed when the agreement was made. The legal framework that applied to the collective bargaining process did not give them any acquired rights in respect of retroactivity. Their temporary presence in the bargaining unit certainly did not impose an obligation of result on the union requiring that it obtain a retroactive salary increase for them.

Cases Cited

Referred to: *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39; *Centre hospitalier Régina Liée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369.

Statutes and Regulations Cited

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10 [am. 1982, c. 61, s. 3], 13, 16, 19, 46 [am. 1979, c. 63, s. 275], 49.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(b) "certified association", 47.2, 53, 59, 62, 67, 72.

Authors Cited

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.J.Q. 1098, [2000] R.J.D.T. 460, [2000] Q.J. No. 1198 (QL), [2000] Q.J. No. 1223

Dans le cadre des présentes négociations, l'appelante n'a pas établi que le syndicat avait commis une faute engageant sa responsabilité civile en signant une convention collective qui ne prévoyait pas de rétroactivité pour les employés démissionnaires. L'obligation de représentation à laquelle est tenue le syndicat correspond, en règle générale, à une obligation de moyen. Vu la nature continue de cette obligation, le départ d'un salarié d'une unité de négociation ne fait pas disparaître toute conséquence de l'exécution de l'obligation de représentation à son endroit. Dans le contexte d'une négociation collective, il se peut donc que le syndicat doive prendre en compte les intérêts d'un tel salarié. En l'espèce, lorsque le syndicat et la ville tentaient de définir une clause de rétroactivité, la situation des personnes qui avaient exécuté un travail régi par l'accréditation, mais qui avaient laissé leur emploi, pouvait faire partie des intérêts affectés par l'issue des pourparlers. Cependant, l'exécution de ce travail ne créait pas en leur faveur des droits primant ceux des membres de l'unité de négociation en poste à la conclusion de la convention. Le cadre juridique applicable à la négociation collective ne leur reconnaissait aucun droit acquis à l'égard de la rétroactivité. Leur présence temporaire dans l'unité de négociation n'imposait surtout pas au syndicat l'obligation de résultat de leur obtenir une augmentation rétroactive de traitement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39; *Centre hospitalier Régina Liée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. 1982, ch. 61, art. 3], 13, 16, 19, 46 [mod. 1979, ch. 63, art. 275], 49.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1b) « association accréditée », 47.2, 53, 59, 62, 67, 72.

Doctrine citée

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.J.Q. 1098, [2000] R.J.D.T. 460, [2000] J.Q. n° 1198 (QL), [2000] J.Q. n° 1223

(QL), setting aside a decision of the Superior Court, [1996] R.J.Q. 1850, [1996] Q.J. No. 1282 (QL). Appeal dismissed.

Suzanne Côté and Patrick Girard, for the appellant.

Pierre Gingras, Serge Cadieux and Maria Cirino, for the respondent Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ.

Philippe Berthelet and Benoît Dagenais, for the respondent City of Montréal.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ In this appeal, the appellant, a lawyer who worked for the City of Montréal for several years, is challenging the legality of a clause in a collective agreement between the Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CLC-FTQ (the “Union”) and the City of Montréal (the “City”) and is seeking damages against the two parties to the agreement. The appellant argued that a provision in that agreement deprived her of the retroactive salary adjustment provided for in the agreement because, like other employees, she had resigned from her job before the collective agreement was signed. The Superior Court allowed her action. A majority of the Court of Appeal set aside that decision and dismissed the action against both respondents in respect of all of the relief sought. For the reasons stated here, I and my colleagues agreed at the end of the hearing that the appeal should be dismissed. The appellant, Valérie Tremblay, failed to establish that the retroactivity clause in issue violated the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, or the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the “Charter”). She also failed to show that the Union failed in its duty of representation and was therefore civilly liable to her.

(QL), qui ont infirmé une décision de la Cour supérieure, [1996] R.J.Q. 1850, [1996] A.Q. n° 1282 (QL). Pourvoi rejeté.

Suzanne Côté et Patrick Girard, pour l'appelante.

Pierre Gingras, Serge Cadieux et Maria Cirino, pour l'intimé le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ.

Philippe Berthelet et Benoît Dagenais, pour l'intimée la ville de Montréal.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Dans ce pourvoi, l'appelante, avocate au service de la ville de Montréal pendant quelques années, remet en cause la légalité d'une clause d'une convention collective conclue entre le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ (le « syndicat ») et la ville de Montréal (la « ville ») et recherche en dommages-intérêts les deux parties à cette entente. Selon ses prétentions, une disposition de cet accord la privait de la rétroactivité salariale prévue à la convention parce que, comme d'autres employés, elle avait quitté son emploi avant la conclusion de la convention collective. La Cour supérieure lui a donné raison. À la majorité, la Cour d'appel a infirmé ce jugement et rejeté l'action dans toutes ses conclusions, à l'égard des deux défendeurs. Pour les motifs que j'expose ici, j'ai été d'avis comme mes collègues de rejeter le pourvoi à l'issue de l'audience. L'appelante, M^e Valérie Tremblay, n'a pas établi que la clause litigieuse sur la rétroactivité violait le *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, ou la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « Charte »). Elle n'a pas non plus démontré que le syndicat a mal exécuté son obligation de représentation et a ainsi engagé sa responsabilité civile à son endroit.

II. Facts

The relevant facts in this appeal are not very complex. Ms. Tremblay, a lawyer, began working for the City of Montréal on November 21, 1988. At the time, there was no union representing the lawyers employed by the City, who were subject to the City's employment regulations. In 1990, the Union was certified to represent the lawyers employed, within the meaning of the *Labour Code*, in the penal and criminal affairs unit of the City of Montréal's corporate affairs branch. Ms. Tremblay then became a member of the Union. Collective bargaining began. The Union submitted a draft collective agreement. That draft, which was approved by the Union members at a general meeting, contained a retroactivity clause. Article 25.02 of the draft provides for the agreement to be fully retroactive, effective May 1, 1990.

The negotiation of the agreement was difficult. During the bargaining period, Ms. Tremblay resigned from her position with the City of Montréal. In an attempt to break the bargaining deadlock, the Union then called a strike. Ultimately, after intense negotiations, a collective agreement was signed. That agreement provides for retroactive salary adjustments, but Art. 24.08 restricts the application of that clause to employees still employed by the City of Montréal on the date the collective agreement was signed. The employees who resigned from their positions with the City of Montréal, such as Ms. Tremblay and two other lawyers, were not entitled to any retroactive payment. That Article incorporates the City's administrative policy rule that denies employees no longer in the City's employ any right to salary adjustments made after they left.

III. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court*, [1996] R.J.Q. 1850

In the opinion of Tellier J., there was a sound basis for the appellant's action against the two respondents. First, Art. 24.08 of the collective agreement violated s. 46 of the *Charter*. By denying

II. Les faits

Les faits pertinents à l'examen de ce pourvoi ne présentent guère de complexité. M^e Tremblay, avocate, entre au service de la ville de Montréal le 21 novembre 1988. Aucun syndicat ne représente alors les avocats employés par la ville qui sont soumis aux règlements d'emploi adoptés par celle-ci. En 1990, le syndicat obtient une accréditation pour représenter les avocats salariés au sens du *Code du travail* faisant partie du module des affaires pénales et criminelles du service des affaires corporatives de la ville de Montréal. M^e Tremblay devient alors membre du syndicat. Une négociation collective s'engage. Le syndicat dépose un projet de convention collective. Approuvé par l'assemblée générale des membres du syndicat, ce projet contient une clause sur la rétroactivité. L'article 25.02 du projet prévoit la pleine rétroactivité de l'entente à compter du 1^{er} mai 1990.

La négociation de la convention s'effectue difficilement. Au cours de la période de négociation, M^e Tremblay démissionne et quitte le service de la ville de Montréal. Par la suite, pour tenter de débloquer les négociations, le syndicat déclenche une grève. Finalement, après des pourparlers laborieux, une convention collective intervient. Cette entente prévoit des réajustements salariaux rétroactifs, mais son art. 24.08 en restreint l'application aux seuls salariés encore au service de la ville de Montréal, lors de la signature de la convention collective. Les employés qui ont quitté l'emploi de la ville de Montréal, comme M^e Tremblay et deux autres avocats, n'ont droit à aucune rétroactivité. Cette stipulation reprend une règle de politique administrative de la ville, qui refuse aux employés ayant quitté son service tout droit aux réajustements de salaire accordés après leur départ.

III. Décisions antérieures

A. *Cour supérieure du Québec*, [1996] R.J.Q. 1850

Selon le juge Tellier, l'action de l'appelante était bien fondée à l'égard des deux intimés. Tout d'abord, l'art. 24.08 de la convention collective viole l'art. 46 de la *Charte*. En excluant M^e Tremblay

2

3

4

Ms. Tremblay the benefit of the retroactivity provision, the parties were imposing unfair and unreasonable employment conditions on her, and this invalidated the clause in issue. Second, by agreeing to the non-retroactivity clause, the Union had breached its duty of representation to its former member. That breach constituted a delictual fault, for which the Union was civilly liable and for which it was ordered to pay \$11,176 in damages. Tellier J. also found that the Union, like the City, had committed a fault in signing an agreement that violated the *Charter*. On that basis, the Superior Court found that the two respondents were solidarily liable. The court ordered them to pay \$5,000 in exemplary damages. The respondents appealed that decision.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2000] R.J.Q. 1098

5 For reasons set out in the concurring opinions of Beaugerard J.A. and Denis J. (*ad hoc*), the majority of the Court of Appeal allowed the appeals, set aside the trial judgment, and dismissed Ms. Tremblay's action in its entirety. Thibault J.A., dissenting in part, would have affirmed the award of damages against the Union but would have set aside the award of punitive damages.

6 In the opinions of the majority judges, the Article in issue did not violate any of the provisions in the *Labour Code* or the *Charter*. In essence, the Article represented the lawful exercise of the parties' bargaining authority. There was nothing that required that a collective agreement for the benefit of current and previous union members be fully retroactive. Furthermore, the Union had not failed in its duty of representation by agreeing to Art. 24.08. Ms. Tremblay had not proved that additional efforts would have persuaded the City to alter its position on retroactivity. There was nothing to justify awarding damages against the respondents.

7 Thibault J.A. held that the Article in issue was valid. She also agreed that the award of damages against the City should be set aside. In her opinion, however, the Union was civilly liable to Ms. Tremblay: the Union had a duty of representation to Ms. Tremblay throughout her period of employment and it had not acted with reasonable care in carrying

du bénéfice de la rétroactivité, les parties lui imposaient des conditions de travail injustes et déraisonnables ce qui entraînait la nullité de la clause litigieuse. Ensuite, en acceptant cette stipulation de non-rétroactivité, le syndicat violait son obligation de représentation à l'égard de son ancien membre. Cette violation constituait une faute délictuelle qui engageait la responsabilité civile du syndicat et pour laquelle il fut condamné à payer 11 176 \$ à titre de dommages. Le juge Tellier considérait aussi que ce dernier avait également commis une faute, tout comme la ville, en concluant une entente contraire à la *Charte*. Sur cette base, la Cour supérieure retint la responsabilité solidaire des deux intimés. Elle les condamna à payer 5 000 \$ à titre de dommages exemplaires. Les intimés firent appel.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] R.J.Q. 1098

Pour les motifs exposés dans les opinions concurrentes des juges Beaugerard et Denis (*ad hoc*), la majorité de la Cour d'appel accueillit les pourvois, infirma le jugement de première instance et rejeta l'action de M^e Tremblay dans sa totalité. Dissidente en partie, la juge Thibault aurait confirmé la condamnation du syndicat, en annulant toutefois la condamnation à des dommages punitifs.

Selon les opinions majoritaires, la clause litigieuse ne violait aucune des dispositions du *Code du travail* ou de la *Charte*. En substance, elle représentait un exercice licite des pouvoirs de négociation des parties. Rien n'imposait la rétroactivité totale d'une convention collective en faveur des membres présents et passés du syndicat. De plus, le syndicat n'avait pas violé son obligation de représentation en donnant son accord à l'art. 24.08. Maître Tremblay n'avait pas prouvé que des efforts supplémentaires auraient amené la ville à modifier sa position sur la rétroactivité. Aucun motif ne justifiait la condamnation des intimés.

La juge Thibault reconnaissait la validité de la clause en litige. Elle se déclara aussi d'accord avec l'annulation de la condamnation de la ville. Cependant, à son avis, le syndicat avait engagé sa responsabilité civile à l'égard de M^e Tremblay. En effet, toujours débiteur d'une obligation de représentation à l'égard de celle-ci, pour sa période

out that duty. Although Thibault J.A. acknowledged that the Union did not have an absolute obligation to its members, she found that it had failed to show that it could not have obtained a better result by demanding complete retroactivity, or that further efforts to that end would have prevented an agreement from being signed with the City. Thibault J.A. further observed that the issue of retroactivity for former employees had not even been raised during the negotiations. On a delictual liability basis, she would have upheld the award of damages against the Union equal to the retroactive salary claimed but would have set aside the exemplary damages.

IV. Relevant Statutory and Contractual Provisions

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

13. No one may in a juridical act stipulate a clause involving discrimination.

Such a clause is deemed without effect.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

19. Every employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.

d'emploi, il n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable dans l'exécution de cette obligation. Bien qu'elle ait admis que le syndicat n'était pas tenu à une obligation de résultat à l'égard de ses membres, la juge Thibault estimait qu'il n'avait pas démontré qu'il n'aurait pu obtenir un meilleur résultat, en insistant sur une rétroactivité totale, ni que des efforts additionnels sur le sujet auraient empêché la conclusion d'une entente avec la ville. La juge Thibault notait d'ailleurs que la question de la rétroactivité pour les anciens employés n'avait même pas été soulevée en négociation. Se fondant sur la responsabilité délictuelle, elle aurait maintenu la condamnation du syndicat à des dommages égaux à la rétroactivité réclamée, en retranchant toutefois les dommages exemplaires.

IV. Dispositions législatives et contractuelles pertinentes

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

Une telle clause est réputée sans effet.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

19. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

A difference in salary or wages based on experience, seniority, years of service, merit, productivity or overtime is not considered discriminatory if such criteria are common to all members of the personnel.

46. Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

1. In this code, unless the context requires otherwise, the following expressions mean :

. . .

(b) “certified association” — the association recognized by decision of the certification agent, the labour commissioner or the Court as the representative of all or some of the employees of an employer;

47.2. A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

59. From the filing of a petition for certification and until the right to lock out is acquired or an arbitration award is handed down, no employer may change the conditions of employment of his employees without the written consent of each petitioning association and, where such is the case, certified association.

62. The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

67. A collective agreement shall be binding upon all the present or future employees contemplated by the certification.

The certified association and the employer shall make only one collective agreement with respect to the group of employees contemplated by the certification.

Il n’y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l’expérience, l’ancienneté, la durée du service, l’évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d’obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d’atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

1. Dans le présent code, à moins que le contexte ne s’y oppose, les termes suivants signifient :

. . .

b) « association accréditée » — l’association reconnue par décision de l’agent d’accréditation, du commissaire du travail ou du tribunal comme représentant de l’ensemble ou d’un groupe des salariés d’un employeur;

47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l’endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu’elle représente, peu importe qu’ils soient ses membres ou non.

59. À compter du dépôt d’une requête en accréditation et tant que le droit au lock-out n’est pas acquis ou qu’une sentence arbitrale n’est pas intervenue, un employeur ne doit pas modifier les conditions de travail de ses salariés sans le consentement écrit de chaque association requérante et, le cas échéant, de l’association accréditée.

62. La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n’est pas contraire à l’ordre public ni prohibée par la loi.

67. La convention collective lie tous les salariés actuels ou futurs visés par l’accréditation.

L’association accréditée et l’employeur ne doivent conclure qu’une seule convention collective à l’égard du groupe de salariés visé par l’accréditation.

72. No collective agreement shall take effect until the filing at the office of the labour commissioner-general of five exemplars or copies, true to the original, of such collective agreement and of a true copy of its schedules. The same rule applies to any amendment subsequently made to such collective agreement.

Collective agreement between the City of Montréal and the Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ, for the period from May 1, 1990 to April 30, 1993

[TRANSLATION]

24.08 Retroactive salary resulting from the previous paragraphs shall be paid to each lawyer who is employed by the City on the date the collective agreement is signed within 60 days of that date.

28.01 This agreement shall be in effect from the date it is signed to April 30, 1993.

Union's draft collective agreement, July 1990

[TRANSLATION]

25.02 This collective agreement shall be for a 24-month term, from May 1, 1990 to April 30, 1992. It shall come into effect on the date it is signed and shall have retroactive effect. Each employee shall receive, in addition to the amounts owed, a lump sum of \$750.00 payable within 30 days of the date the collective agreement is signed.

V. Analysis

A. *Positions of the Parties*

The parties raised fundamentally conflicting arguments in this Court. As mentioned earlier, Ms. Tremblay argued that there can only be one collective agreement and that the differential treatment of herself in that agreement was unlawful under the *Labour Code* and the *Charter*, and that the Union failed in its duty to represent her. Vigorously opposed by the respondents, who countered that the retroactivity clause in the agreement was lawful and, in the case of the Union, that its duty of representation had been properly carried out, this argument cannot be accepted in any of its elements. I will first examine the issue of whether the retroactivity

72. Une convention collective ne prend effet qu'à compter du dépôt, au greffe du bureau du commissaire général du travail, de cinq exemplaires ou copies conformes à l'original, de cette convention collective et d'une copie conforme de ses annexes. Il en est de même de toute modification qui est apportée par la suite à cette convention collective.

Convention collective de travail entre la Ville de Montréal et le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ, pour la période du 1^{er} mai 1990 au 30 avril 1993

24.08 La rétroactivité découlant des alinéas précédents est versée à chaque avocat, à l'emploi de la Ville à la date de la signature de la convention collective, dans les soixante (60) jours de ladite signature.

28.01 La présente convention est en vigueur de la date de la signature au 30 avril 1993.

Projet syndical de convention collective, juillet 1990

25.02 La présente convention collective de travail est d'une durée de vingt-quatre (24) mois soit du 1^{er} mai 1990 au 30 avril 1992. Elle entre en vigueur à la date de la signature et a un effet rétroactif. Chaque employé recevra, en outre des sommes à recevoir, un montant forfaitaire de 750,00 \$ et ce, dans les trente (30) jours suivant la signature de la présente convention collective.

V. Analyse

A. *Les positions des parties*

Des prétentions fondamentalement différentes se sont affrontées devant notre Cour. Tel qu'indiqué plus haut, M^e Tremblay défend une argumentation fondée sur l'unicité de la convention collective et l'illégalité du traitement différentiel que lui réserverait celle-ci, au regard du *Code du travail* et de la *Charte*, ainsi que sur l'inexécution de l'obligation de représentation du syndicat. Vigoureusement contestée par les intimés qui défendent la légalité de leur entente sur la rétroactivité et, dans le cas du syndicat, la bonne exécution de son devoir de représentation, cette argumentation ne saurait être retenue en aucune de ses branches. J'examinerai d'abord

clause (Art. 24.08) is lawful. I will then examine the Union's duty of representation.

B. *The Legality of the Retroactive Clause*

10 The appellant argued that the only way that an action could be structured in which relief could be obtained against the City, risky as it may seem, was to challenge the legality of the retroactivity clause not only under the *Labour Code* but also under the *Charter*. Otherwise, the entire case would be limited to the problem of whether the Union carried out its duty of representation, which would have involved the employer only indirectly, in the context of collective bargaining, in which it was entitled to act in its own interests.

11 In order to address this argument, we must first properly identify the problem in relation to the relevant facts and the applicable law. As we have seen, the Union had initially been certified for a new bargaining unit. The pre-existing conditions of employment may be summarized as the conditions that the City applied in its employment rules and policies. The certification and the initiation of the bargaining resulted in those conditions of employment being frozen under s. 59 of the *Labour Code*. During this indefinite period, which would lead to a labour dispute, or to a negotiated agreement, or to both in succession, the appellant performed her duties under those rules and policies and was entitled to the compensation for which they provided. Changes to that framework constituted one aspect of the collective bargaining at the time. The duration and commencement date of the eventual agreement would necessarily be one subject of the negotiations. There is nothing in the *Labour Code* that requires that an agreement be retroactive in that situation, where a first agreement is signed, or even, when the agreement is renewed. Under the *Labour Code*, the parties are free to agree that an agreement will apply only for the future.

12 The wording in the agreement confirms the parties' intention to contract for the future. The agreement came into effect when it was signed, on April 10, 1992, and was effective until April 30, 1993.

la question de la licéité de la clause de rétroactivité (art. 24.08). Je passerai ensuite à l'étude de l'obligation de représentation du syndicat.

B. *La légalité de la clause de rétroactivité*

Pour l'appelante, la seule façon de structurer un recours qui permette des conclusions contre la ville, si hasardeux qu'il paraisse, dépendait d'une contestation de la légalité de la clause de rétroactivité en vertu non seulement du *Code du travail*, mais aussi de la *Charte*. Autrement, tout le débat se serait limité au problème de l'exécution de l'obligation de représentation du syndicat qui n'aurait impliqué qu'indirectement l'employeur, dans un contexte de négociation collective où celui-ci défend légitimement ses intérêts.

Devant cette argumentation, il importe d'abord de situer correctement le problème dans le contexte des faits pertinents et du droit applicable. Comme on l'a vu, le syndicat avait obtenu une première accréditation pour une nouvelle unité de négociation. Les conditions de travail préexistantes se résu- maient à celles que la ville appliquait dans ses règles et politiques d'emploi. L'accréditation et le déclen- chement de la négociation entraînaient le gel de ces conditions de travail en vertu de l'art. 59 du *Code du travail*. Pendant cette période de durée indéter- minée, qui déboucherait soit sur un conflit, soit sur une entente négociée ou, successivement, sur l'un et l'autre, l'appelante exécutait ses fonctions dans ce cadre et avait droit à la rémunération que celui-ci prévoyait. La modification de cet encadrement consti- tuait l'un des éléments de la négociation collective en cours. La durée et le point de départ de la future convention représenteraient nécessairement l'un de ses objets. Rien dans le *Code du travail* n'impose une obligation de rétroactivité de l'entente dans une telle situation de conclusion d'une première con- vention, comme d'ailleurs d'un renouvellement de celle-ci. Le *Code du travail* laisse les parties libres de stipuler qu'une entente ne s'appliquera que pour l'avenir.

Le texte de la convention confirme l'intention des parties de stipuler pour l'avenir. La conven- tion entrain en vigueur à compter de sa signature, le 10 avril 1992, pour valoir jusqu'au 30 avril 1993.

Article 24 mitigated that rule to some extent by providing for salary scale adjustments for 1990 to 1992, which would be paid to the employees employed at the time the agreement was signed.

The appellant argued that this provision violated the principle that there is only one collective agreement: s. 67 of the *Labour Code* provides that the employer and the certified association shall make only one collective agreement that will apply to the entire bargaining unit. It was advanced that in denying the employees who had resigned the benefit of retroactive salary payment, the parties made an agreement that breached s. 67, since it allegedly incorporated two different sets of rules for the remuneration payable to employees who performed identical work. This would then have amounted to entering into two different agreements governing the same bargaining unit.

The requirement that there be only one agreement was satisfied. The agreement, which varied the conditions of employment in some respects, was a single contract that established the conditions of employment for the bargaining unit as a whole. It provided for a salary adjustment for the entire bargaining unit based on past service, but payable only to the members who were employed at the time. This provision was not prohibited by the *Labour Code*. The parties could have chosen not to provide for any adjustments, to maintain a salary freeze, or even to reduce the conditions of employment, as occasionally occurs during economic hard times. Under the *Labour Code*, the parties are free to negotiate the definition of what is meant by retroactivity, subject to the Union's duty of representation and to the rules relating to public order and to the protection of fundamental rights.

Nor does the *Labour Code* provide for an implied presumption of retroactivity. That point is subject to bargaining. If the meaning of the relevant provisions of a collective agreement seems unclear, or if they lead to problems in application, the matter will usually be dealt with by the competent specialized authorities, such as arbitrators. The superior courts

L'article 24 apportait une atténuation partielle à cette règle en stipulant des rajustements d'échelles de salaire pour les années 1990 à 1992 qui seraient versés aux employés en fonction à la signature de la convention.

Selon l'appelante, cette disposition viole le principe de l'unicité de la convention. L'article 67 du *Code du travail* prévoit, en effet, que l'employeur et le syndicat accrédité ne concluent qu'une seule convention applicable à l'ensemble de l'unité de négociation. En excluant les salariés démissionnaires du bénéfice de cette rétroactivité, les parties auraient passé une entente incompatible avec l'art. 67 puisqu'elle introduirait deux régimes de rémunération différents pour des employés qui exécutaient un travail identique. On se serait alors trouvé à prévoir l'équivalent de deux conventions différentes pour régir la même unité de négociation.

L'exigence d'unicité a été respectée. Comportant certaines modulations des conditions de travail, la convention demeurerait un contrat unique définissant les conditions d'emploi de l'ensemble de l'unité de négociation. Pour l'ensemble de celle-ci, il prévoyait un réajustement des salaires calculé sur la base du service passé, mais payable uniquement aux employés alors en poste. Il s'agissait d'une stipulation que le *Code du travail* n'interdit pas. Les parties auraient pu ne stipuler aucun réajustement, continuer un gel des salaires ou même, comme cela arrive parfois en période de difficultés économiques, stipuler des modifications à la baisse des conditions de travail. Sous réserve de l'obligation de représentation syndicale, ainsi que des règles relevant de l'ordre public ou de la protection des droits fondamentaux, le *Code du travail* laisse la définition de ce que l'on qualifie de rétroactivité à la négociation des parties.

Le *Code du travail* ne comporte pas non plus de présomption de rétroactivité implicite. La question relève de la négociation. Si les clauses pertinentes d'une convention paraissent de sens douteux ou soulèvent des problèmes d'application, la matière relève habituellement des juridictions spécialisées compétentes comme les arbitres de griefs. L'intervention

13

14

15

will normally intervene only in the exercise of the power of judicial review, the standards for which will vary, depending on the nature of the problem in issue. For example, the correctness of the decision would normally be the standard applied when the issue involved in the problem of retroactivity was whether there actually was an agreement, or when it became applicable. In the context of this case, we therefore can neither develop principles for interpreting retroactivity clauses nor approve or criticize the interpretive approaches that have been developed in Canada and that we find expressed in some superior court decisions. (See, for example, *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84 (C.A.)) Rather, the issue in this case is whether a provision which seems clear and properly drafted also complies with the *Charter* and the general principles governing the Union's duty of representation.

C. *Compliance with the Charter of Human Rights and Freedoms*

des tribunaux supérieurs se situe normalement dans le cadre du pouvoir de contrôle judiciaire. Celui-ci s'exercera selon des normes variables, suivant la nature du problème en cause. Par exemple, une norme d'exactitude de la décision s'appliquerait normalement si le problème de rétroactivité mettait en cause l'existence même d'une convention ou le point de départ de son application. On ne saurait donc, dans le contexte de ce dossier, ni développer des principes d'interprétation des clauses de rétroactivité ni approuver ou critiquer les courants d'interprétation qui se sont développés au Canada et dont on retrouve la manifestation dans certains jugements de tribunaux supérieurs. (Voir, par exemple, *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (C.A.)) Il s'agit plutôt ici de discuter si une stipulation, qui semble claire et correctement rédigée, demeure conforme à la *Charte* et aux principes généraux régissant le devoir de représentation du syndicat.

C. *La conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne*

16

The appellant's main argument was that the retroactivity clause violates s. 19 of the *Charter* by creating an illegal discrimination between employees who perform identical work. That argument was rejected by all of the judges of the Court of Appeal. The Superior Court also rejected it. As that argument was formulated, it would impose a duty of total equality between employees who worked for an employer at the same time. That interpretation fails to consider that s. 19 of the *Charter* seeks to prevent the types of discrimination provided for in s. 10, such as discrimination based on sex or ethnic origin, or on a handicap, for example. (For a study of the content of the concept of discrimination under the *Charter*, see *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27.) No evidence that the employees who resigned had been discriminated against was presented in this case. We know only that three employees left the unit during the bargaining period. Except for the appellant, we know nothing about their personal characteristics. It is not argued that the differential treatment of those employees is based on a ground prohibited by

L'appelante fait principalement valoir que la clause de rétroactivité viole l'art. 19 de la *Charte*, en créant une discrimination illégale entre des employés qui exécutent un travail identique. Cet argument a été écarté par tous les juges de la Cour d'appel. La Cour supérieure l'a également rejeté. Tel que présenté, il imposerait une obligation d'égalité totale entre des salariés qui auraient travaillé au même moment pour un employeur. Cette interprétation oublie que l'art. 19 de la *Charte* entend prévenir les formes de discrimination prévues à l'art. 10 comme celles qui découleraient du sexe ou de l'origine ethnique, ou encore d'un handicap par exemple. (Pour une étude du contenu du concept de discrimination en vertu de la *Charte*, voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27.) En l'espèce, aucune preuve n'a été présentée quant à l'existence d'une situation de discrimination à l'égard des salariés démissionnaires. On sait uniquement que trois salariés ont laissé l'unité pendant la période de négociation. Sauf pour l'appelante, on ignore tout de leurs caractéristiques personnelles. On ne prétend pas que leur

the *Charter*. That argument therefore has no legal basis.

The second argument, grounded on s. 46, is also without any basis. We would have to conclude that the condition of employment is unreasonable, although it does not violate the *Labour Code*, the mandatory provisions of the *Charter*, any known provision of labour legislation or, even hypothetically, the Union's duty of representation. In fact, s. 46 would allow a judge hearing an action to reassess, in his or her discretion, the pay agreed to at the time by the parties, based on his or her personal sense of fairness. In the Canadian labour relations system, conditions of employment are still determined by individual or collective bargaining, subject to the requirements relating to public order and the protection of fundamental rights. We need not interpret s. 46 of the *Charter*, the actual scope of which is still open to debate, in order to find that the approach adopted in this case was not unreasonable.

At this stage of the analysis, we find that there is no legal basis that would justify awarding damages against the City. The issue of the Union's duty of representation remains to be decided.

D. *The Duty of Representation*

The appellant's final argument may be summarized as an allegation that the Union breached its duty of representation. That conclusion cannot be supported by either the legal nature of that duty or the specific facts of this case.

In the Canadian labour relations system, a union's duty of representation is one of the corollaries of the function of representation, given to the union by the Act, in respect of the bargaining unit and the employees who make up that unit (see *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, at paras. 46-55; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330). The union owes a duty of diligent and competent representation to the bargaining unit as a whole. As a general rule, however, it constitutes an

traitement différentiel découle d'un motif interdit par la *Charte*. Ce moyen n'a donc pas de base juridique.

Le second moyen fondé sur l'art. 46 est également dépourvu de fondement. Il faudrait conclure au caractère déraisonnable de la condition de travail alors qu'elle ne violerait ni le *Code du travail*, ni les dispositions impératives de la *Charte*, ni aucune disposition connue de la législation du travail, ni même par hypothèse l'obligation de représentation du syndicat. En définitive, l'art. 46 permettrait au juge saisi d'une demande en justice de réévaluer discrétionnairement la rémunération convenue à l'époque entre les parties, au nom de son sens personnel de l'équité. Sous réserve des exigences de l'ordre public et de la protection des droits fondamentaux, la définition des conditions de travail relève encore de la négociation individuelle ou collective dans le système de relations du travail canadien. Sans qu'il soit nécessaire de fixer l'interprétation de l'art. 46 de la *Charte*, dont la portée effective reste sujette à discussion, la solution étudiée dans le présent dossier n'avait pas de caractère déraisonnable.

À cette étape de l'analyse, on ne retrouve aucune base juridique qui justifierait une condamnation de la ville. Reste la question de l'obligation de représentation du syndicat.

D. *L'obligation de représentation*

Le dernier moyen de l'appelante se résume à une allégation de violation de l'obligation de représentation du syndicat. Ni la nature juridique de cette dernière ni les faits propres à ce dossier ne permettent de conclure en ce sens.

Dans le cadre du système de relations du travail canadien, cette obligation de représentation du syndicat constitue l'une des contreparties de la fonction représentative que lui attribue la loi à l'égard de l'unité de négociation et des salariés qu'elle comprend (voir *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, par. 46-55; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330). Le syndicat se trouve tenu à une obligation de représentation diligente et compétente envers l'ensemble de l'unité de

17

18

19

20

obligation of means, and an applicant who brings an action in damages against the union must prove the breach of the obligation.

21

That duty arises from a legal mandate of representation that applies to an entire bargaining unit, the composition of which necessarily varies over time. Given the ongoing nature of that duty to all of the units, which may be in a constant state of change, it cannot be concluded that an employee's departure cancels out all consequences of the manner in which the duty of representation was carried out in respect of that employee. A legal situation may have been created such that a union will have to continue working and representing the employee in order to resolve it. It is submitted that it is especially necessary to recognize that duty, which originally derives from the manner in which the duty of representation was carried out, since the union then continues to hold the exclusive power to bargain with the employer and, most often, to control access to the grievance procedure and the conduct of that procedure. The continuation, in this form, of a residual duty to represent employees who cease to work in the undertaking, with respect to problems that arise from their period of employment, is consistent with the overall scheme of this system of exclusive and collective representation. Moreover, when carrying out its duty of representation in collective bargaining, a certified union often has to deal with the consequences of the history and problems of the group it represents. Interests may have been created, legal situations may have crystallized, commitments may have been made. In such a situation, even though the duty of representation is carried out in the present, but from the perspective of the foreseeable future of the agreement to be negotiated, the union will sometimes have to take those interests or rights into account when deciding on the approaches to which the agreement will give form and effect for the future.

22

In a bargaining process in which the parties were trying to decide on a retroactivity clause, the situation of the individuals who had performed work that was covered by the certification but who had resigned from their jobs could have been one of the

négociation. Elle correspond cependant, en règle générale, à une obligation de moyen, dont la violation doit être démontrée par le demandeur lorsqu'il recherche un syndicat en dommages-intérêts.

Cette obligation résulte d'un mandat légal de représentation qui vaut pour l'ensemble d'une unité de négociation, dont la composition varie nécessairement dans le temps. La nature continue de cette obligation à l'égard de l'ensemble d'unités susceptibles de se modifier continuellement ne permet pas de conclure que le départ d'un salarié fait disparaître toute conséquence de l'exécution de l'obligation de représentation à son endroit. Une situation juridique peut s'être constituée de telle façon que le syndicat devra continuer à agir et à représenter le salarié pour en régler les conséquences. La reconnaissance d'une telle obligation découlant à l'origine de l'exécution du devoir de représentation s'imposerait d'autant plus que le syndicat continue alors à déterminer le pouvoir exclusif de négociation à l'égard de l'employeur et, le plus souvent, à contrôler l'accès à la procédure de grief ainsi que son déroulement. La persistance, sous une telle forme, d'une obligation résiduelle de représentation à l'égard des employés qui cessent de travailler dans l'entreprise, au sujet de problèmes découlant de leur période d'emploi, correspond à l'économie générale de ce système de représentation exclusive et collective. Par ailleurs, dans le cadre d'une négociation collective, en exécutant son obligation de représentation, le syndicat accrédité fait souvent face aux conséquences de l'histoire et des problèmes vécus par le groupe qu'il représente. Certains intérêts peuvent s'être constitués, des situations juridiques s'être cristallisées, des engagements avoir été pris. Dans ce contexte, bien que l'obligation de représentation s'exécute dans le présent, mais dans la perspective de l'avenir prévisible de l'entente à négocier, il arrivera parfois que le syndicat doive prendre en compte ces intérêts ou ces droits dans la définition des solutions auxquelles la convention donnera forme et effet pour le futur.

Dans le cadre d'une négociation où les parties tentaient de définir une clause de rétroactivité, la situation des personnes qui avaient exécuté un travail régi par l'accréditation, mais laissé leur emploi, pouvait faire partie des intérêts affectés par l'issue

interests affected by the outcome of the negotiations. Performing work covered by the certification would not, however, create rights in those employees that would take precedence over the rights of the current members of the bargaining unit who were employed when the agreement was made. The legal framework that applied to the collective bargaining process did not give them any acquired rights in respect of retroactivity. Their temporary presence in the bargaining unit during part of the time when the negotiations took place certainly did not impose an obligation of result on the Union requiring that it obtain a retroactive salary increase for them at the end of the negotiations with the City.

This kind of extension of a union's responsibility would be all the more difficult to justify in that it would be imposed in the dynamic, complex, and conflictual context of a collective agreement. Such an agreement involves dialogue and sometimes even confrontation with the employer, the creation of balances of power, and the need to take into account the different interests within the bargaining unit. The employer, which must negotiate in good faith for the purposes of entering into a collective agreement under s. 53 of the *Labour Code*, has no legal obligation to accept the union's proposals. (See R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at pp. 365-66; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at pp. 396-97, *per Cory J.*) It would be difficult for a union to guarantee the outcome of collective bargaining. Sometimes it may have to accept a questionable agreement rather than start or prolong a labour dispute.

In the context of this collective bargaining, Ms. Tremblay failed to establish that the Union had committed a fault for which it was liable at law by signing a collective agreement that did not entitle former employees to retroactive salary payment. She, like the trial judge, faulted the Union for having allegedly disregarded her interests. The record does not show that she got in touch with the Union before she left her employ. She also was not involved in the strike the Union was forced to call to break the bargaining deadlock. The bargaining process was clearly difficult. In addition, full retroactivity would

des pourparlers. L'exécution d'un travail visé par l'accréditation ne créait cependant pas en faveur de ces salariés des droits primant ceux des membres présents de l'unité de négociation en poste à la conclusion de la convention. Le cadre juridique applicable à la négociation collective ne leur reconnaissait aucun droit acquis à l'égard de la rétroactivité. Leur présence temporaire dans l'unité de négociation, pendant une partie de la durée des pourparlers, n'imposait surtout pas au syndicat l'obligation de résultat de leur obtenir une augmentation rétroactive de traitement, à la fin de la négociation avec la ville.

Une telle extension de la responsabilité du syndicat se justifierait d'autant plus mal qu'elle serait imposée dans le cadre dynamique, complexe et conflictuel d'une convention collective. Celle-ci implique un dialogue, sinon parfois un affrontement avec l'employeur, la création de rapports de force et la prise en compte d'intérêts divers au sein de l'unité de négociation. Tenu de négocier de bonne foi dans le but de conclure une convention collective selon l'art. 53 du *Code du travail*, l'employeur n'a pas l'obligation légale d'accepter les propositions syndicales. (Voir R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4^e éd. 1999), p. 365-366; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, p. 396-397, le juge Cory.) Le syndicat peut difficilement garantir l'issue d'une négociation et devra parfois accepter un accord discutables plutôt qu'un conflit ou sa prolongation.

Dans le contexte de cette négociation, M^e Tremblay n'a pas établi que le syndicat avait commis une faute engageant sa responsabilité civile en signant une convention collective qui ne prévoyait pas de rétroactivité pour les employés démissionnaires. Comme le premier juge, l'appelante a reproché au syndicat d'avoir oublié ses intérêts. Le dossier n'indique pas qu'elle a communiqué avec le syndicat avant son départ. Elle n'a pas vécu non plus la grève que le syndicat dut déclencher pour débloquer la négociation. Cette dernière a clairement été difficile. La pleine rétroactivité aurait par ailleurs

23

24

have represented a significant change in the City's employment policies. In a situation such as this, the Union cannot be criticized for making that agreement, which protected the City's current employees, without prolonging the bargaining process for the sole benefit of a person who had not concerned herself, either directly or indirectly, with the outcome of the bargaining process after she left. Like the majority of the Court of Appeal, I am satisfied that the Union properly carried out its duty of representation in respect of the bargaining unit it represented at the end of the lengthy and difficult process of negotiating a first collective agreement.

VI. Conclusion

25

For these reasons, I agreed that the appeal should be dismissed with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondent Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ: Gingras Cadieux Bruneau, Montréal.

Solicitors for the respondent City of Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

représenté une modification importante des politiques d'emploi de la ville. Dans une telle situation, on ne saurait reprocher au syndicat d'avoir conclu cette entente, en protégeant les salariés encore au service de la ville, sans prolonger la négociation au seul bénéfice d'une personne qui ne s'était préoccupée ni de près ni de loin du sort de la négociation depuis son départ. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis persuadé que le syndicat a exécuté correctement son obligation de représentation à l'égard de l'unité d'accréditation qu'il représentait au terme d'une négociation longue et délicate pour établir une première convention.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'ai été d'accord pour rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 SIEPB, CTC-FTQ : Gingras Cadieux Bruneau, Montréal.

Procureurs de l'intimée la ville de Montréal : Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Michael Derrick Robicheau *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. ROBICHEAU****Neutral citation: 2002 SCC 45.**

File No.: 28545.

2002: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Sexual assault — Trial judge acquitting accused of sexual assault but convicting him of included offence of assault — Court of Appeal erring in setting aside acquittal and ordering new trial — Trial judge's judgment restored.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2001), 193 N.S.R. (2d) 42, 43 C.R. (5th) 248, 602 A.P.R. 42, [2001] N.S.J. No. 113 (QL), 2001 NSCA 52, setting aside the accused's acquittal for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

Roger A. Burrill, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Peter P. Rosinski*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — We are all of the view that, for substantially the reasons of Roscoe J.A., dissenting in the Nova Scotia Court of Appeal, the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal should be set aside, and the judgment of the trial judge should be restored.

Michael Derrick Robicheau *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. ROBICHEAU****Référence neutre : 2002 CSC 45.**N^o du greffe : 28545.

2002 : 21 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Agression sexuelle — Juge du procès déclarant l'accusé non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait — Cour d'appel ayant commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès — Jugement du juge du procès rétabli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2001), 193 N.S.R. (2d) 42, 43 C.R. (5th) 248, 602 A.P.R. 42, [2001] N.S.J. No. 113 (QL), 2001 NSCA 52, qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation d'agression sexuelle et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Roger A. Burrill, pour l'appelant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Peter P. Rosinski*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Roscoe, dissident en Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge du procès.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service, Halifax.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service, Halifax.

Brian J. Stewart *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: STEWART v. CANADA****Neutral citation: 2002 SCC 46.**

File No.: 27860.

2001: December 12; 2002: May 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether “reasonable expectation of profit” test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

The appellant, an experienced real estate investor, acquired four condominium units from which he earned rental income. The properties were part of a syndicated real estate development, and were sold on the basis that the purchaser would be provided with a turnkey operation, that management would be provided, and that a rental pooling agreement would be entered into. All units were highly leveraged with the appellant paying only \$1,000 cash for each unit. The appellant was provided with projections of rental income and expenses in respect of each of the properties. The projections contemplated negative cash flow and income tax deductions for a ten-year period. However, the actual rental experience ended up being worse than what had been set out in the projections. For the taxation years 1990 to 1992, the appellant claimed losses, mainly as a result of significant interest expenses on money borrowed to acquire the units. These losses were disallowed by the Minister of National Revenue on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit and therefore no source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*, and that the interest expenses were not deductible pursuant to s. 20(1)(c)(i) of the Act. Both the Tax Court

Brian J. Stewart *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : STEWART c. CANADA****Référence neutre : 2002 CSC 46.**

N° du greffe : 27860.

2001 : 12 décembre; 2002 : 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

L'appelant, qui avait de l'expérience en placement immobilier, a acquis quatre unités condominiales dont il a tiré des revenus de location. Ces propriétés faisaient partie d'un projet immobilier en consortium et étaient vendues sur la base suivante : les acheteurs obtiendraient des unités clés en main, la gestion serait assurée et un accord de mise en commun des locations serait conclu. Toutes les unités ont été acquises à fort degré d'endettement, l'appelant ne versant pour chacune qu'un acompte de 1 000 \$. On a fourni à l'appelant des projections de revenus et de dépenses de location pour chacune des propriétés. Selon ces projections, il y aurait des mouvements de trésorerie négatifs et des déductions d'impôt sur le revenu pour une période de 10 ans. Toutefois, les résultats de la location des quatre unités se sont révélés pires que ce qui avait été mentionné dans les projections. Pour les années d'imposition 1990 à 1992, l'appelant a demandé la déduction de pertes découlant principalement des frais d'intérêts élevés qui avaient été payés sur les sommes empruntées pour acheter les unités. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de ces pertes pour le motif que le contribuable n'avait aucune expectative raisonnable de profit et donc aucune source de revenu

of Canada and the Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

The “reasonable expectation of profit” test should not be accepted as the test to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*. In recent years, this test has become a broad-based tool used by both the Minister and courts independently of provisions of the Act to second-guess *bona fide* commercial decisions of the taxpayer and therefore runs afoul of the principle that courts should avoid judicial rule-making in tax law. The test is problematic owing to its vagueness and uncertainty of application; this results in unfair and arbitrary treatment of taxpayers.

The following two-stage approach should be employed to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of business or property income: (i) Is the taxpayer’s activity undertaken in pursuit of profit, or is it a personal endeavour? (ii) If it is not a personal endeavour, is the source of the income a business or property? The first stage of the test is only relevant when there is some personal or hobby element to the activity. Where the nature of an activity is clearly commercial, the taxpayer’s pursuit of profit is established. There is no need to take the inquiry any further by analysing the taxpayer’s business decisions. However, where the nature of a taxpayer’s venture contains elements which suggest that it could be considered a hobby or other personal pursuit, the venture will be considered a source of income only if it is undertaken in a sufficiently commercial manner. In order for an activity to be classified as commercial in nature, the taxpayer must have the subjective intention to profit and there must be evidence of businesslike behaviour which supports that intention. Reasonable expectation of profit is no more than a single factor, among others, to be considered at this stage.

The deductibility of expenses, which presupposes the existence of a source of income, should not be confused with the preliminary source inquiry. Once it has been determined that an activity has a sufficient degree of commerciality to be considered a source of income, the

pour l’application de l’art. 9 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et que les frais d’intérêts en cause n’étaient pas déductibles en vertu du sous-al. 20(1)c)(i) de la *Loi*. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont toutes les deux confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le critère de l’« expectative raisonnable de profit » ne devrait pas être accepté comme le critère applicable pour déterminer si les activités d’un contribuable constituent une source de revenu pour l’application de l’art. 9 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Au cours des dernières années, ce critère est devenu un outil d’application générale dont le ministre et les tribunaux se servent indépendamment des dispositions de la *Loi* pour évaluer après coup des décisions commerciales prises de bonne foi par le contribuable, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel les tribunaux devraient éviter d’établir des règles en matière de droit fiscal. Ce critère pose un problème en raison de son imprécision et de l’incertitude qui règne au sujet de son application; il en résulte un traitement inéquitable et arbitraire des contribuables.

Il y a lieu de recourir à la méthode à deux volets suivante pour déterminer si les activités d’un contribuable sont une source de revenu constituée d’une entreprise ou d’un bien : (i) L’activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s’agit-il d’une démarche personnelle? (ii) S’il ne s’agit pas d’une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien? Le premier volet du critère ne s’applique que si l’activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif. Lorsqu’une activité est clairement de nature commerciale, la recherche d’un profit par le contribuable est établie. Il n’est pas nécessaire de pousser l’examen plus loin en analysant les décisions commerciales du contribuable. Cependant, lorsque la nature de l’entreprise du contribuable comporte des aspects indiquant qu’elle pourrait être considérée comme un passe-temps ou une autre activité personnelle, cette entreprise ne sera considérée comme une source de revenu que si elle est exploitée d’une manière suffisamment commerciale. Pour qu’une activité soit qualifiée de commerciale par nature, le contribuable doit avoir l’intention subjective de réaliser un profit et il doit exister une preuve de comportement d’homme d’affaires sérieux étayant cette intention. L’expectative raisonnable de profit n’est rien de plus qu’un facteur parmi d’autres qui doit être pris en considération à ce stade.

La déductibilité des dépenses, qui presuppose l’existence d’une source de revenu, ne doit pas être confondue avec l’examen préliminaire portant sur l’existence de cette source. Une fois qu’on a déterminé qu’une activité est suffisamment commerciale pour être considérée

deductibility inquiry is undertaken according to whether the expense in question falls within the words of the relevant deduction provision(s) of the Act. To deny the deduction of losses on the simple ground that the losses signify that no business (or property) source exists is contrary to the words and scheme of the Act. Whether or not a business exists is a separate question from the deductibility of expenses. To disallow deductions based on a reasonable expectation of profit analysis would amount to a case law stop-loss rule which would be contrary to established principles of interpretation which are applicable to the Act. As well, unlike many statutory stop-loss rules, once deductions are disallowed under the "reasonable expectation of profit" test, the taxpayer cannot carry forward such losses to apply to future income in the event the activity becomes profitable.

In sum, whether a taxpayer has a source of income from a particular activity is determined by considering whether the taxpayer intends to carry on the activity for profit, and whether there is evidence to support that intention. In this case, the taxpayer purchased four rental properties which he rented to arm's length parties in order to obtain rental income. A property rental activity which, as here, lacks any element of personal use or benefit to the taxpayer is clearly a commercial activity. As a result, the appellant satisfies the test for source of income and is entitled to deduct his rental losses. Section 20(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*, which permits the deduction of interest on borrowed money for the purpose of earning income from a business or property, is not a tax avoidance mechanism and, in light of the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish provisions of the Act in response to tax avoidance concerns. In addition, since a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes, the appellant's hope of realizing an eventual capital gain and expectation of deducting interest expenses do not detract from the commercial nature of his rental operation or its characterization as a source of income.

Cases Cited

Restricted: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; **referred to:** *Mohammad v. Canada*, [1998] 1 F.C. 165; *Landry v. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213; *Hugill v. The Queen*, 95 D.T.C. 5311; *Sirois*

comme une source de revenu, on procède à l'examen de la déductibilité pour déterminer si la dépense en cause tombe sous le coup de la disposition ou des dispositions en matière de déduction pertinentes de la Loi. Refuser la déduction de pertes pour le seul motif que les pertes indiquent l'inexistence d'une entreprise (ou d'un bien) comme source de revenu va à l'encontre du texte et de l'économie de la Loi. La question de savoir s'il existe une entreprise est distincte de celle de la déductibilité des dépenses. Refuser des déductions en fonction d'une analyse de l'expectative raisonnable de profit équivaudrait à une règle jurisprudentielle sur la minimisation des pertes, qui serait contraire aux principes d'interprétation établis qui s'appliquent à la Loi. De même, à la différence de nombreuses règles législatives sur la minimisation des pertes, dès que des déductions sont refusées à la suite de l'application du critère de l'expectative raisonnable de profit, le contribuable ne peut reporter ces pertes sur un revenu futur si jamais l'activité devient rentable.

Somme toute, la question de savoir si l'activité exercée par un contribuable constitue une source de revenu est tranchée en se demandant si le contribuable a l'intention d'exercer cette activité en vue de réaliser un profit et s'il existe des éléments de preuve étayant cette intention. En l'espèce, le contribuable a acheté quatre biens locatifs qu'il a loués à des parties sans lien de dépendance afin d'en tirer un revenu de location. Une activité de location de bien qui, comme en l'espèce, ne comporte aucun élément d'usage ou d'avantage personnel pour le contribuable est nettement une activité commerciale. Par conséquent, l'appelant satisfait au critère d'appréciation de l'existence d'une source de revenu et il peut déduire ses pertes locatives. Le sous-alinéa 20(1)c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet la déduction des intérêts payés sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, n'est pas un mécanisme d'évitement fiscal et, compte tenu de l'existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s'empresse de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt. De plus, étant donné qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales, l'espoir de l'appelant de réaliser éventuellement un gain en capital et la perspective de déduire des frais d'intérêts n'affecte pas la nature commerciale de son entreprise de location ni sa qualification de source de revenu.

Jurisprudence

Restriction de la portée de l'arrêt : *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; **arrêts mentionnés :** *Mohammad c. Canada*, [1998] 1 C.F. 165; *Landry c. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213; *Hugill*

v. *M.N.R.*, 88 D.T.C. 1114; *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386; *Allen v. The Queen*, 99 D.T.C. 968, aff'd 2000 D.T.C. 6559 (sub nom. *The Queen v. Milewski*); *Nichol v. The Queen*, 93 D.T.C. 1216; *Bélec v. The Queen*, 95 D.T.C. 121; *Kaye v. The Queen*, 98 D.T.C. 1659; *Dorfman v. M.N.R.*, [1972] C.T.C. 151; *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, aff'd 68 D.T.C. 5316; *Erichsen v. Last* (1881), 4 T.C. 422; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; *Roopchan v. The Queen*, 96 D.T.C. 1338; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Engler v. The Queen*, 94 D.T.C. 6280; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770; *Walls v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 684, 2002 SCC 47.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(1)(a), (h), 248(1) "personal or living expenses" [am. 2000, c. 12, s. 142 (Sch. 2, s. 9(r))].

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 [now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)], ss. 3(a), 9(1), (2), 13, 18(1)(a), (h) [rep. & sub. 1988, c. 55, s. 10(3)], 20(1)(c)(i), 67, 248(1) "personal or living expenses".

Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97 [previously S.C. 1917, c. 28], ss. 2(r) "personal and living expenses" [ad. 1939, c. 46, s. 2], 6(f).

Authors Cited

Fien, Cy. "To Profit or Not To Profit: A Historical Review and Critical Analysis of the 'Reasonable Expectation of Profit' Test" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1287.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Nichols, Brian S. "Chants and Ritual Incantations: Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test", in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 1. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 28:1.

Owen, John R. "The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?" (1996), 44 *Can. Tax J.* 979.

Silver, Sheldon. "Great Expectations: Are They Reasonable?", in Corporate Management Tax Conference 1995, *Real Estate Transactions: Tax*

Canada, [1995] A.C.F. n° 655 (QL); *Sirois c. M.R.N.*, [1987] A.C.I. n° 824 (QL); *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386; *Allen c. Canada*, [1999] A.C.I. n° 499 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 1651 (QL); *Nichol c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 541 (QL); *Bélec c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 595 (QL); *Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL); *Dorfman c. Canada (Ministre du Revenu national — M.N.R.)*, [1972] A.C.F. n° 200 (QL); *Smith c. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Terminal Dock and Warehouse Co. c. M.R.N.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 78, conf. par 68 D.T.C. 5316; *Erichsen c. Last* (1881), 4 T.C. 422; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Roopchan c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 339 (QL); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Engler c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 483 (QL); *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Walls c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 684, 2002 CSC 47.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 [maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)], art. 3(a), 9(1), (2), 13, 18(1)a, h) [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 10(3)], 20(1)c(i), 67, 248(1) « frais personnels ou de subsistance ».

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(1)a, h), 248(1) « frais personnels ou de subsistance » [mod. 2000, ch. 12, art. 142 (ann. 2, art. 15c))].

Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97 [auparavant S.C. 1917, ch. 28], art. 2r) « frais personnels et frais de subsistance » [aj. 1939, ch. 46, art. 2], 6 f).

Doctrine citée

Fien, Cy. « To Profit or Not To Profit : A Historical Review and Critical Analysis of the "Reasonable Expectation of Profit" Test » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1287.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Nichols, Brian S. « Chants and Ritual Incantations : Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test », in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 1. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1997, 28:1.

Owen, John R. « The Reasonable Expectation of Profit Test : Is There a Better Approach? » (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979.

Silver, Sheldon. « Great Expectations : Are They Reasonable? », in Corporate Management Tax

Planning for the Second Half of the 1990s. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996, 6:1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 254 N.R. 326, 2000 D.T.C. 6163, [2000] 2 C.T.C. 244, [2000] F.C.J. No. 238 (QL), affirming a decision of the Tax Court of Canada, 98 D.T.C. 1600, [1998] 3 C.T.C. 2662, [1998] T.C.J. No. 310 (QL). Appeal allowed.

Richard B. Thomas and Lisa Wong, for the appellant.

Richard Gobeil and Donald G. Gibson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

This appeal requires the Court to consider the appropriate use of what has come to be known as the “reasonable expectation of profit” test. The test originated with the following comments of Dickson J. (as he then was) in the seminal case of *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, at p. 485:

Although originally disputed, it is now accepted that in order to have a “source of income” the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. Source of income, thus, is an equivalent term to business

Since then, decisions have varied in the application of this test. Although some cases have held that the reasonable expectation of profit test should only be used at the threshold stage of distinguishing between commercial and personal activities, others have used the test as a tool to assess the profitability of various *bona fide* commercial ventures in order to determine whether the taxpayer has a source of income, and is therefore entitled to deduct losses relating to that source.

Conference 1995, *Real Estate Transactions : Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1996, 6:1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 254 N.R. 326, 2000 D.T.C. 6163, [2000] 2 C.T.C. 244, [2000] A.C.F. n° 238 (QL), confirmant une décision de la Cour canadienne de l'impôt, 98 D.T.C. 1600, [1998] 3 C.T.C. 2662, [1998] A.C.I. n° 310 (QL). Pourvoi accueilli.

Richard B. Thomas et Lisa Wong, pour l'appellant.

Richard Gobeil et Donald G. Gibson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Notre Cour est appelée, en l'espèce, à examiner l'utilisation qui peut être faite de ce qui est maintenant connu sous le nom de critère de l'« expectative raisonnable de profit ». Ce critère émane des commentaires suivants du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt de principe *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, p. 485 :

Il y a d'abord eu controverse, mais il est maintenant admis que pour avoir une « source » de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable de profit. L'expression source de revenu équivaut donc au terme entreprise . . .

Depuis lors, la jurisprudence relative à l'application de ce critère a varié. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que le critère de l'expectative raisonnable de profit ne devait être appliqué qu'à l'étape préliminaire où il s'agit de distinguer les activités commerciales des activités personnelles, alors que, dans d'autres cas, ils ont eu recours à ce critère pour apprécier la rentabilité de diverses entreprises commerciales exploitées de bonne foi en vue de déterminer si le contribuable avait une source de revenu et, partant, s'il pouvait déduire des pertes relatives à cette source.

3 The present appeal is just such a case. The appellant, Brian Stewart, purchased four condominium units from which he earned rental income. For the tax years in question, the appellant incurred losses, mainly as a result of significant interest expenses. These losses were disallowed by the Minister of National Revenue on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit, and therefore no source of income.

4 In our view, the reasonable expectation of profit analysis cannot be maintained as an independent source test. To do so would run contrary to the principle that courts should avoid judicial innovation and rule-making in tax law. Although the phrase “reasonable expectation of profit” is found in the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the “Act”), its statutory use does not support the broad judicial application to which the phrase has been subjected. In addition, the reasonable expectation of profit test is imprecise, causing an unfortunate degree of uncertainty for taxpayers. As well, the nature of the test has encouraged a hindsight assessment of the business judgment of taxpayers in order to deny losses incurred in *bona fide*, albeit unsuccessful, commercial ventures.

5 It is undisputed that the concept of a “source of income” is fundamental to the Canadian tax system; however, any test which assesses the existence of a source must be firmly based on the words and scheme of the Act. As such, in order to determine whether a particular activity constitutes a source of income, the taxpayer must show that he or she intends to carry on that activity in pursuit of profit and support that intention with evidence. The purpose of this test is to distinguish between commercial and personal activities, and where there is no personal or hobby element to a venture undertaken with a view to a profit, the activity is commercial, and the taxpayer’s pursuit of profit is established. However, where there is a suspicion that the taxpayer’s activity is a hobby or personal endeavour rather

Nous sommes en présence d’un tel cas en l’espèce. L’appelant, Brian Stewart, a acheté quatre unités condominiales dont il a tiré des revenus de location. Au cours des années d’imposition en cause, l’appelant a subi des pertes découlant principalement de frais d’intérêts élevés. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction de ces pertes pour le motif que le contribuable n’avait aucune expectative raisonnable de profit et donc aucune source de revenu.

À notre avis, l’analyse de l’expectative raisonnable de profit ne saurait être maintenue comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une source de revenu, car cela irait à l’encontre du principe selon lequel les tribunaux doivent éviter d’innover et d’établir des règles en matière de droit fiscal. Même si les expressions « attente raisonnable de profit » et « espoir raisonnable de tirer un profit » figurent dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la « Loi »), leur utilisation par le législateur ne justifie pas l’application générale que les tribunaux en ont fait. En outre, le critère de l’expectative raisonnable de profit est imprécis, ce qui engendre une incertitude malencontreuse chez les contribuables. De même, la nature du critère a favorisé le recours à une évaluation rétrospective du sens des affaires de contribuables pour refuser la déduction de pertes subies dans des entreprises commerciales qui, quoique infructueuses, avaient été exploitées de bonne foi.

Il est incontesté que la notion de « source de revenu » est un élément fondamental du régime fiscal canadien. Cependant, tout critère d’appréciation de l’existence d’une source doit reposer fermement sur le texte et l’économie de la Loi. En conséquence, pour déterminer si une activité particulière constitue une source de revenu, le contribuable doit démontrer qu’il a l’intention d’exercer cette activité en vue de réaliser un profit, et présenter des éléments de preuve étayant cette intention. Ce critère a pour objet de distinguer les activités commerciales des activités personnelles. Lorsqu’une activité exercée dans le but de réaliser un profit ne comporte aucun aspect personnel ou récréatif, cette activité est commerciale et la recherche d’un profit par le contribuable est établie. Cependant, lorsqu’on soupçonne que

than a business, the taxpayer's so-called reasonable expectation of profit is a factor, among others, which can be examined to ascertain whether the taxpayer has a commercial intent.

In the present appeal, the taxpayer purchased four rental properties which he rented to arm's length parties in order to obtain rental income. There was no personal element to the taxpayer's endeavour, and its commercial nature was never questioned. As a result, the appellant's rental activities constitute a source of income from which he is entitled to deduct his rental losses. We would therefore allow the appeal.

II. Facts

The appellant held senior positions with the Toronto Transit Commission in the years 1990 to 1992, the tax years relevant to this appeal. Between 1986, and 1992, his annual income ranged from \$65,000 to over \$90,000. The appellant was also an experienced real estate investor and had in the past acquired and disposed of several rental properties.

In 1986, the appellant acquired the four condominium rental units that are the subject of this appeal. The properties were part of a syndicated real estate development promoted by the Reemark Group, and were sold on the basis that the purchaser would be provided with a turnkey operation, that management would be provided, and that a rental pooling agreement would be entered into. The Reemark Group also arranged financing for the projects.

The first two units, the "White Oaks" units, located in London, Ontario, were purchased for \$72,990 each. These units were financed by a first mortgage of \$52,553, initially amortized over a 30-year period. Additional financing came in the form of two promissory notes totalling \$19,437. The second two units, the "Park Woods" units, located in Surrey, British Columbia, were purchased for \$74,990 and \$58,990 and were similarly financed. All units were highly leveraged with the appellant

l'activité du contribuable est un passe-temps ou une démarche personnelle plutôt qu'une entreprise commerciale, la prétendue expectative raisonnable de profit est un facteur parmi d'autres qui peut être pris en considération pour déterminer si le contribuable a l'intention d'exploiter une entreprise commerciale.

Dans le présent pourvoi, le contribuable a acheté quatre biens locatifs qu'il a loués à des parties sans lien de dépendance afin d'en tirer un revenu de location. La démarche du contribuable ne comportait aucun aspect personnel et sa nature commerciale n'a jamais été mise en doute. Par conséquent, les activités locatives de l'appelant constituent une source de revenu dont il peut déduire les pertes qui en ont découlé. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

L'appelant a occupé des postes de cadre supérieur au sein de la Commission de transport de Toronto au cours des années 1990 à 1992, qui sont les années d'imposition en cause dans le présent pourvoi. Entre 1986 et 1992, son revenu annuel est passé de 65 000 \$ à plus de 90 000 \$. Il avait aussi de l'expérience en placement immobilier et avait déjà acquis et vendu plusieurs biens locatifs.

En 1986, l'appelant a acquis les quatre unités condominiales locatives visées par le présent pourvoi. Ces propriétés faisaient partie d'un projet immobilier en consortium dont le groupe Reemark assurait la promotion, et elles étaient vendues sur la base suivante : les acheteurs obtiendraient des unités clés en main, la gestion serait assurée et un accord de mise en commun des locations serait conclu. Le groupe Reemarks'occupait aussi du financement des projets.

Les deux premières unités, les unités « White Oaks », situées à London (Ontario), ont été achetées au prix unitaire de 72 990 \$. Ces unités étaient financées au moyen d'un prêt garanti par une hypothèque de premier rang de 52 553 \$, amorti à l'origine sur une période de 30 ans. Le financement du solde était assuré par deux billets d'un montant total de 19 437 \$. Les deux autres unités, les unités « Park Woods », situées à Surrey (Colombie-Britannique), ont été payées 74 990 \$ et 58 990 \$ respectivement

6

7

8

9

paying only \$1,000 cash for each unit. The appellant was provided with projections of rental income and expenses in respect of each of the properties. The projections contemplated payout of the promissory notes over a period of years terminating in 1994. They also projected negative cash flow and income tax deductions for a ten-year period in all cases. However, the actual rental experience of the four units ended up being worse than what had been set out in the projections provided by Reemark to the appellant, owing to worse than expected rental and vacancy rates.

et financées de la même façon. Toutes les unités ont été acquises à fort degré d'endettement, l'appellant ne versant pour chacune qu'un acompte de 1 000 \$. On a fourni à l'appellant des projections de revenus et de dépenses de location pour chacune des propriétés. Selon ces projections, le remboursement des billets s'échelonnerait sur un certain nombre d'années, la dernière étant l'année 1994. On prévoyait également des mouvements de trésorerie négatifs et des déductions d'impôt sur le revenu pour une période de 10 ans dans tous les cas. Toutefois, les résultats de la location des quatre unités se sont révélés pires que ceux que Reemark avait mentionnés à l'appellant dans ses projections, en raison de taux de location plus bas et de taux d'inoccupation plus élevés que ceux qui avaient été anticipés.

10 The appellant tried to reduce the amount of financing on the units. In 1991, he increased the frequency of first mortgage payments on the units from monthly to weekly, thereby reducing the amortization period significantly. He sold one of the Park Woods units in 1991 and used the proceeds to pay down the debt on the other unit. By 1994, the appellant had paid off the promissory notes on all of the units. The appellant also exited the White Oaks rental pool arrangement in 1995 because of high vacancies and poor management and set up his own management company. In 1996, he changed management companies for the Park Woods unit.

L'appellant a tenté de réduire le montant de la dette qui grevait les unités. En 1991, il a accéléré la fréquence des paiements des hypothèques de premier rang des unités en effectuant des versements hebdomadaires plutôt que mensuels, ce qui a permis de réduire sensiblement la période d'amortissement. Il a vendu l'une des unités Park Woods en 1991 et s'est servi du produit de la vente pour rembourser la dette de l'autre unité. En 1994, il avait remboursé les billets à l'égard de toutes les unités. En 1995, l'appellant s'est également retiré de l'accord de mise en commun des locations White Oaks en raison des taux d'inoccupation élevés et d'une mauvaise gestion, et il a fondé sa propre société de gestion. En 1996, il a changé de compagnie de gestion pour l'unité Park Woods.

11 For the taxation years 1990, 1991 and 1992, the appellant claimed losses of \$27,814, \$18,673 and \$12,306, respectively. The losses resulted primarily from interest expenses on money borrowed to acquire the units. The Minister reassessed the appellant, disallowing his losses on the units for these taxation years solely on the basis that he had no reasonable expectation of profit for the years in question.

Pour les années d'imposition 1990, 1991 et 1992, l'appellant a demandé la déduction de pertes de 27 814 \$, 18 673 \$ et 12 306 \$ respectivement. Ces pertes découlaient principalement des frais d'intérêts payés sur les sommes empruntées pour acheter les unités. Le ministre a établi de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction des pertes demandée par l'appellant à l'égard des unités pour ces années d'imposition, pour le seul motif que celui-ci n'avait pas d'attente raisonnable de profit pour les années en cause.

12 The appellant argued that the fact that the purchases were almost 100 percent financed was not

L'appellant a prétendu que le fait que l'achat des propriétés ait été financé presque en totalité ne

determinative of whether he had a reasonable expectation of profit, and he argued that he should be able to deduct the carrying charges for monies borrowed to finance the rental losses. The respondent argued that the appellant had had no reasonable expectation of profit but had purchased the properties as a tax shelter, attracted by the promises of income tax deductions and capital gains projections promoted by the vendor Reemark. The appellant had followed the vendor's plan instead of following his usual investment practices, and chose not to pay down the debt owing at times when he clearly had money with which to do so.

The Tax Court of Canada found that the appellant's rental losses were not deductible in computing his income for income tax purposes because there was no reasonable expectation of profit. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.))

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.

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

. . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travelling expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on his business;

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

permettait pas de déterminer s'il avait une attente raisonnable de profit. Il a également soutenu qu'il devait pouvoir déduire les frais de crédit relatifs aux sommes empruntées pour financer les pertes locatives. L'intimée a fait valoir que l'appelant n'avait pas d'attente raisonnable de profit et qu'il avait acheté les propriétés pour qu'elles servent d'abri fiscal, attiré par l'espoir d'obtenir des déductions d'impôt et de réaliser les gains en capital prévus par le vendeur Reemark. L'appelant avait adopté le plan du vendeur plutôt que de s'en tenir à ses pratiques habituelles en matière de placement, et il avait choisi de ne pas rembourser la créance exigible à des moments où il disposait manifestement de l'argent nécessaire à cette fin.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu que les pertes locatives de l'appelant n'étaient pas déductibles dans le calcul de son revenu aux fins d'impôt parce qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.))

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.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

. . .

h) le montant des frais personnels ou des frais de subsistance du contribuable — à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise alors qu'il était absent de chez lui;

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

13

14

source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property . . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

248. (1) In this Act,

“personal or living expenses” includes

(a) the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of the taxpayer or any person connected with the taxpayer by blood relationship, marriage or adoption, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit . . .

IV. Judgments Below

A. *Tax Court of Canada*, 98 D.T.C. 1600

15

McArthur J.T.C.C. characterized the issue as whether the appellant had a reasonable expectation to profit from the subject rental properties such that there existed a source of income from which he could deduct rental losses incurred in the years under appeal. While recognizing that the comments of Robertson J.A. in *Mohammad v. Canada*, [1998] 1 F.C. 165 (C.A.), in respect to reasonable expectation of profit were *obiter*, McArthur J.T.C.C. found them to be instructive and of assistance in determining the outcome. In light of these comments, he considered the crux of the appeal to be whether the appellant possessed the intention to pay down the principal on the rental units, regardless of whether this actually occurred. Without an intention to reduce the amount of the principal owing on each

qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s’y rapportant :

c) une somme payée dans l’année ou payable pour l’année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d’une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l’argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien . . .

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir;

248. (1) Dans la présente loi,

« frais personnels ou de subsistance » comprend

(a) les dépenses inhérentes aux biens entretenus par toute personne pour l’usage ou l’avantage du contribuable ou de toute personne unie à ce dernier par les liens du sang, du mariage ou de l’adoption, et non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise . . .

IV. Jugements des tribunaux d’instance inférieure

A. *Cour canadienne de l’impôt*, 98 D.T.C. 1600

Selon le juge McArthur, la question était de savoir si l’appelant avait un espoir raisonnable de tirer des propriétés locatives un profit suffisant pour qu’il existe une source de revenu dont il pourrait déduire les pertes locatives subies pendant les années en cause. Tout en reconnaissant que les observations formulées par le juge Robertson, dans l’arrêt *Mohammad c. Canada*, [1988] 1 C.F. 165 (C.A.), au sujet de l’attente raisonnable de profit constituaient une opinion incidente, le juge McArthur a estimé qu’elles étaient intéressantes et utiles pour trancher la question en litige. À la lumière de ces observations, il a considéré qu’il s’agissait essentiellement de savoir si l’appelant avait l’intention de rembourser le principal dû à l’égard des unités locatives, indépendamment de la question de savoir s’il l’avait vraiment

unit, there could be no reasonable expectation of profit.

According to McArthur J.T.C.C., the effect of the Reemark plan was to use rental losses to offset income and then to realize a gain at the end of the day from the expected capital appreciation of the properties. Accordingly, the Reemark plan held out no expectation of profit from rental income.

While noting that the appellant deviated from the Reemark plan somewhat, McArthur J.T.C.C. found instructive the fact that the appellant had deviated from his usual practice of paying down 25 percent of the purchase price on his prior rental property investments in order to reduce the risk that income expenses would exceed rental income. He also emphasized that in 1988 the appellant chose to advance \$40,000 in principal toward the purchase of a condominium for his own use, and, in 1990, he sheltered \$50,000 in an RRSP rather than paying down more of the indebtedness. Thus, he had several opportunities to reduce the outstanding indebtedness and chose not to. McArthur J.T.C.C. concluded that having considered all the evidence, he was not satisfied that the plan the appellant followed was realistic in its ability to pay down a sufficient portion of the principal on the subject properties so as to create a positive cash flow. As a result, he concluded that the reasonable expectation of profit test was not satisfied, and therefore that the appellant had no source of income from which to deduct expenses under s. 20(1)(c).

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 254 N.R. 326

Rothstein J.A. for the court noted that the reasonable expectation of profit test derives from the well-known case of *Moldowan*, *supra*. In that case, Dickson J. determined that in order to have a source of income for purposes of the Act, the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. The appellant argued that the *Moldowan* test only

fait. En l'absence d'intention de réduire le principal dû à l'égard de chaque unité, il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable de profit.

Le juge McArthur a affirmé que, selon le plan Reemark, les pertes locatives étaient déduites des revenus et un gain était en fin de compte réalisé à la suite de l'augmentation prévue de la valeur des propriétés. Ce plan ne prévoyait donc pas qu'on devait s'attendre à tirer un profit du revenu de location.

Tout en notant que l'appellant s'était quelque peu écarté du plan Reemark, le juge McArthur a estimé intéressant le fait qu'il avait dérogé à sa pratique habituelle ayant consisté à verser 25 pour 100 du prix d'achat de ses biens locatifs antérieurs afin de réduire le risque que les dépenses engagées en vue de tirer un revenu excèdent le montant du revenu de location. Il a également souligné qu'en 1988 l'appellant avait décidé d'avancer une somme de 40 000 \$ au titre du principal en vue de l'achat d'un condominium destiné à son usage personnel, et qu'en 1990 il avait investi un montant de 50 000 \$ dans un REÉR au lieu de continuer à rembourser sa dette. Il avait donc eu, à maintes reprises, la possibilité de réduire la dette impayée et il avait décidé de ne pas le faire. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge McArthur a dit qu'il n'était pas convaincu que le plan suivi par l'appellant avait été réaliste en ce qui concernait la possibilité de rembourser une partie suffisante du principal dû à l'égard des propriétés en cause pour générer des mouvements de trésorerie positifs. En conséquence, il a conclu que le critère de l'attente raisonnable de profit n'était pas respecté et que, par conséquent, l'appellant ne disposait d'aucune source de revenu dont il pourrait déduire des dépenses en vertu de l'al. 20(1)c).

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] A.C.F. n° 238 (QL)

Le juge Rothstein a fait remarquer, au nom de la cour, que le critère de l'attente raisonnable de profit a été établi dans le célèbre arrêt *Moldowan*, précité. Dans cet arrêt, le juge Dickson a statué que, pour avoir une source de revenu aux fins d'application de la Loi, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable

16

17

18

applied where there was an element of personal use, and so did not pertain to the properties in question. Rothstein J.A. disagreed, saying, at para. 7 that “[t]he *Moldowan* principle is that in order to have a source of income, the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit.”

de profit. L’appelant soutenait que le critère de l’arrêt *Moldowan* ne s’appliquait que s’il y avait un élément d’usage personnel, de sorte qu’il ne s’appliquait pas aux propriétés en cause. Le juge Rothstein a rejeté cet argument en affirmant, au par. 7, que « [l]e principe de l’arrêt *Moldowan* veut que pour avoir une source de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une attente raisonnable de profit. »

19

Rothstein J.A. commented that the reasonable expectation of profit test is not an opportunity for the Minister to second-guess the business judgement of the taxpayer, but found that this was not why the learned Tax Court judge found that there was no reasonable expectation of profit in this case. According to Rothstein J.A., the lower court’s finding was based on the fact that the Reemark plan held out no expectation of profit from the rental income, and instead offered rental losses to offset other income and eventually realize a gain from the appreciation in value of the property. Rothstein J.A. also accepted the Tax Court judge’s finding that the appellant did not have a realistic plan to produce a profit. It followed that there was no source of income, and therefore that the interest expenses claimed by the appellant were not deductible pursuant to s. 20(1)(c).

Le juge Rothstein a fait observer que le critère de l’attente raisonnable de profit ne permet pas au ministre d’évaluer après coup le sens des affaires dont a fait preuve le contribuable, mais il a conclu que ce n’était pas pour cette raison que le juge de la Cour de l’impôt avait conclu à l’absence d’attente raisonnable de profit en l’espèce. Selon le juge Rothstein, la conclusion de ce tribunal était fondée sur le fait que le plan Reemark ne prévoyait pas qu’on devait s’attendre à tirer un profit du revenu de location, et qu’il prévoyait plutôt que les pertes locatives seraient déduites d’autres revenus et qu’un gain serait éventuellement réalisé à la suite de l’augmentation de la valeur de la propriété. Le juge Rothstein a aussi accepté la conclusion du juge de la Cour de l’impôt que l’appelant n’avait pas de plan réaliste en vue de réaliser un profit. Il s’ensuivait qu’il n’y avait pas de source de revenu et que, partant, les frais d’intérêts déclarés par l’appelant n’étaient pas déductibles en vertu de l’al. 20(1)c).

V. Issues

V. Questions en litige

20

1. Is the “reasonable expectation of profit” test set out by the Court in *Moldowan* the test for determining whether the taxpayer has a business or property source of income under the Act? If not, what is the test?
2. Did the courts below err in disallowing the appellant’s interest expense deductions pursuant to the provisions of s. 20(1)(c) of the Act on the basis that there was no source of income?

1. Le critère de l’« expectative raisonnable de profit » établi par notre Cour dans l’arrêt *Moldowan* est-il le critère qui s’applique pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d’une entreprise ou d’un bien au sens de la Loi ? Dans la négative, quel est le critère applicable?
2. Les tribunaux d’instance inférieure ont-ils commis une erreur en refusant à l’appelant le droit de déduire ses frais d’intérêts conformément aux dispositions de l’al. 20(1)c) de la Loi, pour le motif qu’il n’y avait pas de source de revenu?

VI. Analysis

A. *The Test to Determine Whether the Taxpayer has a Business or Property Source of Income Under the Act*

(1) A Brief Overview of the Cases Leading up to *Moldowan*

It well accepted that the Canadian tax system adopted the concept of “source” from the English taxation statutes, and that the Act has always referred to income from various “sources”: see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6th ed. 2000), at pp. 102-3. However, the term “source” is not defined in the Act, and it has been left to courts to determine the nature and scope of the various sources of income in the Act.

With respect to the phrase “reasonable expectation of profit”, this wording first appeared in the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (previously S.C. 1917, c. 28) (“*IWTA*”), through a 1939 amendment which added a definition of “personal and living expenses” to the *IWTA*: S.C. 1939, c. 46, s. 2. That amendment defined “personal and living expenses” to include:

... the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of any taxpayer or any person connected with him by blood relationship, marriage or adoption, and not maintained in connection with a business carried on *bona fide* for a profit and not maintained with a reasonable expectation of a profit;

This definition was relevant to s. 6(f) of the *IWTA* which read, “[i]n computing the amount of the profits or gains to be assessed, a deduction shall not be allowed in respect of ... personal and living expenses”. The phrase “reasonable expectation of profit” still appears in the virtually unaltered definition of “personal or living expenses” (now found in s. 248(1)), which in turn relates to s. 18(1)(h). Section 18(1)(h) disallows the deduction of personal or living expenses from business or property

VI. Analyse

A. *Le critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien au sens de la Loi*

(1) Bref aperçu de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Moldowan*

Il est bien accepté que le régime fiscal canadien a emprunté la notion de « source » aux lois fiscales anglaises, et que la Loi a toujours fait état de revenus tirés de diverses « sources » : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (6^e éd. 2000), p. 102-103. Le mot « source » n'est toutefois pas défini dans la Loi et il appartient aux tribunaux de déterminer la nature et la portée des diverses sources de revenu dans la Loi.

En ce qui a trait à l'expression « attente raisonnable de profit » ou « espoir raisonnable de tirer un profit », elle est apparue pour la première fois sous la forme de l'expression « expectative raisonnable d'un bénéfice » dans la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97 (auparavant S.C. 1917, ch. 28) (« *LIGR* »), à la suite d'une modification apportée en 1939, ajoutant la définition de « frais personnels et frais de subsistance » à la *LIGR* : S.C. 1939, ch. 46, art. 2. Selon cette définition, l'expression « frais personnels et frais de subsistance » comprenait :

... les dépenses inhérentes aux propriétés qu'une personne maintient pour l'usage ou à l'avantage d'un contribuable ou de toute personne qui lui est apparentée par le sang, le mariage ou l'adoption, et qui ne sont pas maintenues en vue d'un commerce exercé de bonne foi à fin lucrative et avec l'expectative raisonnable d'un bénéfice;

Cette définition s'appliquait à l'al. 6f) *LIGR*, qui se lisait ainsi : « Dans le calcul de la somme des profits ou gains à imposer, il ne doit pas être accordé de déduction en ce qui concerne [...] [I]es frais personnels et les frais de subsistance ». L'expression semblable « espoir raisonnable de tirer un profit » figure dans la définition quasi inchangée de l'expression « frais personnels ou de subsistance » (qui se trouve désormais au par. 248(1)), elle-même rattachée à l'al. 18(1)(h). Ce dernier alinéa interdit la

21

22

income. It can be seen, therefore, that the statutory use of the phrase “reasonable expectation of profit” has changed little since its introduction into the *IWTA*.

23

Despite this fairly restrictive statutory use of the term “reasonable expectation of profit” (to disallow deductions for expenses of properties not maintained in connection with a business carried on with a reasonable expectation of profit), one author notes that several cases began to expand the use of the phrase in viewing “reasonable expectation of profit” as a general requirement of the “source of income” concept:

The first suggestion to this effect actually appears in the 1964 decision of *J.S. Stewart v. MNR*, a case concerning the raising of dogs for use in a display advertising business, in which the court stated (in obiter) that a business must be “carried out in good faith with a reasonable expectation of profit.” [[1964] C.T.C. 45, at p. 51 (Ex. Ct.)] Seven years later, in 1971, the Federal Court — Trial Division in *CBA Engineering Ltd. v. MNR* [71 D.T.C. 5282, at p. 5286] stated that farming could be either a hobby or an “operation with the expectation of profit,” in which case it would be a source. *CBA Engineering Ltd.* was followed in 1972 by *O. Dorfman v. MNR*, another farming case, in which the Federal Court — Trial Division stated, “In my view the words [source of income] are used in the sense of a business, employment, or property from which a net profit might reasonably be expected to come” [[1972] C.T.C. 151, at p. 154].

(C. Fien, “To Profit or Not to Profit: A Historical Review and Critical Analysis of the ‘Reasonable Expectation of Profit’ Test” (1995), 43 *Can. Tax J.* 1287, at p. 1298)

From this, the author concludes at p. 1299 that “[i]t appears that *CBA Engineering Ltd.*, *Dorfman*, and [D.A.] *Holley v. MNR*, [1973] C.T.C. 539 (F.C.T.D.) may well have been the springboard to Revenue Canada’s adoption of a broadly based ‘reasonable expectation of profit’ test.” In any event,

déduction des frais personnels ou de subsistance dans le calcul du revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien. On peut donc constater que l’emploi par le législateur de l’expression « attente raisonnable de profit » a peu changé depuis son introduction dans la *LIGR*.

En dépit de cet emploi relativement restrictif de l’expression « attente raisonnable de profit » (visant à interdire la déduction des dépenses relatives à des biens non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise), un auteur souligne que plusieurs décisions ont commencé à en étendre l’utilisation en considérant que l’« attente raisonnable de profit » est une exigence générale de la notion de « source de revenu » :

[TRADUCTION] La première suggestion en ce sens apparaît effectivement dans la décision *J.S. Stewart c. MRN* rendue en 1964 dans une affaire portant sur l’élevage de chiens destinés à servir dans des publicités par panneau-réclame, où la cour a dit (en exprimant une opinion incidente) qu’une entreprise doit être « exploitée de bonne foi avec l’expectative raisonnable de bénéfice » [[1964] C.T.C. 45, p. 51 (C. de l’É.)]. Sept ans plus tard, en 1971, dans la décision *CBA Engineering Ltd. c. MRN* [71 D.T.C. 5282, p. 5286], la Division de première instance de la Cour fédérale a dit qu’une exploitation agricole pouvait être soit un passe-temps, soit une « entreprise exploitée avec une expectative de profit », auquel cas elle serait une source. Cette décision a été suivie en 1972 par *O. Dorfman c. MRN*, une autre affaire d’exploitation agricole où la Division de première instance de la Cour fédérale a affirmé : « À mon avis, cette expression [source de revenu] est employée dans le sens d’une entreprise, d’un emploi ou d’un bien dont on peut raisonnablement espérer tirer un profit net » [[1972] C.T.C. 151, p. 154].

(C. Fien, « To Profit or Not to Profit : A Historical Review and Critical Analysis of the “Reasonable Expectation of Profit” Test » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1287, p. 1298)

L’auteur en conclut, à la p. 1299, qu’[TRADUCTION] « [i]l semble que les décisions *CBA Engineering Ltd.*, *Dorfman* et [D.A.] *Holley c. MRN*, [1973] C.T.C. 539 (C.F. 1^{re} inst.) aient bien pu servir de tremplin à l’adoption par Revenu Canada d’un critère général de l’« attente raisonnable de profit ». »

these early cases were certainly germane to the decision in *Moldowan*.

In *Moldowan*, the taxpayer carried on a horse-racing activity. The Minister had conceded that this activity constituted a business; the issue before the Court was whether the taxpayer's farming was his chief source of income such that he could fully deduct his losses under s. 13 of the Act. As such, the following comments of Dickson J. at pp. 485-86 relating to "reasonable expectation of profit" were *obiter*:

Although originally disputed, it is now accepted that in order to have a "source of income" the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. Source of income, thus, is an equivalent term to business: *Dorfman v. M.N.R.* [[1972] C.T.C. 151]. See also s. 139(1)(ae) of the *Income Tax Act* which includes as "personal and living expenses" and therefore not deductible for tax purposes, the expenses of properties maintained by the taxpayer for his own use and benefit, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit. If the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any deduction at all in respect of expenses incurred.

There is a vast case literature on what reasonable expectation of profit means and it is by no means entirely consistent. In my view, whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts. The following criteria should be considered: the profit and loss experience in past years, the taxpayer's training, the taxpayer's intended course of action, the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital cost allowance. The list is not intended to be exhaustive. The factors will differ with the nature and extent of the undertaking: *The Queen v. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. One would not expect a farmer who purchased a productive going operation to suffer the same start-up losses as the man who begins a tree farm on raw land.

Since this Court's decision in *Moldowan*, the "reasonable expectation of profit" or "REOP" test

De toute façon, ces premières décisions ne sont sûrement pas étrangères à l'arrêt *Moldowan*.

Dans l'affaire *Moldowan*, le contribuable exerçait une activité liée aux courses de chevaux. Le ministre avait concédé que cette activité constituait une entreprise; la question soumise à la Cour était de savoir si l'agriculture constituait la principale source de revenu du contribuable, de sorte qu'il puisse déduire la totalité de ses pertes en vertu de l'art. 13 de la Loi. Les observations suivantes que le juge Dickson a formulées, aux p. 485-486, au sujet de l'« expectative raisonnable de profit », constituaient une opinion incidente :

Il y a d'abord eu controverse, mais il est maintenant admis que pour avoir une « source » de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable de profit. L'expression source de revenu équivaut donc au terme entreprise : *Dorfman c. M.N.R.*, [[1972] C.T.C. 151]. Voir également l'al. 139(1)ae) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui inclut à titre de « frais personnels ou frais de subsistance », donc non déductibles aux fins de l'impôt, les dépenses inhérentes aux propriétés entretenues par le contribuable pour son propre usage et avantage, et non entretenues relativement à une entreprise exploitée en vue d'un profit ou dans une expectative raisonnable de profit. Si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées.

Une jurisprudence volumineuse traite de la signification de l'expression expectative raisonnable de profit, mais il ne s'en dégage aucune constante. À mon avis, on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit. On doit alors tenir compte des critères suivants : l'état des profits et pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable et la voie sur laquelle il entend s'engager, la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive. Les facteurs seront différents selon la nature et l'importance de l'entreprise : *La Reine c. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. Personne ne peut s'attendre à ce qu'un fermier qui achète une affaire déjà productive subisse au départ les mêmes pertes que celui qui met sur pied une exploitation forestière sur un terrain vierge.

Depuis que l'arrêt *Moldowan* de notre Cour a été rendu, le ministre et les tribunaux ont appliqué

has been applied by the Minister and the courts in a variety of situations in order to determine whether a taxpayer has a source of income, whether business or property. However, as the above discussion indicates, equating the phrase “reasonable expectation of profit” with a “source” of income for the purposes of the Act is a case law expansion of the use of that phrase in the definition of “personal or living expenses” in the Act. As such, it is appropriate to examine the REOP test closely in order to determine whether it should be accepted as a stand-alone source test, or whether there is a better approach to assessing the existence of a source. Indeed, the wide range of approaches that courts have taken to the REOP test alone calls for clarification.

(2) Post-Moldowan REOP Cases

26 Since *Moldowan*, courts have differed in their acceptance of the REOP analysis as the appropriate test for the source of income determination, and a brief survey of some of these cases is a useful starting point for an evaluation of the *Moldowan* test.

27 Although cases where the Minister has disallowed deductions or losses on a “no reasonable expectation of profit” basis have taken a range of positions, they can generally be categorized into two groups: those which accept the use of the test where there is no personal element to the taxpayer’s activities, and those which hold that the test has no application unless there is a personal or hobby aspect to the endeavour.

28 In *Landry v. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213, the majority of the Federal Court of Appeal held that the taxpayer who had come out of retirement to practise law at the age of 71 did not satisfy the REOP test and thus had no source of income from which to deduct the losses that

le critère de l’« expectative raisonnable de profit » ou critère de l’ERP dans diverses situations pour déterminer si un contribuable disposait d’une source de revenu, qu’il s’agisse d’une entreprise ou d’un bien. Toutefois, comme l’indique l’analyse qui précède, assimiler « expectative raisonnable de profit » à « source » de revenu aux fins d’application de la Loi est une extension jurisprudentielle de l’utilisation de l’expression « espoir raisonnable de tirer un profit » dans la définition de « frais personnels ou de subsistance » figurant dans la Loi. Pour cette raison, il convient d’examiner attentivement le critère de l’ERP pour décider s’il y a lieu de l’accepter comme critère indépendant servant à déterminer l’existence d’une source ou s’il y a une meilleure façon de déterminer l’existence d’une source. À vrai dire, la grande diversité de façons dont les tribunaux ont abordé le critère de l’ERP requiert en soi des éclaircissements.

(2) La jurisprudence relative à l’ERP qui a suivi l’arrêt *Moldowan*

Depuis l’arrêt *Moldowan*, les tribunaux sont partagés en ce qui a trait à l’acceptation de l’analyse de l’ERP comme critère applicable pour déterminer l’existence d’une source de revenu; un bref examen d’une partie de la jurisprudence portant sur cette question constitue un bon point de départ pour évaluer le critère établi dans l’arrêt *Moldowan*.

Malgré la gamme de positions qui y ont été adoptées, les affaires dans lesquelles le ministre a refusé la déduction de dépenses ou de pertes en invoquant l’« absence d’expectative raisonnable de profit » peuvent généralement être réparties dans deux catégories. Il y a d’abord celles où l’on accepte que le critère soit appliqué lorsque les activités du contribuable ne comportent aucun aspect personnel, et celles où l’on statue que ce critère est inapplicable sauf si la démarche en cause comporte un aspect personnel ou récréatif.

Dans l’arrêt *Landry c. Ministre du Revenu national* (1994), 173 N.R. 213, la Cour d’appel fédérale, à la majorité, a statué que le contribuable qui retournait à la pratique du droit à 71 ans, après avoir pris sa retraite, ne satisfaisait pas au critère de l’ERP et ne disposait donc d’aucune source de revenu dont

his practice had incurred. Writing for the majority, Décarry J.A. quoted and accepted the Tax Court judge's application of the test (at para. 1):

I see no reason why the reasonable expectation of profit test should not apply to any profession, liberal or otherwise, any occupation or activity which purports to be in the course of carrying on a business. As I see it, the reasonable expectation of a profit is a general rule applicable to any activity which may give rise to business income. . . . [Emphasis added.]

Décarry J.A. then concluded (at para. 3) that:

It is possible for someone, with the best will in the world, to practise an activity that takes all his or her time and that activity may still not be a business for the purposes of the *Income Tax Act*. . . . For the purposes of determining whether there is a source of income, only an activity that is profitable or that is carried on with a reasonable expectation of profit is a business. . . . [Emphasis added.]

This decision was followed in *Hugill v. The Queen*, 95 D.T.C. 5311 (F.C.A.), in which the taxpayer's deductions in respect of rental properties were disallowed. At p. 5311, the Federal Court of Appeal affirmed the Tax Court of Canada's determination that the taxpayer's business plan was unrealistic and therefore that there was no reasonable expectation of profit:

In reaching this decision, the Tax Court judge had regard to: the constant losses suffered by the taxpayer since 1984; the lack of improvements required if the properties were to be rented during both the summer and winter seasons; and the fact that the venture "has been, and continues to be, under capitalized". It is true that the applicant had a "plan" which if realized might reasonably have resulted in a profit but unfortunately it was a plan which changed from year to year as his personal financial circumstances changed. In the circumstances, the reasoning of Mr. Justice Décarry in *Landry [v. Ministre du Revenu national]* (1994), 173 N.R. 213, at para. 4] is particularly apt: "There comes a time in the life of any business operating at a deficit when the Minister must be able to determine objectively . . . that a reasonable expectation of profit has turned into an impossible dream."

il pouvait déduire les pertes subies dans le cadre de sa pratique. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Décarry a cité et accepté l'application du critère par le juge de la Cour de l'impôt (au par. 1) :

Je ne vois pas de raison pour laquelle le critère de l'espoir raisonnable de profit ne s'appliquerait pas à toute profession, libérale ou non, à tout métier ou à toute activité qui est proposée comme constituant l'exploitation d'une entreprise. D'après moi, l'espoir raisonnable de profit est un critère d'application générale relatif à toute activité qui pourrait donner lieu à un revenu d'entreprise . . . [Nous soulignons.]

Le juge Décarry a ensuite conclu ceci (au par. 3) :

Quelqu'un peut bien, avec la meilleure volonté du monde, exercer une activité qui prend tout son temps, sans que cette activité ne devienne pour autant une entreprise pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [. . .] N'est en effet entreprise, aux fins de déterminer s'il y a source de revenu, qu'une activité qui est profitable ou qui est exercée avec un espoir objectif raisonnable de profit . . . [Nous soulignons.]

Cette décision a été suivie dans l'arrêt *Hugill c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 655 (QL) (C.A.), où la cour a refusé les déductions demandées par le contribuable à l'égard de biens locatifs. Au paragraphe 2, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt que le plan d'affaires du contribuable était irréaliste et que, par conséquent, il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit :

Dans sa décision, le juge a pris les éléments suivants en considération : les pertes constantes subies par le contribuable depuis 1984; l'absence des améliorations nécessaires pour que les biens puissent être loués durant les saisons d'été et d'hiver; le fait que l'entreprise a été et continue d'être sous-capitalisée. Il est vrai que le requérant possédait un « plan » qui, s'il s'était concrétisé, aurait pu raisonnablement entraîner un profit, mais ce plan a malheureusement changé au fil des ans en fonction de la situation financière personnelle du contribuable. Dans les circonstances, le raisonnement du juge Décarry dans l'affaire *Landry [c. Ministre du Revenu national]* (1994), 173 N.R. 213, par. 4], est particulièrement pertinent : « Il vient donc un temps, dans la vie de toute entreprise déficitaire, où le ministre doit pouvoir déterminer objectivement [. . .] qu'un espoir raisonnable de profit s'est transformé en rêve impraticable. »

30

A similar approach was taken in *Sirois v. M.N.R.*, 88 D.T.C. 1114 (T.C.C.), where the taxpayer ran a restaurant business that suffered losses from 1976 to 1984. The Minister disallowed the losses for the 1981 and 1982 taxation years. Couture C.J.T.C. reviewed the operations of the business, including seating capacity and opening hours in order to determine whether a reasonable expectation of profit existed so as to allow the taxpayer to deduct the losses. At pp. 1115-16, he concluded that:

... for the 1981 taxation year, considering that the restaurant was operated with seating for only twenty (20), four days a week, and that since 1976 the operations had shown a loss, there was no realistic reasonable expectation of profit in these circumstances.

For the 1982 taxation year, however, when the situation was entirely different, I am of the opinion that the respondent . . . was not justified in presuming that there was no reasonable expectation of profit in such circumstances.

31

Although cases such as *Landry, Hugill*, and *Sirois* evidenced a willingness on the part of the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal to reassess the business decisions of taxpayers, in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73, the Federal Court of Appeal appeared to temper this approach somewhat. In that case, the taxpayers purchased a rental property which incurred losses. In allowing the taxpayers to deduct these losses, Linden J.A., at paras. 26 and 28, made the following remarks with respect to the REOP test:

But do the Act's purposes suggest that deductions of losses from *bona fide* businesses be disallowed solely because the taxpayer made a bad judgment call? I do not think so. The tax system has every interest in investigating the *bona fides* of a taxpayer's dealings in certain situations, but it should not discourage, or penalize, honest but erroneous business decisions. The tax system does not tax on the basis of a taxpayer's business acumen, with deductions extended to the wise and withheld from the foolish. . . .

Une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *Sirois c. M.R.N.*, [1987] A.C.I. n° 824 (QL), où le contribuable avait exploité une entreprise de restauration ayant subi des pertes de 1976 à 1984. Le ministre a refusé la déduction des pertes pour les années d'imposition 1981 et 1982. Le juge en chef Couture a examiné l'exploitation de l'entreprise, y compris le nombre de places et les heures d'ouverture, afin de déterminer s'il existait une expectative raisonnable de profit qui permettrait au contribuable de déduire ses pertes. À la page 3, il a conclu que :

... pour l'année d'imposition 1981, considérant que le restaurant était opéré avec un effectif de vingt (20) places seulement, quatre jours par semaine et que depuis 1976 les opérations s'étaient soldées à pertes qu'une expectative raisonnable de profit dans ces circonstances n'était pas réaliste.

Par ailleurs pour l'année d'imposition 1982 alors qu'il s'agissait d'une toute nouvelle situation de faits, je suis d'opinion que l'intimé [. . .] n'était pas justifié de présumer qu'une expectative raisonnable de profit n'existait pas dans de telles circonstances.

Même si des décisions comme *Landry, Hugill* et *Sirois* témoignent de la volonté de la Cour canadienne de l'impôt et de la Cour d'appel fédérale de réexaminer les décisions commerciales des contribuables, dans l'arrêt *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73, la Cour d'appel fédérale a semblé tempérer quelque peu cette approche. Dans cette affaire, les contribuables avaient acquis un bien locatif qui a entraîné des pertes. En autorisant la déduction de ces pertes par les contribuables, le juge Linden a formulé les observations suivantes au sujet du critère de l'ERP (aux par. 26 et 28) :

Cependant, le respect des objets de la Loi exige-t-il que les déductions de pertes provenant d'entreprises exploitées de bonne foi soient refusées pour la simple raison que le contribuable a fait preuve de mauvais jugement? Je ne le crois pas. Si l'examen de la bonne foi du contribuable est nettement justifié dans certains cas, le régime fiscal ne devrait pas décourager ou pénaliser les contribuables qui ont pris des décisions honnêtes, mais erronées. Le régime d'imposition n'est pas fondé sur l'examen du sens des affaires de façon à accorder les déductions aux contribuables perspicaces et à les refuser à ceux qui ont manqué de jugement . . .

The *Moldowan* test, therefore is a useful tool by which the tax-inappropriateness of an activity may be reasonably inferred when other, more direct forms of evidence are lacking. Consequently, when the circumstances do not admit of any suspicion that a business loss was made for a personal or non-business motive, the test should be applied sparingly and with a latitude favouring the taxpayer, whose business judgment may have been less than competent.

However, to this Linden J.A. added that it was open for courts to determine that “though the taxpayer genuinely intended the pursuit of profit through a purely commercial activity, the intention was unrealistic, the expectation of profit unreasonable, and hence, the activity was not a business” (para. 36).

In *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.), Linden J.A. applied the REOP test to a situation where the taxpayer had defaulted on mortgage payments in respect of a rental property which was subsequently ordered to be sold to the mortgagee. The Minister disallowed the deduction of interest payments on the mortgage in respect of the interim period before the mortgagee acquired the property on the basis that the taxpayer had no reasonable expectation of profit. At para. 20, Linden J.A. upheld the Minister’s assessment and the application of the REOP test to these facts:

In cases such as this, therefore, where it is clear that no profit could be earned in the year or forever after because of the judicial sale proceedings, *Moldowan* is applicable. . . . This is not a case of second-guessing poor business decisions that do not yield profit, which was the case in *Tonn*.

In contrast to the above cases, other decisions, particularly those of Bowman A.C.J. of the Tax Court of Canada, have taken a different view of the applicability REOP test. In *Allen v. The Queen*, 99 D.T.C. 968 (T.C.C.), aff’d 2000 D.T.C. 6559 (F.C.A.) (*sub nom. The Queen v. Milewski*), Bowman J.T.C.C. (as he then was) held at paras. 18-25 that the REOP test had no application in a situation similar to the one at bar, where, with near 100 percent financing, the

Par conséquent, le critère de l’arrêt *Moldowan* est un critère utile qu’il est possible d’appliquer pour conclure qu’une activité du contribuable est inappropriée en l’absence d’éléments de preuve plus directs. Ainsi, lorsque les circonstances ne soulèvent nullement la question de savoir si une perte d’entreprise a été engagée dans un but personnel ou dans un but non lié à l’entreprise, le critère devrait être appliqué avec modération et avec une latitude favorisant le contribuable, dont le sens des affaires a peut-être fait défaut.

Le juge Linden a toutefois ajouté que les tribunaux pouvaient décider que, « même si le contribuable désirait vraiment tirer profit d’une activité purement commerciale, l’intention n’était pas réaliste, l’attente de profit n’était pas raisonnable et, par conséquent, l’activité n’était pas une entreprise » (par. 36).

Dans l’arrêt *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.), le juge Linden a appliqué le critère de l’ERP à la situation d’un contribuable qui avait cessé d’effectuer les versements hypothécaires relatifs à un bien locatif dont la vente au créancier hypothécaire avait par la suite été ordonnée. Le ministre a refusé la déduction du montant des intérêts versés sur le prêt hypothécaire pendant la période ayant précédé la vente du bien au créancier hypothécaire, pour le motif que le contribuable n’avait alors aucune expectative raisonnable de profit. Le juge Linden a confirmé la cotisation du ministre ainsi que l’application du critère de l’ERP à ces faits (au par. 20) :

En pareils cas, lorsqu’il est clair qu’aucun profit ne pourrait être réalisé au cours de l’année ou à l’avenir, en raison de la procédure de vente judiciaire, l’arrêt *Moldowan* s’applique. [. . .] Il ne s’agit pas ici de reconsidérer de mauvaises décisions commerciales qui ne génèrent pas de profit, comme c’était le cas dans l’affaire *Tonn*.

Contrairement aux affaires susmentionnées, d’autres décisions, en particulier celles rendues par le juge Bowman de la Cour canadienne de l’impôt, ont adopté un point de vue différent au sujet de l’applicabilité du critère de l’ERP. Dans la décision *Allen c. Canada*, [1999] A.C.I. n° 499 (QL), conf. par [2000] A.C.F. n° 1651 (QL) (C.A.), le juge Bowman (maintenant Juge en chef adjoint) a conclu, aux par. 18-25, que le critère

taxpayers formed a partnership which carried on a rental business and incurred losses:

In my opinion, the respondent has misapplied the [R]EOP doctrine. We are dealing here with two individuals who have invested, through a limited partnership, in a perfectly viable business that started making a profit in the second year. There was no personal element involved — neither appellant has any intention of residing in the apartments. . . .

How then does the fact that the acquisition of the limited partnership interests was financed substantially by the borrowing of money through the Equity Notes and Second Equity Notes at what, on the evidence, was a favourable interest rate, turn a viable and profitable business into one that had no reasonable expectation of profit and was, therefore, not a business and not a source of income? The investment was clearly long term and *bona fide*, with the expectation that in the fullness of time the debt would be paid down and ultimately paid off and the appellants would have a lasting investment. The Minister's position, as revealed in the portions of the examination for discovery that were read in, is that once the income from the partnership exceeded the interest charges, the non-business will become a business and the Minister will start to tax.

Whatever else may be said about 99% financing of an investment, it certainly cannot be said that its result is that the vehicle in which the taxpayer has invested did not carry on a business. This is wrong as a matter of logic, law and common sense. The Minister is seeking to limit the deduction of the amount of interest which is permitted by paragraph 20(1)(c) by intoning the ritual incantation [R]EOP, where it is obvious and admitted that the partnership is carrying on a profitable business.

de l'ERP ne s'appliquait pas à une situation semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où, avec un financement presque total, les contribuables formaient une société qui exploitait une entreprise de location et qui a subi des pertes :

À mon avis, l'intimée a mal appliqué la doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit. Nous sommes en présence ici de deux particuliers qui ont investi, par l'intermédiaire d'une société en commandite, dans une entreprise parfaitement viable qui a commencé à réaliser des bénéfices dans la deuxième année d'activité. Il n'y avait aucun élément personnel — ni l'un ni l'autre appelant n'avait l'intention de résider dans les appartements . . .

Comment, alors, le fait que l'acquisition des participations dans la société en commandite a été financée en grande partie par un emprunt au moyen de billets et de billets de second rang à ce qui, selon la preuve, était un taux d'intérêt favorable, transforme-t-il une entreprise viable et rentable en une entreprise qui n'est ni une entreprise ni une source de revenu au motif qu'il n'y a aucune attente raisonnable de profit? Il était clairement question d'un investissement à long terme fait de bonne foi, et l'on s'attendait à ce que, en temps et lieu, des versements soient effectués sur l'emprunt, lequel finirait par être remboursé, les appelants se retrouvant avec un investissement durable. La thèse du ministre, comme en font foi les parties de l'interrogatoire préalable qui ont été versées au dossier, est que, une fois que le revenu de la société aura excédé les frais d'intérêt, ce qui n'est pas pour l'instant une entreprise deviendra une entreprise, et le ministre commencera à imposer le revenu de celle-ci.

Quoi que l'on puisse dire d'autre sur le financement à 99 p. 100 d'un investissement, on ne peut certainement pas dire que, par voie de conséquence, le véhicule dans lequel le contribuable a investi n'exploitait pas une entreprise. Cela est erroné sur le plan de la logique, du droit et du bon sens. Le ministre cherche à limiter la déduction de l'intérêt permise à l'alinéa 20(1)(c) en faisant valoir la sempiternelle absence d'attente raisonnable de profit, alors qu'il est évident et admis que la société exploite une entreprise rentable.

The [R]EOP principle may have some application where a person tries to write off losses from a hobby such as horseracing (*Rai v. The Queen*, February 8, 1999, file number 98-925(IT)I); or from collecting antique Coca-Cola bottles (*Kaye v. The Queen*, 98 DTC 1659); or renting a portion of the basement of that person's dwelling to a relative and trying to write off 2/3 of the costs of the house. It operates at the liminal stage of questioning the existence of a business. Where there is no personal element and a genuine business exists the [R]EOP doctrine has no application. . . . [Emphasis added.]

Bowman J.T.C.C. has expressed a similar view in a variety of cases: see, for example, *Nichol v. The Queen*, 93 D.T.C. 1216 (T.C.C.); *Bélec v. The Queen*, 95 D.T.C. 121 (T.C.C.); *Kaye v. The Queen*, 98 D.T.C. 1659 (T.C.C.).

It is evident from this brief review that the REOP test has not been interpreted and applied in a consistent manner. The cases dealing with this concept fall along a spectrum. At one end are the decisions which consider REOP to be the test by which the viability of the taxpayer's business plan is assessed, whatever the activity in question happens to be, and to determine whether this activity deserves to be considered a "source of income". At the other end of the spectrum are the cases which use the REOP analysis only where the activity in question contains a personal or hobby element, and then only as a factor in determining whether this activity is sufficiently commercial to be labelled a "source of income". The only coherent message that emerges from a survey of the cases which have followed *Moldowan* is that the proper role of "reasonable expectation of profit" is in need of clarification.

(3) Problems with the REOP Test

Since *Moldowan*, there has been a fair amount of judicial and academic criticism of the alleged misuse of the REOP test. These comments can be generally classified into two types. First, some critics allege that there is no statutory foundation for using "reasonable expectation of profit" as the test to determine whether a source of income exists. Second, it is argued that, even if *Moldowan* did set

La doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit s'applique peut-être dans une certaine mesure lorsqu'une personne essaie de déduire les pertes qu'a entraînées un passe-temps comme la course de chevaux (*Rai v. The Queen*, 8 février 1999, n° de dossier 98-925(IT)I), ou la collection de vieilles bouteilles de Coca-Cola (*Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL)), ou qu'elle loue une partie d'un sous-sol à un parent et tente ensuite de déduire 2/3 des frais se rapportant à la maison. La doctrine s'applique au stade initial, qui consiste à mettre en cause l'existence d'une entreprise. Lorsqu'il n'y a aucun élément personnel et qu'une entreprise véritable existe, la doctrine de l'absence d'attente raisonnable de profit ne s'applique pas . . . [Nous soulignons.]

Le juge Bowman a exprimé un point de vue semblable dans diverses décisions : voir, par exemple, *Nichol c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 541 (QL); *Bélec c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 595 (QL); *Kaye c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 265 (QL).

Il ressort clairement de ce bref survol que le critère de l'ERP n'a pas été interprété ni appliqué de façon uniforme. Les décisions portant sur cette notion forment un éventail. À une extrémité, il y a les décisions où l'on considère que l'ERP est le critère applicable pour apprécier la viabilité du plan d'affaires du contribuable, quelle que puisse être l'activité en cause, et pour déterminer si cette activité mérite d'être considérée comme une « source de revenu ». À l'autre extrémité, il y a les décisions où l'on a recours à l'analyse de l'ERP seulement lorsque l'activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif et, le cas échéant, uniquement pour déterminer si l'activité est suffisamment commerciale pour être qualifiée de « source de revenu ». Le seul message cohérent qui se dégage d'un examen de la jurisprudence ayant suivi *Moldowan* est qu'il est nécessaire de clarifier le rôle que doit jouer le critère de l'« expectative raisonnable de profit ».

(3) Problèmes posés par le critère de l'ERP

Depuis l'arrêt *Moldowan*, un nombre relativement élevé de juges et d'auteurs ont dénoncé ce qu'ils considèrent comme un mauvais usage du critère de l'ERP. Ces commentaires peuvent généralement être répartis dans deux catégories. Premièrement, certains critiques prétendent qu'il n'y a aucune raison légale de recourir au critère de l'« expectative raisonnable de profit » pour

34

35

out a legitimate “source” test, the test is problematic and should be rejected.

36

In Dickson J.’s *obiter* comments with respect to reasonable expectation of profit, he cites *Dorfman v. M.N.R.*, [1972] C.T.C. 151 (F.C.T.D.), as authority for the proposition that in order to have a source of income the taxpayer must have a reasonable expectation of profit. However, several commentators have pointed out that *Dorfman* stands for a slightly different proposition. In particular, in *Dorfman*, the Federal Court, Trial Division was dealing with an argument by the Minister that because the taxpayer had not realized net farming income for the year, that farming could not be a source of the taxpayer’s income. In rejecting that argument, Collier J., at p. 154, stated that:

I cannot accept the interpretation put by counsel for the Minister in this case on the words “source of income”: that there must be net income before there can be a source. In my view the words are used in the sense of a business, employment, or property from which a net profit might reasonably be expected to come.

In other words, the court was addressing the contention that the phrase “source of income” required a net profit. In response to this particular argument, the court held that, where an activity had a reasonable expectation of net profit, this was enough to constitute a source of income. Put in other terms, the fact that an activity is being carried on with a reasonable expectation of profit is sufficient for the activity to constitute a source of income.

37

It has been pointed out that, as a matter of logic, the fact that an activity carried on with a reasonable expectation of profit is a sufficient requirement for a source of income (the proposition from *Dorfman*) does not entail that a reasonable expectation of profit is a necessary requirement for a source of income (the proposition from *Moldowan*): see B. S. Nichols, “Chants and Ritual Incantations: Rethinking the

déterminer l’existence d’une source de revenu. Deuxièmement, l’on fait valoir que, même si l’arrêt *Moldowan* a effectivement établi un critère légitime pour déterminer l’existence d’une source, ce critère est problématique et doit être rejeté.

Dans ses observations incidentes concernant l’expectative raisonnable de profit, le juge Dickson cite la décision *Dorfman c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1972] A.C.F. n° 200 (QL) (1^{re} inst.), à l’appui de la proposition selon laquelle, pour avoir une source de revenu, le contribuable doit avoir une expectative raisonnable de profit. Toutefois, plusieurs commentateurs ont souligné que la décision *Dorfman* énonce un principe légèrement différent. Plus particulièrement, la Division de première instance de la Cour fédérale, dans l’affaire *Dorfman*, était appelée à examiner un argument du ministre selon lequel l’agriculture ne pouvait pas être une source de revenu pour le contribuable étant donné qu’il n’avait tiré aucun revenu net de l’agriculture pendant l’année. En rejetant cet argument, le juge Collier a dit, au par. 16 :

Je ne puis accepter l’interprétation que l’avocat du Ministre donne en l’espèce à l’expression « source de revenu » et suivant laquelle il doit y avoir un revenu net avant de pouvoir dire qu’il y a une source de revenu. À mon avis, cette expression est employée dans le sens d’une entreprise, d’un emploi ou d’un bien desquels on peut raisonnablement espérer tirer un bénéfice.

En d’autres termes, la cour examinait l’argument selon lequel l’expression « source de revenu » exigeait un profit net. En réponse à cet argument particulier, la cour a conclu que, lorsqu’une activité comportait une expectative raisonnable de profit net, cela suffisait pour qu’elle constitue une source de revenu. Autrement dit, le fait d’exercer une activité avec une expectative raisonnable de profit suffit pour que cette activité constitue une source de revenu.

On a souligné que, logiquement, le fait qu’une activité exercée avec une expectative raisonnable de profit constitue une condition suffisante pour qu’il y ait source de revenu (la proposition dégagée de la décision *Dorfman*) ne signifie pas pour autant qu’une expectative raisonnable de profit est une condition nécessaire de l’existence d’une source de revenu (la proposition dégagée de l’ar-

Reasonable Expectation of Profit Test”, in 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), vol. 1, 28:1, at pp. 28:4-28:5; S. Silver, “Great Expectations: Are They Reasonable?”, in *Corporate Management Tax Conference 1995* (1996), 6:1, at pp. 6:6-6:7. In other words, it is argued that by taking the comments from *Dorfman* out of their particular context and applying them generally, *Moldowan* mistakenly equated “source of income” with “reasonable expectation of profit”.

Indeed, equating the term “business” with the phrase, “reasonable expectation of profit” does not accord with the traditional common law definition of business, which is that “anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit is business” (*Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at p. 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.*, [1968] 2 Ex. C.R. 78, aff’d 68 D.T.C. 5316 (S.C.C.)). In addition, early cases dealing with the proper definition of a business rejected looking exclusively at one factor. For example, in *Erichsen v. Last* (1881), 4 T.C. 422, at p. 423, the English Court of Appeal stated:

I do not think there is any principle of law which lays down what carrying on of trade is. There are a multitude of incidents which together make the carrying on [of] a trade, but I know of no one distinguishing incident which makes a practice a carrying on of trade, and another practice not a carrying on of trade. If I may use the expression, it is a compound fact made up of a variety of incidents.

Thus, to equate “source of income” with “reasonable expectation of profit”, at least in the instance of a business source, is not in line with these earlier characterizations of “business”.

The view has also been taken that Dickson J. did not intend to set out a broadly applicable source test in *Moldowan*, but instead that he was simply distinguishing between mere hobbies and *bona*

rêt *Moldowan*) : voir B. S. Nichols, « Chants and Ritual Incantations: Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test », dans 1996 Conference Report, *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), vol. 1, 28:1, p. 28:4-28:5; S. Silver, « Great Expectations: Are They Reasonable? », dans *Corporate Management Tax Conference 1995* (1996), 6:1, p. 6:6-6:7. En d’autres mots, on prétend qu’en sortant les observations de la décision *Dorfman* de leur contexte particulier pour les appliquer de façon générale, l’arrêt *Moldowan* a erronément assimilé « source de revenu » à « expectative raisonnable de profit ».

En fait, assimiler le terme « entreprise » à l’expression « expectative raisonnable de profit » n’est pas conforme à la définition traditionnelle du mot « entreprise », qui est donnée en common law, à savoir : [TRADUCTION] « tout ce qui occupe le temps, l’attention et les efforts d’un homme et qui a pour objet la réalisation d’un profit est une entreprise » (*Smith c. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), p. 258; *Terminal Dock and Warehouse Co. c. M.N.R.*, [1968] 2 R.C. de l’É. 78, conf. par 68 D.T.C. 5316 (C.S.C.)). De plus, d’anciennes décisions portant sur la définition à donner au mot « entreprise » ont rejeté l’approche consistant à ne considérer qu’un seul facteur. Par exemple, dans l’arrêt *Erichsen c. Last* (1881), 4 T.C. 422, p. 423, la Cour d’appel anglaise a dit :

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu’un principe de droit établisse en quoi consiste l’exploitation d’une entreprise. Ce sont plusieurs faits qui, réunis, constituent l’exploitation d’une entreprise, mais je ne connais aucun fait distinctif qui permette de conclure qu’une pratique, contrairement à une autre, constitue l’exploitation d’une entreprise. Si je peux m’exprimer ainsi, il s’agit d’une situation complexe constituée de divers éléments.

Par conséquent, assimiler « source de revenu » à « expectative raisonnable de profit », à tout le moins dans le cas d’une source constituée d’une entreprise, n’est pas conforme à ces définitions antérieures du mot « entreprise ».

On s’est également dit d’avis que, dans l’arrêt *Moldowan*, le juge Dickson n’a pas voulu énoncer un critère applicable de manière générale pour déterminer l’existence d’une source, mais qu’il

38

39

vide businesses: see J. R. Owen, “The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?” (1996), 44 *Can. Tax J.* 979, at p. 1002. This view stems from the fact that in the same paragraph where Dickson J. equates a business with a reasonable expectation of profit, he states “[i]f the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any deduction at all in respect of expenses incurred”: *Moldowan, supra*, at p. 485. As well, various cases have held that the *Moldowan* test is only applicable where there is some personal element to the taxpayer’s endeavour: *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at paras. 69 and 72; *Allen, supra*; *Nichol, supra*; *Bélec, supra*.

n’a fait qu’établir une distinction entre les simples passe-temps et les entreprises exploitées de bonne foi : voir J. R. Owen, « The Reasonable Expectation of Profit Test : Is There a Better Approach? » (1996), 44 *Rev. fisc. can.* 979, p. 1002. Ce point de vue émane du fait que, dans le même paragraphe où il assimile « entreprise » à « expectative raisonnable de profit », le juge Dickson affirme que « [s]i le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées » : *Moldowan*, précité, p. 485. De même, les tribunaux ont conclu, dans diverses décisions, que le critère de l’arrêt *Moldowan* n’est applicable que lorsque la démarche du contribuable comporte un aspect personnel : *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 69 et 72; *Allen*, précité; *Nichol*, précité; *Bélec*, précité.

40 In light of the definition of “business” developed in earlier cases, as well as the dubious scope of Dickson J.’s *obiter* reference to “reasonable expectation of profit” in *Moldowan*, which may also have been a mistaken application of that phrase as used in *Dorfman*, the REOP test should not be blindly accepted as the correct approach to the “source of income” determination. This conclusion is strengthened by the fact that subsequent cases have run the gamut with respect to the application of the REOP concept.

Compte tenu de la définition donnée au mot « entreprise » dans la jurisprudence antérieure et de la portée douteuse de la mention incidente de l’« expectative raisonnable de profit » par le juge Dickson dans l’arrêt *Moldowan*, qui peut également avoir constitué une application erronée de cette expression employée dans la décision *Dorfman*, l’ERP ne devrait pas être acceptée aveuglément comme étant le critère approprié pour déterminer l’existence d’une « source de revenu ». Cette conclusion est renforcée par le fait que la jurisprudence subséquente couvre toute la gamme des possibilités en ce qui a trait à l’application de la notion d’ERP.

41 It has also been argued that the limited use of the phrase, “reasonable expectation of profit” in the Act, does not support its use as a stand-alone source test. As mentioned above, the phrase first appeared in the Act in the definition of “personal or living expenses”. The current version of that definition, in s. 248(1) (R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)), reads:

On a aussi prétendu que l’utilisation limitée de l’expression « attente raisonnable de profit » ou « espoir raisonnable de tirer un profit » dans la Loi ne justifie pas qu’on l’utilise comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une source. Comme nous l’avons vu, cette expression est apparue pour la première fois, sous la forme de l’expression « expectative raisonnable d’un bénéfice », dans la définition de l’expression « frais personnels et frais de subsistance » contenue dans la Loi. La version actuelle de cette définition, au par. 248(1) (L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)), se lit ainsi :

“personal or living expenses” includes

« frais personnels ou de subsistance » Sont compris parmi les frais personnels ou de subsistance :

(a) the expenses of properties maintained by any person for the use or benefit of the taxpayer or any person connected with the taxpayer by blood relationship, marriage or common-law partnership or adoption, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit;

The phrase “personal or living expenses” relates to s. 18(1)(h) of the Act which now reads:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travel expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on the taxpayer’s business;

Silver, *supra*, at p. 6:4, contrasts this limited statutory use of the phrase “reasonable expectation of profit” with its broader judicial application:

In any event, while the definition of “personal or living expenses” in subsection 248(1) is inclusive rather than exhaustive, it is clear that the provision and paragraph 18(1)(h) have limited application. The legislation establishes a “reasonable expectation of profit” test only in connection with expenses incurred in the maintenance of properties and only in connection with expenses from which the taxpayer may derive some use or benefit.

It can be seen, therefore, from an examination of the Act that the statutory provisions that employ a “reasonable expectation of profit” test are specific in nature and would not appear to support a broad application of this test by Revenue Canada and the courts.

Thus, the only way to accept “reasonable expectation of profit” as the test to determine whether a taxpayer has a source of income is to adopt an interpretive rule of law which is independent of the provisions of the Act. As this Court observed in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 53, “this Court has repeatedly stated that in matters of tax law, a court should always be reluctant to engage in judicial innovation and rule making”. Although it is true that the term

a) les dépenses inhérentes aux biens entretenus par toute personne pour l’usage ou l’avantage du contribuable ou de toute personne unie à ce dernier par les liens du sang, du mariage, de l’union de fait ou de l’adoption, et non entretenus dans le but ou avec l’espoir raisonnable de tirer un profit de l’exploitation d’une entreprise;

L’expression « frais personnels ou de subsistance » se rapporte à l’al. 18(1)h) de la Loi, qui se lit désormais ainsi :

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d’une entreprise ou d’un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

h) le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable — à l’exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l’exploitation de son entreprise alors qu’il était absent de chez lui;

Silver, *loc. cit.*, p. 6:4, oppose cette utilisation limitée de l’expression « attente raisonnable de profit » par le législateur à l’application plus large qu’en font les tribunaux :

[TRADUCTION] De toute façon, alors que la définition de « frais personnels ou de subsistance », figurant au par. 248(1), est non limitative plutôt qu’exhaustive, il est clair que cette disposition et l’al. 18(1)h) ont une application limitée. La mesure législative établit un critère de l’« espoir raisonnable de tirer un profit » uniquement à l’égard des dépenses engagées pour l’entretien de propriétés et uniquement à l’égard de dépenses dont le contribuable peut tirer quelque utilisation ou bénéfice.

Il ressort donc d’un examen de la Loi que les dispositions législatives qui emploient le critère de l’« attente raisonnable de profit » sont de nature spécifique et ne semblent pas appuyer une application large de ce critère par Revenue Canada et les tribunaux.

Ainsi, la seule façon d’accepter l’« attente raisonnable de profit » comme critère applicable pour déterminer si un contribuable a une source de revenu consiste à adopter une règle de droit interprétative qui soit indépendante des dispositions de la Loi. Comme notre Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 53, « notre Cour a à maintes reprises affirmé que, dans les affaires de droit fiscal, les tribunaux doivent toujours hésiter à

“source” is undefined in the Act, and courts must frequently determine whether a taxpayer has the requisite source of income, there is a distinction between judicial interpretation and judicial rule-making, and, in our respectful view, several cases have crossed the line between use of REOP as an interpretive aid to assess whether a source of income exists and use of REOP as a stand-alone “source” test. The fact that the REOP test has been applied to both business and property sources, activities with completely different natures, indicates that the test has transcended its use as a mere interpretive tool, and has taken on a life of its own. Indeed, in *Tonn*, *supra*, at para. 25, the *Moldowan* test was described as a “common law formulation respecting the purposes of the Act” which was “ideally suited to situations where a taxpayer is attempting to avoid tax liability by an inappropriate structuring of his or her affairs”.

innover et à établir des règles ». Même s’il est vrai que le mot « source » n’est pas défini dans la Loi et que les tribunaux doivent souvent déterminer si un contribuable a la source de revenu requise, il existe une distinction entre l’interprétation judiciaire et l’établissement de règles par les tribunaux et, à notre avis, plusieurs décisions ont franchi la ligne de démarcation entre l’utilisation de l’ERP comme outil d’interprétation pour déterminer s’il existe une source de revenu, et l’utilisation de l’ERP comme critère indépendant pour déterminer l’existence d’une « source ». Le fait que le critère de l’ERP ait été appliqué autant à des sources constituées d’une entreprise qu’à des sources constituées d’un bien, réalités complètement différentes par nature, indique que le critère a transcendé son utilisation comme simple outil d’interprétation et qu’il a acquis une existence propre. En effet, dans l’arrêt *Tonn*, précité, par. 25, le critère établi dans *Moldowan* a été décrit comme une « formulation jurisprudentielle des objets de la Loi » qui « convient on ne peut mieux aux situations dans lesquelles le contribuable cherche à éviter de payer de l’impôt en structurant ses affaires de façon inappropriée ».

43

As stated by this Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, “[t]he law of income tax is sufficiently complicated without unhelpful judicial incursions into the realm of lawmaking.” In our view, the range of uses and interpretations that courts have given to the phrase “reasonable expectation of profit”, and the corresponding uncertainty this has created for the taxpayer, are illustrative of the dangers inherent in this type of judicial exercise. Moreover, even if one were to accept the use of the REOP test as a legitimate source of income standard, there are numerous practical difficulties which arise in its application that suggest to us that the test is ill-suited for this purpose.

Comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 41, « [e]n matière d’impôt sur le revenu, le droit est suffisamment compliqué sans que les tribunaux fassent inutilement des incursions dans le domaine de la création des lois. » À notre avis, la gamme des utilisations et des interprétations judiciaires de l’expression « expectative raisonnable de profit » (ou « attente raisonnable de profit ») et l’incertitude correspondante ainsi engendrée chez le contribuable illustrent les risques inhérents à ce type d’exercice judiciaire. De plus, même si l’on devait accepter l’utilisation du critère de l’ERP comme norme légitime de source de revenu, le grand nombre de difficultés pratiques que suscite son application nous indique que le critère n’est pas approprié à cette fin.

44

It has been pointed out that it is unclear what exactly the REOP test refers to by the term “profit”. For example, it is unclear whether the capacity for profit should be determined after taking into account depreciation and, if so, whether capital cost allowance or accounting depreciation should be used: see

On a souligné qu’il est difficile de comprendre ce que signifie exactement le mot « profit » dans le critère de l’ERP. On ne sait pas, par exemple, s’il faut déterminer la capacité de réaliser un profit en tenant compte de l’amortissement et, dans l’affirmative, s’il faut utiliser la déduction pour amortissement

Roopchan v. The Queen, 96 D.T.C. 1338 (T.C.C.), at p. 1341. Even if the basis for calculating profit was clear, it is still uncertain how much expected profit would be required, in what time frame, and whether the amount of expected profit should vary with the risk of the venture: see Fien, *supra*, at pp. 1304-6. For example, a high-risk venture may incur substantial losses which may be disallowed by virtue of a reasonable expectation of profit analysis; however, it is highly unlikely that, where such a venture does pay off, the Minister would abstain from an assessment on the ground that there was no reasonable expectation of profit and therefore no business.

The vagueness of the REOP test encourages a retrospective application which, as pointed out by Bowman J.T.C.C. in *Nichol*, *supra*, at p. 1219, causes uncertainty and unfairness:

[The taxpayer] made what might, in retrospect, be seen as an error in judgment but it was a matter of business judgment and it was not one so patently unreasonable as to entitle this Court or the Minister of National Revenue to substitute its or his judgment for it, or penalize him for having made a judgment call that, with the benefit of 20-20 hindsight, that Monday morning quarterbacks always have, I or the Minister of National Revenue might not make today. . . .

In addition, the way in which a particular venture is capitalized may have significant effects on its profitability. The extent of capitalization, rates of interest, and level at which a venture is capitalized (for example partner financing versus partnership financing, or corporate financing versus shareholder financing) may have significant effects on the bottom line, and it is difficult to see why the characterization of a commercial venture as a source should depend on the extent or method of financing: see Fien, *supra*, at pp. 1306-7.

To summarize, in recent years the *Moldowan* REOP test has become a broad-based tool used by both the Minister and courts in any manner of

ou l'amortissement comptable : voir *Roopchan c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 339 (QL), para. 20. Même si la base de calcul du profit était évidente, on ne sait toujours pas au juste combien de profit escompté serait nécessaire, dans quel délai, et si le montant du profit escompté devrait varier selon les risques que comporte l'entreprise : voir Fien, *loc. cit.*, p. 1304-1306. Il se peut, par exemple, qu'une entreprise à risque élevé subisse des pertes importantes dont la déduction pourra être refusée à la suite d'une analyse de l'expectative raisonnable de profit; il est toutefois très improbable que, dans le cas où une telle entreprise devient rentable, le ministre s'abstiendra d'établir une cotisation pour le motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit et donc pas d'entreprise.

L'imprécision du critère de l'ERP favorise une application rétrospective qui, comme l'a souligné le juge Bowman dans la décision *Nichol*, précitée, par. 18, cause de l'incertitude et de l'injustice :

[Le contribuable] a fait ce qui peut, rétrospectivement, être considéré comme une erreur de jugement, mais il s'agissait d'une question d'appréciation commerciale et cette appréciation n'était manifestement pas déraisonnable au point d'autoriser cette Cour ou le ministre du Revenu national à y substituer leur propre appréciation ou à pénaliser le contribuable pour avoir pris une décision que moi-même ou le ministre, forts de la clairvoyance qu'un gérant d'estrade possède toujours, ne prendrions peut-être pas aujourd'hui . . .

De plus, la façon dont une entreprise est financée peut avoir une incidence majeure sur sa rentabilité. L'ampleur du financement, les taux d'intérêt et le niveau auquel l'entreprise est financée (par exemple, financement par les associés par opposition au financement par la société, ou financement par l'entreprise par opposition au financement par les actionnaires) pourront avoir une incidence majeure sur le profit net, et il est difficile de voir pourquoi la qualification d'une entreprise commerciale comme étant une source devrait dépendre de l'ampleur ou du mode de financement : voir Fien, *loc. cit.*, p. 1306-1307.

En résumé, au cours des dernières années, le critère de l'ERP établi dans l'arrêt *Moldowan* est devenu un outil d'application générale dont se servent

45

46

47

situation where the view is taken that the taxpayer does not have a reasonable expectation of profiting from the activity in question. From this it is inferred that the taxpayer has no source of income, and thus no basis from which to deduct losses and expenses relating to the activity. The REOP test has been applied independently of provisions of the Act to second-guess *bona fide* commercial decisions of the taxpayer and therefore runs afoul of the principle that courts should avoid judicial rule-making in tax law: see *Ludco, supra*; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Canderel, supra*; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. As well, the REOP test is problematic owing to its vagueness and uncertainty of application; this results in unfair and arbitrary treatment of taxpayers. As a result, “reasonable expectation of profit” should not be accepted as the test to determine whether a taxpayer’s activities constitute a source of income.

(4) “Source of Income”: The Recommended Approach

48 In our view, the determination of whether a taxpayer has a source of income, must be grounded in the words and scheme of the Act.

49 The Act divides a taxpayer’s income into various sources. Under the basic rules for computing income in s. 3, the Act states:

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 . . . 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; [Emphasis added.]

With respect to business and property sources, the basic computation rule is found in s. 9:

le ministre et les tribunaux dans toutes sortes de situations où l’on considère que le contribuable n’a pas un espoir raisonnable de tirer profit de l’activité en cause. L’on en déduit que le contribuable n’a aucune source de revenu et, partant, aucune assiette dont il peut déduire des pertes et des dépenses relatives à l’activité. Le critère de l’ERP a été appliqué indépendamment des dispositions de la Loi pour évaluer après coup des décisions commerciales prises de bonne foi par le contribuable, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel les tribunaux devraient éviter d’établir des règles en matière de droit fiscal : voir *Ludco*, précité; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Canderel*, précité; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Le critère de l’ERP pose également un problème en raison de son imprécision et de l’incertitude qui règne au sujet de son application; il en résulte un traitement inéquitable et arbitraire des contribuables. En conséquence, l’« expectative raisonnable de profit » ne devrait pas être acceptée comme le critère applicable pour déterminer si les activités d’un contribuable constituent une source de revenu.

(4) « Source de revenu » : l’approche recommandée

À notre avis, pour déterminer si un contribuable a une source de revenu, il faut se fonder sur le texte et l’économie de la Loi.

La Loi fait état de diverses sources de revenu du contribuable. Au chapitre des règles fondamentales de calcul du revenu à l’art. 3, la Loi prévoit :

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 [. . .], 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; [Nous soulignons.]

En ce qui a trait aux sources de revenu constituées d’une entreprise ou d’un bien, la règle fondamentale de calcul se trouve à l’art. 9 :

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.

(2) Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

It is clear that in order to apply s. 9, the taxpayer must first determine whether he or she has a source of either business or property income. As has been pointed out, a commercial activity which falls short of being a business, may nevertheless be a source of property income. As well, it is clear that some taxpayer endeavours are neither businesses, nor sources of property income, but are mere personal activities. As such, the following two-stage approach with respect to the source question can be employed:

- (i) Is the activity of the taxpayer undertaken in pursuit of profit, or is it a personal endeavour?
- (ii) If it is not a personal endeavour, is the source of the income a business or property?

The first stage of the test assesses the general question of whether or not a source of income exists; the second stage categorizes the source as either business or property.

Equating "source of income" with an activity undertaken "in pursuit of profit" accords with the traditional common law definition of "business", i.e., "anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit": *Smith, supra*, at p. 258; *Terminal Dock, supra*. As well, business income is generally distinguished from property income on the basis that a business requires an additional level of taxpayer activity: see *Krishna, supra*, at p. 240. As such, it is logical

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.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

Il est manifeste que, pour que l'art. 9 s'applique, le contribuable doit d'abord déterminer s'il a une source de revenu constituée soit d'une entreprise, soit d'un bien. Comme nous l'avons vu, une activité commerciale qui ne constitue pas véritablement une entreprise peut néanmoins être une source de revenu constituée d'un bien. De même, il est clair que certaines démarches de contribuables ne sont ni des entreprises, ni des sources de revenu constituées d'un bien, mais sont uniquement des activités personnelles. On peut recourir à la méthode à deux volets suivante pour trancher la question de l'existence d'une source :

- (i) L'activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s'agit-il d'une démarche personnelle?
- (ii) S'il ne s'agit pas d'une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

Le premier volet du critère vise la question générale de savoir s'il y a ou non une source de revenu; dans le deuxième volet, on qualifie la source d'entreprise ou de bien.

Assimiler la « source de revenu » à une activité exercée « en vue de réaliser un profit » concorde avec la définition traditionnelle du mot « entreprise » qui est donnée en common law, à savoir [TRADUCTION] « tout ce qui occupe le temps, l'attention et les efforts d'un homme et qui a pour objet la réalisation d'un profit » : *Smith*, précité, p. 258; *Terminal Dock*, précité. De même, la distinction entre le revenu tiré d'une entreprise et le revenu tiré d'un bien repose généralement sur le fait qu'une

to conclude that an activity undertaken in pursuit of profit, regardless of the level of taxpayer activity, will be either a business or property source of income.

entreprise exige un niveau d'activité plus élevé de la part du contribuable : voir Krishna, *op. cit.*, p. 240. Il est donc logique de conclure qu'une activité exercée en vue de réaliser un profit, quel que soit le niveau d'activité du contribuable, sera une source de revenu constituée soit d'une entreprise, soit d'un bien.

52 The purpose of this first stage of the test is simply to distinguish between commercial and personal activities, and, as discussed above, it has been pointed out that this may well have been the original intention of Dickson J.'s reference to "reasonable expectation of profit" in *Moldowan*. Viewed in this light, the criteria listed by Dickson J. are an attempt to provide an objective list of factors for determining whether the activity in question is of a commercial or personal nature. These factors are what Bowman J.T.C.C. has referred to as "indicia of commerciality" or "badges of trade": *Nichol, supra*, at p. 1218. Thus, where the nature of a taxpayer's venture contains elements which suggest that it could be considered a hobby or other personal pursuit, but the venture is undertaken in a sufficiently commercial manner, the venture will be considered a source of income for the purposes of the Act.

Ce premier volet du critère vise simplement à établir une distinction entre les activités commerciales et les activités personnelles et, comme nous l'avons vu, il se peut fort bien que telle ait été à l'origine l'intention du juge Dickson lorsqu'il a mentionné l'« expectative raisonnable de profit » dans l'arrêt *Moldowan*. Vu sous cet angle, les critères énoncés par le juge Dickson représentent une tentative de dresser une liste objective de facteurs permettant de déterminer si l'activité en cause est de nature commerciale ou personnelle. Ces facteurs sont ce que le juge Bowman a qualifié d'« indices de commercialité » ou de « caractéristiques commerciales » : *Nichol*, précité, par. 13. Ainsi, lorsque la nature de l'entreprise du contribuable comporte des aspects indiquant qu'elle pourrait être considérée comme un passe-temps ou une autre activité personnelle, mais que l'entreprise est exploitée d'une manière suffisamment commerciale, cette entreprise sera considérée comme une source de revenu aux fins d'application de la Loi.

53 We emphasize that this "pursuit of profit" source test will only require analysis in situations where there is some personal or hobby element to the activity in question. With respect, in our view, courts have erred in the past in applying the REOP test to activities such as law practices and restaurants where there exists no such personal element: see, for example, *Landry, supra*; *Sirois, supra*; *Engler v. The Queen*, 94 D.T.C. 6280 (F.C.T.D.). Where the nature of an activity is clearly commercial, there is no need to analyze the taxpayer's business decisions. Such endeavours necessarily involve the pursuit of profit. As such, a source of income by definition exists, and there is no need to take the inquiry any further.

Nous soulignons que ce critère de l'existence d'une source « en vue de réaliser un profit » ne doit faire l'objet d'une analyse que dans les situations où l'activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif. En toute déférence, nous estimons que les tribunaux ont commis une erreur, dans le passé, en appliquant le critère de l'ERP à des activités comme l'exercice du droit et la restauration qui ne comportent aucun aspect personnel de cette nature : voir, par exemple, *Landry*, précité; *Sirois*, précité; *Engler c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 483 (QL) (1^{re} inst.). Lorsqu'une activité est clairement de nature commerciale, il n'est pas nécessaire d'analyser les décisions commerciales du contribuable. De telles démarches comportent nécessairement la recherche d'un profit. Il existe donc par définition une source de revenu et il n'est pas nécessaire de pousser l'examen plus loin.

It should also be noted that the source of income assessment is not a purely subjective inquiry. Although in order for an activity to be classified as commercial in nature, the taxpayer must have the subjective intention to profit, in addition, as stated in *Moldowan*, this determination should be made by looking at a variety of objective factors. Thus, in expanded form, the first stage of the above test can be restated as follows: "Does the taxpayer intend to carry on an activity for profit and is there evidence to support that intention?" This requires the taxpayer to establish that his or her predominant intention is to make a profit from the activity and that the activity has been carried out in accordance with objective standards of businesslike behaviour.

The objective factors listed by Dickson J. in *Moldowan*, at p. 486, were: (1) the profit and loss experience in past years; (2) the taxpayer's training; (3) the taxpayer's intended course of action; and (4) the capability of the venture to show a profit. As we conclude below, it is not necessary for the purposes of this appeal to expand on this list of factors. As such, we decline to do so; however, we would reiterate Dickson J.'s caution that this list is not intended to be exhaustive, and that the factors will differ with the nature and extent of the undertaking. We would also emphasize that although the reasonable expectation of profit is a factor to be considered at this stage, it is not the only factor, nor is it conclusive. The overall assessment to be made is whether or not the taxpayer is carrying on the activity in a commercial manner. However, this assessment should not be used to second-guess the business judgment of the taxpayer. It is the commercial nature of the taxpayer's activity which must be evaluated, not his or her business acumen.

In addition to restricting the source test to activities which contain a personal element, the activity which the taxpayer claims constitutes a source of income must be distinguished from particular deductions that the taxpayer associates with that

Il y a également lieu de souligner que la détermination de l'existence d'une source de revenu n'est pas un processus purement subjectif. Outre le fait que, pour qu'une activité soit qualifiée de commerciale par nature, le contribuable doit avoir l'intention subjective de réaliser un profit, il faut aussi, tel que mentionné dans l'arrêt *Moldowan*, que cette détermination se fasse en fonction de divers facteurs objectifs. Ainsi, sous une forme plus élaborée, le premier volet du critère susmentionné peut être reformulé ainsi : « Le contribuable a-t-il l'intention d'exercer une activité en vue de réaliser un profit et existe-t-il des éléments de preuve étayant cette intention? » Cela oblige le contribuable à établir que son intention prédominante était de tirer profit de l'activité et que cette activité a été exercée conformément à des normes objectives de comportement d'homme d'affaires sérieux.

Les facteurs objectifs énumérés par le juge Dickson dans *Moldowan*, précité, p. 486, étaient (1) l'état des profits et pertes pour les années antérieures, (2) la formation du contribuable, (3) la voie sur laquelle il entend s'engager, et (4) la capacité de l'entreprise de réaliser un profit. Comme nous le concluons plus loin, il n'est pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoi d'ajouter d'autres facteurs à cette liste; nous nous abstenons donc de le faire. Nous tenons cependant à réitérer la mise en garde du juge Dickson selon laquelle cette liste ne se veut pas exhaustive et les facteurs diffèrent selon la nature et l'importance de l'entreprise. Nous tenons également à souligner que, même si l'expectative raisonnable de profit constitue un facteur à prendre en considération à ce stade, elle n'est ni le seul facteur, ni un facteur déterminant. Il faut déterminer globalement si le contribuable exerce l'activité d'une manière commerciale. Cette détermination ne devrait toutefois pas servir à évaluer après coup le sens des affaires du contribuable. C'est la nature commerciale de son activité qui doit être évaluée, et non son sens des affaires.

En plus de restreindre l'application du critère permettant de déterminer l'existence d'une source aux activités comportant un aspect personnel, il faut distinguer l'activité que le contribuable qualifie de source de revenu des déductions particulières qu'il

source. An attempt by the taxpayer to deduct what is essentially a personal expense does not influence the characterization of the source to which that deduction relates. This analytical separation is mandated by the structure of the Act. While, as discussed above, s. 9 is the provision of the Act where the basic distinction is drawn between personal and commercial activity, and then, within the commercial sphere, between business and property sources, the characterization of deductions occurs elsewhere. In particular, s. 18(1)(a) requires that deductions be attributed to a particular business or property source, and s. 18(1)(h) specifically disallows the deduction of personal or living expenses of the taxpayer:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(h) personal or living expenses of the taxpayer

associe à cette source. La tentative du contribuable de déduire ce qui est essentiellement une dépense personnelle n'influe pas sur la qualification de la source à laquelle cette déduction se rapporte. Cette distinction analytique est imposée par la structure de la Loi. Si, comme nous l'avons vu, l'art. 9 est la disposition de la Loi où est établie la distinction fondamentale entre l'activité personnelle et l'activité commerciale puis, dans le domaine commercial, entre les sources de revenu constituées d'une entreprise et les sources de revenu constituées d'un bien, la qualification des déductions s'effectue ailleurs. Plus particulièrement, l'al. 18(1)a) exige que les déductions soient attribuées à une source particulière de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien, alors que l'al. 18(1)h) interdit expressément la déduction des frais personnels ou de subsistance du contribuable :

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

h) le montant des frais personnels ou des frais de subsistance du contribuable

57

It is clear from these provisions that the deductibility of expenses presupposes the existence of a source of income, and thus should not be confused with the preliminary source inquiry. If the deductibility of a particular expense is in question, then it is not the existence of a source of income which ought to be questioned, but the relationship between that expense and the source to which it is purported to relate. The fact that an expense is found to be a personal or living expense does not affect the characterization of the source of income to which the taxpayer attempts to allocate the expense, it simply means that the expense cannot be attributed to the source of income in question. As well, if, in the circumstances, the expense is unreasonable in relation to the source of income, then s. 67 of the Act provides a mechanism to reduce or eliminate the

Il ressort clairement de ces dispositions que la déductibilité des dépenses présuppose l'existence d'une source de revenu et, partant, qu'elle ne doit pas être confondue avec l'examen préliminaire portant sur l'existence de cette source. Si la déductibilité d'une dépense particulière est en cause, ce n'est pas l'existence d'une source de revenu qui doit être mise en doute, mais plutôt le lien entre cette dépense et la source à laquelle elle est censée se rapporter. Le fait qu'une dépense soit considérée comme faisant partie des frais personnels ou de subsistance n'influe aucunement sur la qualification de la source de revenu à laquelle le contribuable tente de rattacher la dépense; cela signifie simplement que la dépense ne peut être rattachée à la source de revenu en question. De même, si, dans les circonstances, la dépense est déraisonnable eu

amount of the expense. Again, however, excessive or unreasonable expenses have no bearing on the characterization of a particular activity as a source of income.

In addition to the fact that the deductibility, or otherwise, of an expense is a separate question from the existence of the underlying source of income, it is also true that the profitability of the activity to which the expense relates does not affect the deductibility of the expense. In particular, there have been a number of cases where a taxpayer's large interest expenses have resulted in net losses, which in turn have caused the Minister to conclude that there is no reasonable expectation of profit, and therefore no source of income from which the interest expenses can be deducted. However, as stated above, reasonable expectation of profit is but one factor to consider in determining whether an activity has a sufficient degree of commerciality to be considered a source of income. Once that determination has been made, then the deductibility inquiry is undertaken according to whether the expense in question falls within the words of the relevant deduction provision(s) of the Act. Although it is true that the phrase "personal or living expenses" in s. 18(1)(h) is defined with reference to the phrase "reasonable expectation of profit", as we pointed out above, this definition has a narrow scope. In addition, it has been pointed out that the definition refers to a business carried on "for profit or with a reasonable expectation of profit". However, since, to get to s. 18, it must already have been determined under s. 9 that a business or property source exists, and since a business is defined as an activity undertaken "in pursuit of profit", it is hard to imagine a situation where the phrase "business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit" would add any further restrictions to the activity in question: see Owen, *supra*, at p. 1009.

égard à la source de revenu, alors l'art. 67 de la Loi établit un mécanisme permettant d'en réduire ou d'en supprimer le montant. Là encore, toutefois, des dépenses excessives ou déraisonnables n'ont aucune incidence sur la qualification d'une activité comme étant une source de revenu.

Outre le fait que la déductibilité ou la non-déductibilité d'une dépense est une question distincte de celle de l'existence de la source de revenu sous-jacente, il est également vrai que la rentabilité de l'activité à laquelle se rapporte la dépense n'influe pas sur la déductibilité de la dépense. Plus particulièrement, dans un certain nombre d'affaires, les frais d'intérêts élevés du contribuable ont entraîné des pertes nettes, ce qui a amené le ministre à conclure qu'il n'y avait pas d'attente raisonnable de profit et, partant, pas de source de revenu dont les frais d'intérêts pouvaient être déduits. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'attente ou l'expectative raisonnable de profit n'est qu'un des facteurs à considérer pour déterminer si une activité est suffisamment commerciale pour être considérée comme une source de revenu. Une fois cette détermination effectuée, on procède à l'examen de la déductibilité pour déterminer si la dépense en cause tombe sous le coup de la disposition ou des dispositions en matière de déduction pertinentes de la Loi. Bien qu'il soit vrai que l'expression « frais personnels ou de subsistance » figurant à l'al. 18(1)h) est définie par rapport à l'expression « espoir raisonnable de tirer un profit », ainsi que nous l'avons fait observer précédemment, cette définition a une portée restreinte. De plus, on a souligné que la définition parle de « but ou [d]'espoir raisonnable de tirer un profit » de l'exploitation d'une entreprise. Toutefois, étant donné que, pour appliquer l'art. 18, il faut préalablement déterminer, en vertu de l'art. 9, qu'il existe une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien, et que l'entreprise est définie comme une activité exercée « en vue de réaliser un profit », il est difficile d'imaginer une situation où l'expression « dans le but ou avec l'espoir raisonnable de tirer un profit de l'exploitation d'une entreprise » imposerait d'autres restrictions à l'activité en cause : voir Owen, *loc. cit.*, p. 1009.

59

The comments of Bowman J.T.C.C. in *Allen*, *supra*, at paras. 20 and 22, aptly illustrate the problems which result from intermingling the question of the existence of a source of income with the issue of the deductibility of expenses, in particular, interest expenses, and are worth repeating:

How then does the fact that the acquisition of the limited partnership interests was financed substantially by the borrowing of money through the Equity Notes and Second Equity Notes at what, on the evidence, was a favourable interest rate, turn a viable and profitable business into one that had no reasonable expectation of profit and was, therefore, not a business and not a source of income? . . .

Whatever else may be said about 99% financing of an investment, it certainly cannot be said that its result is that the vehicle in which the taxpayer has invested did not carry on a business. This is wrong as a matter of logic, law and common sense. The Minister is seeking to limit the deduction of the amount of interest which is permitted by paragraph 20(1)(c) by intoning the ritual incantation [R]EOP, where it is obvious and admitted that the partnership is carrying on a profitable business.

Clearly the existence of financing does not indicate that the underlying activity should not be characterized as a source of income. On the contrary, the fact that an activity has been financed externally is an indication that the taxpayer is operating his or her activity in a businesslike manner. As such, the existence of financing is an element which adds to the commerciality of a venture, and thus operates in favour of characterizing the activity as a source of income.

60

In summary, the issue of whether or not a taxpayer has a source of income is to be determined by looking at the commerciality of the activity in question. Where the activity contains no personal element and is clearly commercial, no further inquiry is necessary. Where the activity could be classified as a personal pursuit, then it must be determined whether or not the activity is being carried on in a sufficiently commercial manner to constitute a source of income. However, to deny the deduction of losses on the simple ground that the losses signify

Les observations du juge Bowman dans la décision *Allen*, précitée, par. 20 et 22, illustrent bien les problèmes qui découlent de la confusion de la question de l'existence d'une source de revenu avec celle de la déductibilité de dépenses et, en particulier, de frais d'intérêts, et il y a lieu de les reprendre ici :

Comment, alors, le fait que l'acquisition des participations dans la société en commandite a été financée en grande partie par un emprunt au moyen de billets et de billets de second rang à ce qui, selon la preuve, était un taux d'intérêt favorable, transforme-t-il une entreprise viable et rentable en une entreprise qui n'est ni une entreprise ni une source de revenu au motif qu'il n'y a aucune attente raisonnable de profit? . . .

Quoi que l'on puisse dire d'autre sur le financement à 99 p. 100 d'un investissement, on ne peut certainement pas dire que, par voie de conséquence, le véhicule dans lequel le contribuable a investi n'exploitait pas une entreprise. Cela est erroné sur le plan de la logique, du droit et du bon sens. Le ministre cherche à limiter la déduction de l'intérêt permise à l'alinéa 20(1)c) en faisant valoir la sempiternelle absence d'attente raisonnable de profit, alors qu'il est évident et admis que la société exploite une entreprise rentable.

Manifestement, l'existence d'un financement n'indique pas qu'il faut s'abstenir de qualifier de source de revenu l'activité sous-jacente. Au contraire, le fait que le financement d'une activité soit externe est une indication que le contribuable exerce son activité comme le ferait un homme d'affaires sérieux. Ainsi, l'existence d'un financement est un aspect qui ajoute à la commercialité d'une entreprise et qui joue donc en faveur d'une qualification de l'activité comme étant une source de revenu.

En résumé, la question de savoir si le contribuable a ou non une source de revenu doit être tranchée en fonction de la commercialité de l'activité en cause. Lorsque l'activité ne comporte aucun aspect personnel et qu'elle est manifestement commerciale, il n'est pas nécessaire de pousser l'examen plus loin. Lorsque l'activité peut être qualifiée de personnelle, il faut alors déterminer si cette activité est ou non exercée d'une manière suffisamment commerciale pour constituer une source de revenu. Toutefois, refuser la déduction de pertes pour le seul motif que

that no business (or property) source exists is contrary to the words and scheme of the Act. Whether or not a business exists is a separate question from the deductibility of expenses. As suggested by the appellant, to disallow deductions based on a reasonable expectation of profit analysis would amount to a case law stop-loss rule which would be contrary to established principles of interpretation, mentioned above, which are applicable to the Act. As well, unlike many statutory stop-loss rules, once deductions are disallowed under the REOP test, the taxpayer cannot carry forward such losses to apply to future income in the event the activity becomes profitable. As stated by Bowman J.T.C.C. in *Bélec*, *supra*, at p. 123: “It would be . . . unacceptable to permit the Minister [to say] to the taxpayer ‘The fact that you lost money . . . proves that you did not have a reasonable expectation of profit, but as soon as you earn some money, it proves that you now have such an expectation.’”

B. Application of the Source Test to the Case at Bar

As stated above, whether or not a taxpayer has a source of income from a particular activity is determined by considering whether the taxpayer intends to carry on the activity for profit, and whether there is evidence to support that intention. As well, where an activity is clearly commercial and lacks any personal element, there is no need to search further. Such activities are sources of income.

In this case, the appellant was engaged in property rental activities. He owned four rental condominium units from which he earned rental income. The fact that there was no personal element to these properties was never questioned. The units were all rented to arm's length parties and there was no evidence that the appellant intended to make use of any of the properties for his personal benefit. In our view, a property rental activity which lacks any element of personal use or benefit to the taxpayer

les pertes indiquent l'inexistence d'une entreprise (ou d'un bien) comme source de revenu va à l'encontre du texte et de l'économie de la Loi. La question de savoir s'il existe une entreprise est distincte de celle de la déductibilité des dépenses. Comme l'a laissé entendre l'appellant, refuser des déductions en fonction d'une analyse de l'expectative raisonnable de profit équivaudrait à une règle jurisprudentielle sur la minimisation des pertes, qui serait contraire aux principes d'interprétation établis susmentionnés qui s'appliquent à la Loi. De même, à la différence de nombreuses règles législatives sur la minimisation des pertes, dès que des déductions sont refusées à la suite de l'application du critère de l'ERP, le contribuable ne peut reporter ces pertes sur un revenu futur si jamais l'activité devient rentable. Comme l'a affirmé le juge Bowman, dans la décision *Bélec*, précitée, par. 16 : « Ce serait [. . .] inacceptable de permettre au ministre de [dire] au contribuable : “Le fait que tu as perdu de l'argent [. . .] prouve que tu n'avais pas d'espoir raisonnable de profit, mais dès que tu gagnes de l'argent, ça prouve que maintenant, tu en as.” »

B. Application à la présente affaire du critère permettant de déterminer l'existence d'une source

Comme nous l'avons vu, la question de savoir si l'activité exercée par un contribuable constitue une source de revenu est tranchée en se demandant si le contribuable a l'intention d'exercer cette activité en vue de réaliser un profit et s'il existe des éléments de preuve étayant cette intention. De même, lorsqu'une activité est nettement commerciale et ne comporte aucun aspect personnel, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. De telles activités sont des sources de revenu.

En l'espèce, l'appellant exerçait des activités de location de biens. Il était propriétaire de quatre unités condominiales dont il tirait des revenus de location. Le fait que ces propriétés ne comportaient aucun aspect personnel n'a jamais été mis en doute. Les unités étaient toutes louées à des parties sans lien de dépendance et il n'y avait aucune preuve que l'appellant avait l'intention d'utiliser l'une ou l'autre de ces propriétés à son avantage personnel. À notre avis, une activité de location de bien qui ne

is clearly a commercial activity. For what purpose would the taxpayer have spent his time and money in this activity if not for profit? As a result, the appellant satisfies the test for source of income. Although this is sufficient to dispose of the appeal, in our view a few additional remarks are warranted.

comporte aucun élément d'usage ou d'avantage personnel pour le contribuable est nettement une activité commerciale. Pourquoi le contribuable aurait-il consacré temps et argent à cette activité si ce n'est pour réaliser un profit? Par conséquent, l'appelant satisfait au critère d'appréciation de l'existence d'une source de revenu. Même si cela suffit pour trancher le pourvoi, nous estimons que quelques observations additionnelles s'imposent.

63 Even if the appellant had made use of one or more of the properties for his personal benefit, the Minister would not be entitled to conclude that no business existed without further analysis. A taxpayer in such circumstances would have the opportunity to establish that his or her predominant intention was to make a profit from the activity and that the activity was carried out in accordance with objective standards of businesslike behaviour. Whether a reasonable expectation of profit existed may be a factor that is taken into consideration in that analysis.

Même si l'appelant avait utilisé une seule ou plusieurs des propriétés à son avantage personnel, le ministre ne pourrait pas conclure sans plus à l'inexistence d'une entreprise. Le contribuable qui se trouve dans une telle situation devrait avoir l'occasion d'établir que son intention prédominante était de tirer un profit de l'activité et que celle-ci était exercée conformément à des normes objectives de comportement d'homme d'affaires sérieux. La question de l'existence d'une expectative raisonnable de profit peut être un facteur à prendre en considération dans cette analyse.

64 The Minister and the courts below made much of the fact that the appellant anticipated a capital gain from the eventual sale of the properties. It was argued that it was this anticipated gain, and not rental profits, which motivated the taxpayer. As well, the Minister argued that an anticipated capital gain should not be included in assessing whether the taxpayer had a reasonable expectation of profit. As such, it was the Minister's submission that the appellant should not have been allowed to deduct his interest payments under s. 20(1)(c)(i) as amounts paid in respect of borrowed money used to produce income from a business or property. The application of the REOP test by the Minister was motivated by the policy concern that Canadian taxpayers should not have to subsidize mortgage payments made in respect of properties where the primary motivation is a long-term capital gain.

Le ministre et les tribunaux d'instance inférieure ont beaucoup insisté sur le fait que l'appelant escomptait réaliser un gain en capital lors de la vente éventuelle des propriétés. L'on a prétendu que c'était ce gain escompté, et non les profits tirés de la location, qui avait motivé le contribuable. Le ministre a en outre prétendu qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération un gain en capital escompté lorsqu'il s'agit de déterminer si le contribuable avait une attente raisonnable de profit. Le ministre prétendait ainsi que l'appelant n'aurait pas dû être autorisé à déduire ses paiements d'intérêts en vertu du sous-al. 20(1)(c)(i) à titre de sommes payées pour de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le ministre a justifié l'application du critère de l'ERP en disant que, pour des considérations de politique générale, les contribuables canadiens ne devraient pas être tenus de subventionner les paiements hypothécaires effectués pour des propriétés dont l'acquisition est motivée principalement par la réalisation à long terme d'un gain en capital.

65 In response to this argument, it must be remembered that s. 20(1)(c)(i) is not a tax avoidance

Pour répondre à cet argument, il faut se rappeler que le sous-al. 20(1)(c)(i) n'est pas un mécanisme

mechanism, and it has been established that, in light of the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish provisions of the Act in response to tax avoidance concerns: *Ludco, supra*, at para. 39; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63. In addition, in *Walls v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 684, 2002 SCC 47, the companion to this case, we point out at para. 22 that a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes. As such, the appellant's hope of realizing an eventual capital gain, and expectation of deducting interest expenses do not detract from the commercial nature of his rental operation or its characterization as a source of income. Moreover, in *Ludco, supra*, at para. 59, this Court specifically stated that s. 20(1)(c)(i) does not require the taxpayer to earn a net profit in order for interest to be deductible:

The plain meaning of s. 20(1)(c)(i) does not support an interpretation of "income" as the equivalent of "profit" or "net income". Nowhere in the language of the provision is a quantitative test suggested. Nor is there any support in the text of the Act for an interpretation of "income" that involves a judicial assessment of sufficiency of income. Such an approach would be too subjective and certainty is to be preferred in the area of tax law. Therefore, absent a sham or window dressing or similar vitiating circumstances, courts should not be concerned with the sufficiency of the income expected or received. [Emphasis added.]

Indeed, a clear analogy can be drawn between the facts in *Ludco*, and the facts in the case at bar. In *Ludco*, the taxpayer deducted approximately \$6 million in interest charges on borrowed money used to purchase shares which yielded some \$600,000 in dividends. On disposition of the shares the taxpayer realized a significant capital gain. The Minister disallowed the deduction of interest under s. 20(1)(c) on the basis that the borrowed money was not used for the purpose of earning income from property. This Court held at para. 54 that, in order to come within the scope of s. 20(1)(c)(i), the taxpayer had to show that "considering all the circumstances, the taxpayer had a reasonable expectation of income at the time the investment was made". The taxpayer satisfied

d'évitement fiscal et qu'il est établi que, compte tenu de l'existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s'empresser de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt : *Ludco*, précité, par. 39; *Neuman c. M.N.R.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 63. En outre, dans l'arrêt connexe *Walls c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 684, 2002 CSC 47, nous soulignons, au par. 22, qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales. Ainsi, l'espoir de l'appelant de réaliser éventuellement un gain en capital et la perspective de déduire des frais d'intérêts n'affecte pas la nature commerciale de son entreprise de location ni sa qualification de source de revenu. De plus, dans l'arrêt *Ludco*, précité, par. 59, notre Cour a expressément dit que le sous-al. 20(1)(c)(i) n'oblige pas le contribuable à réaliser un profit net pour que l'intérêt soit déductible :

Le sens ordinaire [du sous-al. 20(1)(c)(i)] n'appuie pas l'interprétation selon laquelle « revenu » équivaut à « profit » ou à « revenu net ». Le texte de la disposition ne propose aucun critère quantitatif. Le texte de la Loi n'appuie pas non plus une interprétation du mot « revenu » qui impliquerait que le tribunal doit se demander si le revenu a un caractère suffisant. Une telle approche serait trop subjective et la certitude doit être privilégiée en droit fiscal. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, les tribunaux ne devraient donc pas se demander si le revenu escompté ou touché a un caractère suffisant. [Nous soulignons.]

En fait, il est possible de faire une analogie claire entre les faits de l'affaire *Ludco* et ceux de la présente affaire. Dans *Ludco*, le contribuable a déduit la somme d'environ 6 000 000 \$ à titre d'intérêts versés sur de l'argent emprunté pour acquérir des actions ayant rapporté approximativement 600 000 \$ en dividendes. Lors de la vente des actions, le contribuable a réalisé un important gain en capital. Le ministre a refusé la déduction d'intérêts en vertu de l'al. 20(1)(c), pour le motif que l'argent emprunté n'avait pas été utilisé en vue de tirer un revenu d'un bien. Notre Cour a conclu, au par. 54, que, pour pouvoir invoquer le sous-al. 20(1)(c)(i), le contribuable devait démontrer que, « [c]ompte tenu de toutes les circonstances, [il] avai[t], au moment de l'investissement, une expectative raisonnable de tirer un

this test, and the Court allowed the interest deduction.

67 Similarly, in this case, the taxpayer's interest payments exceeded his rental income for the years in question. Although the taxpayer only disposed of one of the properties during the relevant time period, the Reemark plan held out the prospect of an eventual capital gain on disposition. As in *Ludco*, the appellant used borrowed money to engage in a *bona fide* investment from which he had a reasonable expectation of income, and thus, he falls within the scope of s. 20(1)(c)(i).

68 With respect to whether or not an anticipated capital gain should be included in assessing whether the taxpayer has a reasonable expectation of profit, we reiterate that the expected profitability of a venture is but one factor to consider in assessing whether the taxpayer's activity evidences a sufficient level of commerciality to be considered either a business or a property source of income. Having said this, in our view, the motivation of capital gains accords with the ordinary business person's understanding of "pursuit of profit", and may be taken into account in determining whether the taxpayer's activity is commercial in nature. Of course the mere acquisition of property in anticipation of an eventual gain does not provide a source of income for the purposes of s. 9; however, an anticipated gain may be a factor in assessing the commerciality of the taxpayer's overall course of conduct.

VII. Conclusion

69 For these reasons, we conclude that the appellant's rental activities constituted a source of income. As a result, we would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and refer the assessments for the taxation years in issue back to the Minister for reassessment on the basis that the taxpayer had a source of income from which he was entitled to deduct losses from the rental properties in question.

revenu ». Le contribuable a satisfait à ce critère, et notre Cour a accordé la déduction des intérêts.

De même, en l'espèce, les paiements d'intérêts effectués par le contribuable excédaient son revenu de location pour les années en cause. Même si le contribuable ne s'est départi que d'une seule des propriétés pendant la période pertinente, le plan Reemark prévoyait la réalisation éventuelle d'un gain en capital lors de la vente. À l'instar du contribuable dans *Ludco*, l'appelant a utilisé de l'argent emprunté pour effectuer un placement de bonne foi à l'égard duquel il avait une expectative raisonnable de profit et, partant, il peut invoquer le sous-al. 20(1)c)(i).

Quant à savoir si le gain en capital escompté devrait ou non servir à déterminer si le contribuable a une expectative raisonnable de profit, nous réitérons que la rentabilité escomptée d'une entreprise n'est qu'un seul des facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'activité du contribuable dénote un degré de commercialité suffisant pour qu'elle soit considérée comme une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien. Cela dit, à notre avis, la motivation relative aux gains en capital correspond à la compréhension qu'ont normalement les gens d'affaires de la « recherche d'un profit », et elle peut être prise en considération pour déterminer si l'activité du contribuable est de nature commerciale. Naturellement, la simple acquisition d'un bien en vue de réaliser éventuellement un gain n'engendre pas une source de revenu pour l'application de l'art. 9; toutefois, un gain escompté peut être pris en considération pour apprécier la commercialité de la ligne de conduite globale du contribuable.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous concluons que les activités locatives de l'appelant constituaient une source de revenu. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de renvoyer les cotisations pour les années d'imposition en cause au ministre pour qu'il établisse de nouvelles cotisations fondées sur le fait que le contribuable avait une source de revenu dont il pouvait déduire les pertes locatives en cause.

Appeal allowed with costs.

*Solicitors for the appellant: McMillan Binch,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney
General of Canada, Ottawa.*

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Procureurs de l'appelant : McMillan Binch,
Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Le sous-procureur général
du Canada, Ottawa.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jack Walls and Robert Buyyer *Respondents*

INDEXED AS: WALLS v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 47.

File No.: 27724.

2001: December 12; 2002: May 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether “reasonable expectation of profit” test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

The respondents were limited partners in a partnership. A mini-warehouse was purchased from Fraser Storage Park Ltd. (“FSPL”) on behalf of the partnership for \$2,200,000 payable in the form of \$1 in cash and the balance in the form of an agreement for sale with interest payable at 24 percent per annum. The partnership also entered into agreements by virtue of which the partnership obligated itself to pay, on an annual basis, interest, service fees, and management fees, as well as 50 percent of the net operating profit of the operation to FSPL. The partnership generated losses on the mini-warehouse of which the respondents deducted their proportionate share for income tax purposes in 1984 and 1985. On reassessment, the Minister of National Revenue reduced the losses by reducing the purchase price of the mini-warehouse to reflect a fair market value of \$1,180,000 and also reduced the allowable interest expense by disallowing interest on debt in excess of the fair market value and by lowering the interest rate to 16 percent. The respondents filed notices of objection, but the Minister confirmed the reassessment. The Federal Court, Trial Division dismissed the respondents’ appeals based solely on its finding that the partnership did not carry on business with a reasonable expectation of profit and, therefore, that the losses from the storage park operation were not losses from a business and thus could not be deducted by the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jack Walls et Robert Buyyer *Intimés*

RÉPERTORIÉ : WALLS c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 47.

N° du greffe : 27724.

2001 : 12 décembre; 2002 : 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

Les intimés étaient des commanditaires d'une société. Un mini-entrepôt a été acheté à Fraser Storage Park Ltd. (« FSPL ») au nom de la société, au prix de 2 200 000 \$, payable de la façon suivante : 1 \$ comptant et le solde par contrat de vente portant intérêt à 24 pour 100 par année. La société a également conclu des contrats en vertu desquels elle s'engageait à verser annuellement à FSPL des intérêts, des honoraires pour la prestation de services, des honoraires de gestion ainsi que la moitié du bénéfice d'exploitation net de l'entreprise. La société a subi des pertes au titre du mini-entrepôt, dont les intimés ont déduit leur part proportionnelle aux fins d'impôt sur le revenu en 1984 et 1985. Dans de nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national a réduit les pertes en diminuant le prix d'achat du mini-entrepôt de manière à refléter une juste valeur marchande de 1 180 000 \$ et il a aussi réduit les frais d'intérêts déductibles en refusant la déduction de l'intérêt sur la portion de la dette excédant la juste valeur marchande et en abaissant le taux d'intérêt à 16 pour 100. Les intimés ont déposé des avis d'opposition, mais le ministre a confirmé les nouvelles cotisations. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les appels des intimés en concluant uniquement que la société n'était pas exploitée avec une expectative raisonnable de profit et que, par conséquent, les pertes

respondents. The Federal Court of Appeal set aside the judgment, holding that the trial judge erred in applying the reasonable expectation of profit doctrine, and remitted the matter to the trial judge for a determination of the outstanding issues of whether there had been an arm's length transaction and its fair market value. The only issue in this appeal is whether the storage park operation constituted a source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

When the two-stage approach and the principles set out in the companion case *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46, are applied, it is clear that the respondents' storage park operation constituted a source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*. It is self-evident that such an activity is commercial in nature, and there was no evidence of any element of personal use or benefit in the operation. Where, as here, the activities have no personal aspect, reasonable expectation of profit does not arise for consideration. Although the respondents were clearly motivated by tax considerations when they purchased their interests in the partnership, this does not detract from the commercial nature of the storage park operation or its characterization as a source of income. A tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes. In addition, given the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish its provisions in response to tax avoidance concerns.

Cases Cited

Followed: *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46; **restricted:** *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; **distinguished:** *Moloney v. The Queen*, 92 D.T.C. 6570; **referred to:** *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; *Mastri v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 F.C. 66; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770.

découlant de l'exploitation du parc d'entreposage n'étaient pas des pertes découlant d'une entreprise et ne pouvaient donc pas être déduites par les intimés. La Cour d'appel fédérale a annulé ce jugement après avoir statué que le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant la règle de l'expectative raisonnable de profit, et elle a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il tranche les questions litigieuses suivantes : y avait-il une opération sans lien de dépendance et quelle en était la juste valeur marchande? La seule question litigieuse en l'espèce est de savoir si l'exploitation du parc d'entreposage constituait une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Il ressort clairement de l'application de la méthode à deux volets et des principes énoncés dans l'arrêt connexe *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46, que l'exploitation du parc d'entreposage par les intimés constituait une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il va de soi qu'une telle activité est de nature commerciale, et il n'y avait aucune preuve de l'existence d'un élément d'usage ou d'avantage personnel dans cette exploitation. Dans les cas où, comme en l'espèce, les activités ne comportent aucun aspect personnel, la question de l'expectative raisonnable de profit ne se pose pas. Même si les intimés étaient clairement motivés par des considérations fiscales lorsqu'ils ont acquis leur participation dans la société, cela n'enlève rien à la nature commerciale de l'exploitation du parc d'entreposage ni à sa qualification de source de revenu. Une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales. En outre, compte tenu de l'existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s'empresse de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46; **restriction de la portée de l'arrêt :** *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; **distinction d'avec l'arrêt :** *Moloney c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 905 (QL); **arrêts mentionnés :** *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; *Mastri c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 C.F. 66; *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 [now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)], ss. 9, 18(1)(a), 20(1)(c), 67, 172(2), 251.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 250 N.R. 324, 2000 D.T.C. 6025, [2000] 1 C.T.C. 324, [1999] F.C.J. No. 1823 (QL), reversing a decision of the Trial Division (1996), 107 F.T.R. 108, 96 D.T.C. 6142, [1996] 2 C.T.C. 14, [1996] F.C.J. No. 145 (QL). Appeal dismissed.

Brent Paris and Richard Gobeil, for the appellant.

Craig C. Sturrock and Thomas M. Boddez, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. —

I. Introduction

¹ This appeal raises substantially similar issues to those considered by the Court in *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46, the decision and reasons in which are being released herewith. Consequently, the reasoning set out by the Court in that case is applicable to this appeal. As in *Stewart*, we conclude here that the taxpayers' activities constituted a source of income for the purposes of s. 9 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the "Act"). Accordingly, we agree with the disposition of the Federal Court of Appeal and would therefore dismiss the appeal.

II. Facts

² In July 1983 Fraser Storage Park Ltd. ("FSPL") was incorporated under the laws of British Columbia. One third of its issued shares were owned by Victor Bolton through a holding company. One quarter of its issued shares were owned by Raymond Matty, also through holding companies.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 [maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)], art. 9, 18(1)a), 20(1)c), 67, 172(2), 251.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 250 N.R. 324, 2000 D.T.C. 6025, [2000] 1 C.T.C. 324, [1999] A.C.F. n° 1823 (QL), infirmant une décision de la Section de première instance (1996), 107 F.T.R. 108, 96 D.T.C. 6142, [1996] 2 C.T.C. 14, [1996] A.C.F. n° 145 (QL). Pourvoi rejeté.

Brent Paris et Richard Gobeil, pour l'appelante.

Craig C. Sturrock et Thomas M. Boddez, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE —

I. Introduction

Ce pourvoi soulève des questions semblables, pour l'essentiel, à celles que notre Cour a examinées dans l'affaire *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, 2002 CSC 46, dont la décision et les motifs sont déposés en même temps que le présent arrêt. En conséquence, le raisonnement énoncé par la Cour dans cette affaire s'applique au présent pourvoi. Comme nous l'avons fait dans l'arrêt *Stewart*, nous concluons en l'espèce que les activités des contribuables constituaient une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la « Loi »). Nous souscrivons donc à la décision de la Cour d'appel fédérale et nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

En juillet 1983, Fraser Storage Park Ltd. (« FSPL ») a été constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Le tiers de ses actions émises appartenait à Victor Bolton par l'entremise d'une société de portefeuille. Le quart de ses actions émises appartenait à Raymond Matty, également par l'entremise de sociétés de portefeuille.

In the fall of 1983, FSPL, represented by Raymond Matty and Victor Bolton, arranged to purchase a mini-warehouse from Twin Builders Ltd. for \$1,180,000. In October, Fraser Storage Park Partnership (the "Partnership") was founded, with Brem Management Ltd. as the general partner and Matty Developments Ltd. as the founding partner. Raymond Matty and Victor Bolton each owned 50 percent of the shares of Brem Management Ltd., and Raymond Matty owned all of Matty Developments Ltd. In October, FSPL entered into an interim agreement to sell the mini-warehouse to Brem Management Ltd. on behalf of the Partnership for \$2,200,000, payable in the form of \$1 in cash and the balance in the form of an agreement for sale with interest payable to FSPL at 24 percent per annum. Raymond Matty and Victor Bolton negotiated the purchase and sale of the mini-warehouse on behalf of both FSPL and the Partnership. The transfer of the mini-warehouse from Twin Builders Ltd. to FSPL and the agreement for sale between FSPL and Brem Management Ltd. on behalf of the Partnership were all registered on December 30, 1983.

In addition to entering into the agreement for sale, the Partnership also entered into a management agreement and a services agreement with FSPL. By virtue of these agreements and the agreement for sale, the Partnership obligated itself to pay, on an annual basis, \$528,000 in interest, \$140,000 in service fees, and \$50,000 in management fees, as well as 50 percent of the net operating profit of the operation.

The respondents, Jack Walls and Robert Buvyer, were limited partners in the Partnership. The Partnership generated losses on the mini-warehouse, which were allocated to the respondents and the other partners on a prorated basis. The respondents deducted their proportionate share of the losses for income tax purposes. The respondents were reassessed by the Minister of National Revenue for their 1984 and 1985 taxation years on the losses claimed by virtue of their being partners in the Partnership. The Minister reduced the losses by reducing the purchase price of the mini-warehouse to reflect a fair market value of \$1,180,000, rather than the \$2,200,000 paid by the Partnership.

À l'automne de 1983, FSPL, représentée par Raymond Matty et Victor Bolton, a pris des mesures en vue d'acheter un mini-entrepôt à Twin Builders Ltd. pour la somme de 1 180 000 \$. En octobre, la société Fraser Storage Park (la « société ») a été créée, le commandité étant Brem Management Ltd. et le commanditaire fondateur, Matty Developments Ltd. Raymond Matty et Victor Bolton étaient propriétaires à parts égales des actions de Brem Management Ltd.; Raymond Matty possédait la totalité des actions de Matty Developments Ltd. En octobre, FSPL a conclu un accord provisoire pour vendre le mini-entrepôt à Brem Management Ltd. au nom de la société au prix de 2 200 000 \$, payable de la façon suivante : 1 \$ comptant et le solde par contrat de vente portant intérêt à 24 pour 100 par année en faveur de FSPL. Raymond Matty et Victor Bolton ont négocié l'achat et la vente du mini-entrepôt au nom de FSPL et de la société. Le transfert du titre de propriété du mini-entrepôt de Twin Builders Ltd. à FSPL et le contrat de vente conclu entre FSPL et Brem Management Ltd. au nom de la société ont tous deux été enregistrés le 30 décembre 1983.

Outre le contrat de vente, la société a également conclu avec FSPL un contrat de gestion et un contrat de services. En vertu de ces contrats et du contrat de vente, la société s'engageait à verser annuellement 528 000 \$ d'intérêts, 140 000 \$ d'honoraires pour la prestation de services, 50 000 \$ d'honoraires de gestion ainsi que la moitié du bénéfice d'exploitation net de l'entreprise.

Les intimés, Jack Walls et Robert Buvyer, étaient des commanditaires de la société. Celle-ci a subi des pertes au titre du mini-entrepôt, qui ont été réparties au prorata entre les intimés et les autres commanditaires. Les intimés ont déduit leur part proportionnelle des pertes aux fins d'impôt sur le revenu. Le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations à leur égard pour les années d'imposition 1984 et 1985, en ce qui avait trait aux pertes déduites en leur qualité de commanditaires de la société. Le ministre a réduit les pertes en diminuant le prix d'achat du mini-entrepôt de manière à refléter une juste valeur marchande de 1 180 000 \$ plutôt que les 2 200 000 \$ payés par la société. Le ministre a aussi

3

4

5

The Minister also reduced the allowable interest expense by disallowing interest on debt in excess of \$1,180,000, and by lowering the interest rate from 24 percent to 16 percent on the basis that 24 percent was excessive. The respondents filed notices of objection, but the Minister confirmed the notices of reassessment. The respondents appealed, and the two appeals by each of the two respondents were heard together.

6 The respondents claimed that, owing to the depressed real estate market at the time, it was impossible to obtain conventional financing with respect to such projects without providing substantial equity in the project and full recourse financing. They argued that, given the terms of the agreement, and since FSPL and the Partnership were at arm's length, the interest expense was reasonable as required under s. 20(1)(c) and s. 67 of the Act. The respondents also argued that \$2,200,000 was the fair market value of the property at the material time.

7 The Minister argued that the Partnership did not carry on business with a reasonable expectation of profit such that the losses from the storage park operation were not losses from a business and thus could not be deducted under s. 18(1)(a) of the Act by the partners. In the alternative, the Minister asserted that the amount of interest claimed by the Partnership was unreasonable pursuant to s. 20(1)(c) and s. 67 of the Act, that the fair market value of the mini-warehouse had been \$1,180,000, and that Brem Management Ltd. and the Partnership were not dealing at arm's length with FSPL pursuant to s. 251 of the Act.

8 The Federal Court, Trial Division, dismissed the appeals based solely on its finding that the Partnership did not carry on business with a reasonable expectation of profit and, therefore, that the losses from the storage park operation were not losses from a business and thus could not be deducted by the respondents. The Federal Court of Appeal allowed the appeals, set aside the lower court judgments, and remitted the matter to the trial

réduit les frais d'intérêts déductibles en refusant la déduction de l'intérêt sur la portion de la dette excédant 1 180 000 \$ et en abaissant le taux d'intérêt de 24 à 16 pour 100, pour le motif que le taux de 24 pour 100 était excessif. Les intimés ont déposé des avis d'opposition, mais le ministre a confirmé les avis de nouvelle cotisation. Les intimés ont tous deux interjeté appel et leurs appels ont été entendus ensemble.

Les intimés ont prétendu qu'en raison de la récession qui a frappé le marché immobilier à l'époque, il était impossible de financer de tels projets par les méthodes conventionnelles sans fournir une participation substantielle et offrir des garanties complètes en matière de financement. Ils ont soutenu que, compte tenu des conditions du contrat et du fait que FSPL et la société n'avaient aucun lien de dépendance, les frais d'intérêts étaient raisonnables au sens de l'al. 20(1)c) et de l'art. 67 de la Loi. Les intimés ont également fait valoir que le prix de 2 200 000 \$ représentait la juste valeur marchande de la propriété à l'époque pertinente.

Le ministre a allégué que la société n'était pas exploitée avec une expectative raisonnable de profit et que, par conséquent, les pertes découlant de l'exploitation du parc d'entreposage n'étaient pas des pertes découlant d'une entreprise et ne pouvaient donc pas être déduites par les commanditaires aux termes de l'al. 18(1)a) de la Loi. Le ministre a affirmé subsidiairement que les intérêts déduits par la société n'étaient pas raisonnables au sens de l'al. 20(1)c) et de l'art. 67 de la Loi, que la juste valeur marchande du mini-entrepôt était de 1 180 000 \$ et que Brem Management Ltd. et la société avaient un lien de dépendance avec FSPL, au sens de l'art. 251 de la Loi.

La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les appels en concluant uniquement que la société n'était pas exploitée avec une expectative raisonnable de profit et que, par conséquent, les pertes découlant de l'exploitation du parc d'entreposage n'étaient pas des pertes découlant d'une entreprise et ne pouvaient donc pas être déduites par les intimés. La Cour d'appel fédérale a accueilli les appels, annulé les jugements des tribunaux

judge for a determination of the two outstanding issues of whether there had been an arm's length transaction and its fair market value.

III. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.))

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.

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

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:

. . .

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property . . .

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

251. (1) For the purposes of this Act,

d'instance inférieure et renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il tranche les deux questions litigieuses suivantes : y avait-il une opération sans lien de dépendance et quelle en était la juste valeur marchande?

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.))

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.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

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 :

. . .

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien . . .

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir;

67. Lors du calcul du revenu, aucune déduction ne doit être faite relativement à un débours ou à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense était raisonnable eu égard aux circonstances.

251. (1) Aux fins de la présente loi,

(a) related persons shall be deemed not to deal with each other at arm's length; and

(b) it is a question of fact whether persons not related to each other were at a particular time dealing with each other at arm's length.

IV. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division* (1996), 107 F.T.R. 108

10 Each of the two respondents brought appeals before the Federal Court, Trial Division, pursuant to s. 172(2) of the *Income Tax Act* with respect to the Minister's reassessments for the 1984 and 1985 taxation years. Pursuant to the order of Pinard J. dated August 17, 1995, all four appeals were heard together on the same evidence.

11 Pinard J. began his assessment of the reasonable expectation of profit of the Partnership by referring to the following passage from the pivotal case of *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, at pp. 485-86:

There is a vast case literature on what reasonable expectation of profit means and it is by no means entirely consistent. In my view, whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts. The following criteria should be considered: the profit and loss experience in past years, the taxpayer's training, the taxpayer's intended course of action, the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital cost allowance. The list is not intended to be exhaustive. The factors will differ with the nature and extent of the undertaking: *The Queen v. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. One would not expect a farmer who purchased a productive going operation to suffer the same start-up losses as the man who begins a tree farm on raw land.

12 In applying the criteria laid out in *Moldowan* to the facts before him, Pinard J. found that the profit and loss experience was not particularly helpful in this case, given the enormous increase in the expenses of the storage park resulting from the agreement for sale, service agreement and management agreement, none of which existed prior to

a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance; et

b) la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'avaient aucun lien de dépendance à une date donnée est une question de fait.

IV. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1996] A.C.F. n° 145 (QL)

Chacun des deux intimés s'est fondé sur le par. 172(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour en appeler, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, des nouvelles cotisations établies par le ministre pour les années d'imposition 1984 et 1985. Conformément à l'ordonnance du juge Pinard rendue le 17 août 1995, les quatre appels ont été entendus ensemble en fonction de la même preuve.

Le juge Pinard a entrepris son analyse de l'expectative raisonnable de profit de la société en se référant au passage suivant de l'arrêt clé *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, p. 485-486 :

Une jurisprudence volumineuse traite de la signification de l'expression expectative raisonnable de profit, mais il ne s'en dégage aucune constante. À mon avis, on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit. On doit alors tenir compte des critères suivants : l'état des profits et pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable et la voie sur laquelle il entend s'engager, la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital. Cette liste n'est évidemment pas exhaustive. Les facteurs seront différents selon la nature et l'importance de l'entreprise : *La Reine c. Matthews* [(1974), 74 D.T.C. 6193]. Personne ne peut s'attendre à ce qu'un fermier qui achète une affaire déjà productive subisse au départ les mêmes pertes que celui qui met sur pied une exploitation forestière sur un terrain vierge.

Appliquant les critères énoncés dans l'arrêt *Moldowan* aux faits dont il était saisi, le juge Pinard a conclu que l'état des profits et pertes n'était pas particulièrement utile en l'espèce, étant donné l'augmentation considérable des dépenses du parc d'entreposage découlant du contrat de vente, du contrat de services et du contrat de gestion qui n'existaient

1983. He considered the key factor to be the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital cost allowance. Examining the financial state of the operation in considerable detail, Pinard J. concluded at para. 15 that:

As things stood, the Partnership was unable to make a profit because it was effectively under capitalized. No plan existed to raise additional capital to reduce the debts of the Partnership. The inability of the venture as capitalized to show a profit, even before taking capital cost allowance, is a clear indication that the Partnership did not have a reasonable expectation of profit.

With respect to the other *Moldowan* factors, Pinard J. noted that none of the partners had any previous experience running a storage park. As well, no details had been provided on how to achieve the stated intended course of action of increasing the occupancy of the storage park and increasing the income in order to realize its inherent value. Finally, he found no basis for claiming that the losses related to a start-up period, since the storage park was purchased as a "going operation".

Pinard J. concluded that on the facts before him, the Partnership did not carry on business with a reasonable expectation of profit. In his view, at paras. 17 and 19:

... [the Partnership] was set up as a tax shelter, with the intention that the operation of the storage park would give rise to large initial losses in order to provide the limited partners with tax claims. ...

The evidence in this case indicates that the only financial advantage that could reasonably have been expected by a purchaser of a limited partnership unit in this arrangement would have been by way of tax refunds as a result of claiming the inevitable losses from the arrangement. ...

pas avant 1983. Selon lui, le facteur clé à prendre en compte était la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital. Examinant la situation financière de l'entreprise de façon très détaillée, le juge Pinard a tiré la conclusion suivante (au par. 15) :

Dans cette situation, la société était dans l'impossibilité de réaliser des profits parce qu'en fait elle manquait de capitaux propres. Aucun plan n'avait été établi pour obtenir un apport supplémentaire de capital afin de réduire les dettes de la société. L'incapacité de l'entreprise, avec les capitaux propres dont elle disposait, de réaliser des profits, même avant la déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital, indique clairement que cette société n'avait pas une expectative raisonnable de profit.

En ce qui a trait aux autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Moldowan*, le juge Pinard a fait remarquer qu'aucun des commanditaires n'avait de l'expérience dans l'exploitation d'un parc d'entreposage. De même, aucune précision n'avait été donnée au sujet de la façon de réaliser leur intention explicite d'augmenter la capacité du parc d'entreposage et, partant, les revenus afin d'en réaliser la valeur intrinsèque. Enfin, il a conclu que rien ne justifiait de prétendre que les pertes subies avaient trait à une période de lancement, étant donné que le parc d'entreposage était une « entreprise en activité » au moment de son achat.

Le juge Pinard a décidé que, d'après les faits dont il était saisi, la société n'était pas exploitée avec une expectative raisonnable de profit. À son avis (aux par. 17 et 19) :

... [la société] a [...] été mise sur pied en vue de fournir un abri fiscal, avec l'intention que l'exploitation du parc d'entreposage donne lieu à d'importantes pertes initiales que les commanditaires pourraient déduire de leur impôt ...

En l'espèce, la preuve indique que le seul avantage financier auquel un acheteur d'une participation dans une société en commandite pouvait raisonnablement s'attendre dans ce type d'arrangement aurait pris la forme de remboursements d'impôt par suite de la déduction des inévitables pertes découlant de l'arrangement ...

13

14

15 As a result, Pinard J. found that the losses sustained were not losses from business and could not be deducted by the respondents to the extent of their proportionate interests. The appeals were therefore dismissed.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 1 C.T.C. 324

16 Robertson J.A., for the court, stated that, based on the facts of the case and the Federal Court of Appeal's previous decisions in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73, and *Mastri v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 F.C. 66, the trial judge had erred in applying the reasonable expectation of profit doctrine set out by the Supreme Court of Canada in *Moldowan*, *supra*. He continued at para. 1:

For example, there is no "personal element" involved in the series of transactions under review. The [respondents] were limited partners who purchased an ongoing commercial business. The fact that the purchase was driven, in part, by favourable tax considerations does not detract from the ongoing commercial nature of the endeavour.

17 Robertson J.A. therefore allowed the appeals, set aside the lower court judgments, and remitted the matter to the trial judge for a determination of the two outstanding issues of whether there was an arm's length transaction and its fair market value.

V. Issue

18 Did the storage park operation constitute a source of income for the purposes of s. 9 of the Act?

VI. Analysis

19 The test to determine whether a taxpayer's activities constitute a source of business or property income for the purposes of s. 9 of the Act is set out in *Stewart*, *supra*, at para. 50 as follows:

(i) Is the activity of the taxpayer undertaken in pursuit of profit, or is it a personal endeavour?

Le juge Pinard a donc conclu que les pertes subies n'étaient pas des pertes découlant d'une entreprise et que les intimés ne pouvaient pas les déduire proportionnellement à leur participation dans la société. Par conséquent, les appels ont été rejetés.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] A.C.F. n° 1823 (QL)

Le juge Robertson a affirmé, au nom de la cour, que, compte tenu des faits de l'affaire et des arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73, et *Mastri c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 C.F. 66, le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant la règle de l'expectative raisonnable de profit établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moldowan*, précité. Il a ajouté (au par. 1) :

À titre d'exemple, la série d'opérations à l'étude ne comporte aucun « élément personnel ». Les [intimés] étaient des commanditaires qui avaient acheté une entreprise commerciale active. Le fait que l'achat a été motivé en partie par des considérations fiscales favorables ne diminue pas la nature active de l'entreprise.

Le juge Robertson a donc accueilli les appels, annulé les jugements des tribunaux d'instance inférieure et renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il tranche les deux questions litigieuses suivantes : y avait-il une opération sans lien de dépendance et quelle en était la juste valeur marchande?

V. Question en litige

L'exploitation du parc d'entreposage constituait-elle une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la Loi?

VI. Analyse

Le critère applicable pour déterminer si les activités d'un contribuable sont une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien pour l'application de l'art. 9 de la Loi est énoncé en ces termes dans l'arrêt *Stewart*, précité, par. 50 :

(i) L'activité du contribuable est-elle exercée en vue de réaliser un profit, ou s'agit-il d'une démarche personnelle?

(ii) If it is not a personal endeavour, is the source of the income a business or property?

In addition, at para. 53 of that case, we emphasized that the first stage of this test will only be relevant when there is some personal or hobby element to the activity in question. Where an activity is clearly commercial, the taxpayer is necessarily engaged in the pursuit of profit, and therefore a source of income exists.

Applying these principles to this case, we find that it is clear that the storage park operation constituted a source of income for the purposes of s. 9 of the Act. It is self-evident that such an activity is commercial in nature, and there was no evidence of any element of personal use or benefit in the operation. Although we state in *Stewart, supra*, at para. 55, that reasonable expectation of profit may be used as one factor in making the overall determination as to whether or not the taxpayer's activities are personal or commercial, where, as here, the activities have no personal aspect, reasonable expectation of profit does not arise for consideration.

The trial judge referred to the storage park operation as a "tax shelter" and concluded that the reduction of tax was the sole motivation for its existence, citing *Moloney v. The Queen*, 92 D.T.C. 6570 (F.C.A.). However, in that case, a circular scheme was set up for the sole purpose of obtaining tax refunds with no intention on the part of the taxpayer to carry on the business of marketing a speed reading course which was the ostensible purpose of the transactions. It was in this context that Hugessen J.A. stated, at p. 6570:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax, it is equally clear in our view that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for the purpose of the *Income Tax Act*. [Emphasis added.]

With respect, the case at bar is distinguishable from *Moloney*. There, the taxpayer was not engaged in

(ii) S'il ne s'agit pas d'une démarche personnelle, la source du revenu est-elle une entreprise ou un bien?

Nous avons en outre précisé, au par. 53 de cet arrêt, que le premier volet de ce critère ne s'appliquera que si l'activité en cause comporte un aspect personnel ou récréatif. Lorsqu'une activité est nettement commerciale, le contribuable cherche nécessairement à réaliser un profit et il existe donc une source de revenu.

Selon nous, il ressort clairement de l'application de ces principes à la présente affaire que l'exploitation du parc d'entreposage constituait une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la Loi. Il va de soi qu'une telle activité est de nature commerciale, et il n'y avait aucune preuve de l'existence d'un élément d'usage ou d'avantage personnel dans cette exploitation. Même si nous déclarons dans l'arrêt *Stewart*, précité, par. 55, que la question de l'expectative raisonnable de profit peut être prise en considération pour déterminer globalement si les activités du contribuable sont personnelles ou commerciales dans les cas où, comme en l'espèce, les activités ne comportent aucun aspect personnel, cette question ne se pose pas.

Le juge de première instance a qualifié l'exploitation du parc d'entreposage d'« abri fiscal » et a conclu que sa seule raison d'être était la réduction d'impôt, citant l'arrêt *Moloney c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 905 (QL) (C.A.). Dans cette affaire, toutefois, le contribuable avait lancé un projet de mise en marché en chaîne fermée dans le seul but d'obtenir des remboursements d'impôt, sans avoir l'intention d'effectuer la mise en marché d'un cours de lecture rapide, qui était l'objet déclaré des opérations. C'est dans ce contexte que le juge Hugessen a dit, au par. 1 :

Il est un principe élémentaire du droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôt; toutefois, il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu. [Nous soulignons.]

En toute déférence, la présente affaire peut être distinguée d'avec l'affaire *Moloney*. Dans ce dernier

20

21

a commercial activity, but instead was involved in a sham set up to appear as though it was commercial in nature where in fact the only activity actually engaged in was that of obtaining tax refunds. Here, in contrast, the Partnership purchased and maintained an ongoing commercial operation.

22

Although the respondents in this case were clearly motivated by tax considerations when they purchased their interests in the Partnership, this does not detract from the commercial nature of the storage park operation or its characterization as a source of income for the purposes of s. 9 of the Act. It is a well-established proposition that a tax motivation does not affect the validity of transactions for tax purposes: *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10, at para. 22; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540. In addition, we reiterate the caution stated in *Stewart*, at para. 65 that, given the specific anti-avoidance provisions in the Act, courts should not be quick to embellish its provisions in response to tax avoidance concerns: see also *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 39; *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63.

VII. Conclusion

23

For these reasons, we conclude that the storage park operation carried on by the Partnership, in which the respondents were limited partners, constituted a source of income for the purposes of s. 9 of the Act. As a result, we would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Thorsteinssons, Vancouver.

cas, le contribuable n'exerçait pas une activité commerciale, mais participait plutôt à une opération fictive destinée à donner l'impression qu'elle était de nature commerciale alors qu'en fait la seule activité exercée consistait à obtenir des remboursements d'impôt. En l'espèce, par contre, la société a acquis une entreprise commerciale en activité et en a poursuivi l'exploitation.

Même si les intimés en l'espèce étaient clairement motivés par des considérations fiscales lorsqu'ils ont acquis leur participation dans la société, cela n'enlève rien à la nature commerciale de l'exploitation du parc d'entreposage ni à sa qualification de source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la Loi. Il est bien établi qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations effectuées à des fins fiscales : *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10, par. 22; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 540. Nous réitérons aussi la mise en garde faite dans l'arrêt *Stewart*, précité, par. 65, selon laquelle, compte tenu de l'existence de dispositions anti-évitement particulières dans la Loi, les tribunaux ne devraient pas s'empresse de renforcer les dispositions de la Loi lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt : voir également *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 39; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 63.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous concluons que l'exploitation du parc d'entreposage par la société dont les intimés étaient commanditaires constituait une source de revenu pour l'application de l'art. 9 de la Loi. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Le sous-procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimés : Thorsteinssons, Vancouver.

Family Insurance Corporation *Appellant*

v.

Lombard Canada Ltd. *Respondent*

and

Canadian Universities Reciprocal Insurance Exchange *Intervener*

INDEXED AS: FAMILY INSURANCE CORP. v. LOMBARD CANADA LTD.

Neutral citation: 2002 SCC 48.

File No.: 28093.

2002: February 19; 2002: May 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Overlapping policies — Excess coverage — Two policies of insurance covering same risk — Both insurers relying on “other insurance” clauses to avoid primary liability — Whether clauses should be treated as mutually repugnant — Whether insurers should be required to bear loss equally.

A claim against the insured, Y, was settled with the quantum of damages payable by her two insurers set at \$500,000. Y was insured by F under a homeowner/residential insurance policy with a maximum benefit of \$1 million, and by L under a commercial general liability policy for up to \$5 million. Both policies contained “other insurance” clauses that declared the policies to be “excess insurance” to any other insurance coverage. Each insurer relied on its “other insurance” clause to shield itself from primary liability. In a contest between the two insurers concerning the extent to which each of them was liable to pay the insured’s claim, the trial judge held that the two clauses were mutually repugnant, and that liability should be apportioned between the insurers equally. The Court of Appeal, however, took into consideration the surrounding circumstances and

Family Insurance Corporation *Appelante*

c.

Lombard du Canada ltée *Intimée*

et

Canadian Universities Reciprocal Insurance Exchange *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : FAMILY INSURANCE CORP. c. LOMBARD DU CANADA LTÉE

Référence neutre : 2002 CSC 48.

N° du greffe : 28093.

2002 : 19 février; 2002 : 23 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Assurance — Chevauchement de polices — Garantie complémentaire — Risque couvert par deux polices — Clauses de « pluralité d’assurances » invoquées par les deux assureurs pour se dégager de toute responsabilité de premier rang — Ces clauses doivent-elles être considérées incompatibles? — Les assureurs doivent-ils partager le montant du sinistre à parts égales?

Une demande présentée contre l’assurée, Y, a été réglée à l’amiable, le montant des dommages-intérêts étant fixé à 500 000 \$. Y était assurée par F aux termes d’une police d’assurance propriétaires occupants prévoyant un plafond de un million de dollars, et par L aux termes d’une police d’assurance commerciale multirisque prévoyant un plafond de cinq millions de dollars. Les deux polices comprenaient des clauses de « pluralité d’assurances » stipulant que les polices constituent une « garantie complémentaire » à toute autre garantie d’assurance. Chaque assureur a invoqué sa propre clause de « pluralité d’assurances » pour se dégager de toute responsabilité de premier rang. Dans un différend opposant les deux assureurs et portant sur l’étendue de leur responsabilité respective quant au paiement de la demande de règlement de l’assuré, le juge de première instance a

concluded that the underwriting considerations being different, the F policy provided the primary coverage to the insured, while the L policy provided excess coverage. F appealed.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the trial judge restored.

The insurer may seek to limit its liability in the provisions of the policy, and thus the policy itself is the proper instrument to determine the liability of each insurer. Where the contest is only between the insurers, there is no basis for referring to surrounding circumstances or looking outside the policy, there being no privity of contract between the insurers. The policies here are clear and unambiguous, and the insurers' intentions are unequivocal. The appellant, F, intended to provide primary coverage unless other valid insurance was available, in which case, it intended to provide only excess coverage. The respondent, L, intended to provide primary coverage unless other valid insurance was available, in which case, it intended to provide only excess coverage regardless of the type of coverage provided by the other insurer. In the face of these irreconcilable intentions, the court must determine the most equitable means of resolving the dispute, respecting the intentions of the parties and the right of the insured to recover fully. The Minnesota approach which includes the closeness to the risk approach and which entails a broad analysis of the policies and the surrounding circumstances to determine the overall policy insuring intent of the insurers, is rejected, as it does not accord with the principles of equitable contribution, nor does it respect the intentions of both insurers. The better approach is one that recognizes that the parties involved have not contracted with each other, so that their subjective intentions are irrelevant. Although the intentions of the insurers govern the interpretation exercise, the focus of the examination is to determine whether the insurers intended to limit their obligation to contribute, by what method, and in what circumstances *vis-à-vis* the insured. In the absence of such limiting intentions or where those intentions conflict, principles of equitable contribution demand that parties under a coordinate obligation to make good the loss must share that burden equally. This approach serves to respect the intentions of both the insurers while simultaneously respecting the insured's contractual right to full indemnity. The "independent liability" approach to apportionment to the respective policy limits represents the fairest method of apportionment and accords with the principles

statué que les deux clauses étaient incompatibles et que la responsabilité devait être partagée à parts égales entre les deux assureurs. La Cour d'appel a toutefois tenu compte du contexte et elle a conclu que les considérations liées à la tarification étant différentes, la police de F fournissait une garantie de premier rang à l'assuré, tandis que la police de L lui fournissait une garantie complémentaire. F a interjeté appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision du juge de première instance est rétablie.

L'assureur peut chercher à limiter sa responsabilité dans les dispositions de la police; par conséquent, le document qui doit servir à déterminer la responsabilité de chaque assureur est la police elle-même. Lorsque le différend oppose uniquement les assureurs, il n'existe aucun fondement pour examiner le contexte ou aller au-delà de la police, compte tenu de l'absence de lien contractuel entre les assureurs. En l'espèce, les polices étaient claires et non équivoques et les intentions des assureurs n'avaient rien d'ambigu. L'appelante, F, avait l'intention de fournir une garantie de premier rang, sauf s'il existait quelque autre assurance valide, auquel cas l'assureur n'entendait fournir qu'une garantie complémentaire. L'intimée, L, avait l'intention de fournir une garantie de premier rang, à moins qu'il existe quelque autre assurance valide, auquel cas elle entendait limiter sa responsabilité à une garantie complémentaire, sans égard au type de garantie offerte par l'autre assureur. Devant ces intentions inconciliables, le tribunal doit déterminer la façon la plus équitable de résoudre le différend, celle qui respecte les intentions des parties tout autant que le droit de l'assuré à une indemnisation complète. La méthode du Minnesota, qui inclut le critère du degré de proximité avec le risque et qui comporte une analyse approfondie des polices et du contexte en vue de déterminer l'intention globale exprimée dans la police, est rejetée, parce qu'elle est incompatible avec les principes de la contribution équitable et ne respecte pas les intentions des deux assureurs. La meilleure méthode consiste à reconnaître que les parties en cause n'ont pas conclu de contrat entre elles, de sorte que leurs intentions subjectives ne sont pas pertinentes. Même si les intentions des assureurs régissent la démarche d'interprétation, l'examen doit se concentrer sur la question de savoir si les assureurs voulaient limiter leur obligation de contribution, par quelle méthode, et dans quelles circonstances par rapport à l'assuré. En l'absence de telles intentions limitatives ou lorsqu'elles s'avèrent inconciliables, les principes de la contribution équitable exigent que les parties tenues au même titre d'indemniser une personne de sa perte partagent également ce fardeau. Cette méthode permet de respecter à la fois les intentions des deux assureurs et le droit contractuel de l'assuré à une indemnisation intégrale. L'approche

on which the doctrine of equitable contribution is based.

On its face, the L policy provides the same primary coverage as that of F. To endorse the intentions of one insurer over another where both parties have sought to limit their liability to contribute and where the offending clauses, on their face, are irreconcilable, does violence to the intentions of the insurers and does not respect the obligation of both insurers to contribute. Were the court to give effect to each insurer's intention, F would provide only excess coverage and L would provide only excess coverage to that, leaving the insured without primary coverage at all, an absurd result. Where the competing policies cannot be read in harmony, the conflicting clauses should be treated as mutually repugnant and inoperative, as this accords with the expectations of both the insured and the insurers. Thus both policies provide the insured with primary coverage, so that each insurer is independently liable to the insured for the full loss. Where liability is shared among insurers covering the same risk, the loss is borne equally by each insurer until the lower policy limit is exhausted, with the policy with the higher limit contributing any remaining amounts.

Cases Cited

Followed: *Godin v. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701; *McGeough v. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188; *Marchand v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. x; *Guardian Insurance of Canada v. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 111; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1; *Dominion of Canada General Insurance Co. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122; *Weddell v. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; **considered:** *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374, aff'd (1981), 27 B.C.L.R. 89; *Carriers Insurance Co. v. American Policyholders' Insurance Co.*, 404 A.2d 216 (1979); *Brown v. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (1992); *Hoffmaster v. Harleysville*

de la « responsabilité indépendante » quant au partage de la responsabilité à concurrence des limites des polices respectives représente la méthode de partage la plus équitable et concorde avec les principes qui sous-tendent la doctrine de la contribution équitable.

À première vue, la police de L fournit la même garantie de premier rang que celle de F. Privilégier les intentions d'un assureur plutôt que celles de l'autre dans un cas où les deux parties ont cherché à limiter leur obligation de contribution et où les clauses litigieuses sont, à première vue, inconciliables, c'est faire violence aux intentions des assureurs et ne pas respecter l'obligation de contribution des deux assureurs. Si la cour donnait effet à l'intention de chaque assureur, F ne fournirait qu'une garantie complémentaire et L ne fournirait qu'une garantie complémentaire à celle-ci, ce qui laisserait l'assuré sans aucune garantie de premier rang, ce qui serait absurde. Lorsque les polices concurrentes ne peuvent s'accorder, la démarche qui correspond aux attentes à la fois de l'assuré et des assureurs consiste à conclure que les clauses qui entrent en conflit sont incompatibles et inopérantes. Ainsi, les deux polices fournissent une garantie de premier rang à l'assuré de sorte que chaque assureur est tenu, indépendamment, d'indemniser intégralement l'assuré de sa perte. Lorsque la responsabilité est partagée entre les assureurs qui couvrent le même risque, la perte est assumée à parts égales par chaque assureur à concurrence de la limite de la police la moins élevée, à charge pour l'assureur dont la police prévoit une limite plus élevée de payer tout excédent.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Godin c. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701; *McGeough c. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137; *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188; *Marchand c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. x; *Guardian Insurance of Canada c. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 N.B.R. (2^e) 111; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1; *Dominion of Canada General Insurance Co. c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122; *Weddell c. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; **arrêts examinés :** *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374, conf. par (1981), 27 B.C.L.R. 89; *Carriers Insurance Co. c. American Policyholders' Insurance Co.*, 404 A.2d 216 (1979); *Brown c. Travelers*

Insurance Co., 657 A.2d 1274 (1995), leave to appeal refused, 668 A.2d 1133 (1995); *Lamb-Weston, Inc. v. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959); *Commercial Union Assurance Co. v. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804; **referred to:** *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921); *Auto Owners Insurance Co. v. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (1979); *Interstate Fire & Casualty Co. v. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (1988); *Garrick v. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (1991); *American Family Insurance v. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (1994); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *North Star Mutual Insurance Co. v. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (2001).

Authors Cited

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Couch Cyclopaedia of Insurance Law, vol. 16, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative, 1983.

Grimes, Samuel G. "Insurance — The 'Other Insurance' Clause Conflict" (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433.

Guthrie, Mark C. "'Other Insurance' Conflicts: A Common-Sense Proposal" (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689.

Hasse, Linda Kogel. "Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry" (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 3rd ed. London: Butterworths, 1975.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Note. "Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance" (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 187 D.L.R. (4th) 605, 139 B.C.A.C. 181, 227 W.A.C. 181, 75 B.C.L.R. (3d) 263, 18 C.C.L.I. (3d) 165, [2000] 6 W.W.R. 111, [2000] I.L.R. I-3861, [2000] B.C.J. No. 1076 (QL), 2000 BCCA 330, setting aside a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58, [1999] I.L.R. I-3692, [1999] B.C.J. No. 515 (QL). Appeal allowed.

Insurance Co., 610 A.2d 127 (1992); *Hoffmaster c. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (1995), autorisation d'appel refusée, 668 A.2d 1133 (1995); *Lamb-Weston, Inc. c. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959); *Commercial Union Assurance Co. c. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804; **arrêts mentionnés :** *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. c. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921); *Auto Owners Insurance Co. c. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (1979); *Interstate Fire & Casualty Co. c. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (1988); *Garrick c. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (1991); *American Family Insurance c. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (1994); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *North Star Mutual Insurance Co. c. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (2001).

Doctrine citée

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Couch Cyclopaedia of Insurance Law, vol. 16, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative, 1983.

Grimes, Samuel G. « Insurance — The "Other Insurance" Clause Conflict » (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433.

Guthrie, Mark C. « "Other Insurance" Conflicts: A Common-Sense Proposal » (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689.

Hasse, Linda Kogel. « Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of "Other Insurance" Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry » (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 3rd ed. London: Butterworths, 1975.

Ivamy, Edward Richard Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

Note. « Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance » (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 187 D.L.R. (4th) 605, 139 B.C.A.C. 181, 227 W.A.C. 181, 75 B.C.L.R. (3d) 263, 18 C.C.L.I. (3d) 165, [2000] 6 W.W.R. 111, [2000] I.L.R. I-3861, [2000] B.C.J. No. 1076 (QL), 2000 BCCA 330, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58, [1999] I.L.R. I-3692, [1999] B.C.J. No. 515 (QL). Pourvoi accueilli.

Neo J. Tuytel and Jonathan L. S. Hodes, for the appellant.

James H. MacMaster and Donald B. Lebens, for the respondent.

Patrick J. Monaghan, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. — This appeal concerns the issue of overlapping insurance coverage and the proper approach to the reconciliation of disputes among two insurers, each of whom has sought to limit its liability where other insurance covers the same loss. The issue has engendered a significant amount of jurisprudence and is far from novel. Nevertheless, the reconciliation of competing and apparently irreconcilable insurance policy provisions has plagued the courts and given rise to much academic comment in Canada as well as in American jurisdictions. This is a good opportunity for this Court to clarify the law in this area.

I. Factual Background

In March of 1996, Michelle Patterson was injured in a fall from a horse. Patterson sued Lesley Young, the owner of the stable, and Douglas Blanchard, the owner of the horse. Ms. Patterson's claim was eventually settled, with the quantum of damages payable by Ms. Young's insurers set at \$500,000.

At the time of the accident, Lesley Young was insured by the appellant, Family Insurance Corporation ("Family"), under a homeowner/residential insurance policy with a maximum benefit of \$1 million. Young was also insured by the respondent, Lombard Canada Ltd. ("Lombard"), under a Commercial General Liability Policy for up to \$5 million, a policy Young obtained when she became a member of the Horse Council of British Columbia ("HCBC"). Although Lombard

Neo J. Tuytel et Jonathan L. S. Hodes, pour l'appelante.

James H. MacMaster et Donald B. Lebens, pour l'intimée.

Patrick J. Monaghan, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur le chevauchement des garanties d'assurance et sur la méthode à suivre pour résoudre les différends entre deux assureurs qui ont, l'un et l'autre, cherché à limiter leur responsabilité dans les cas où l'autre assurance couvre le même sinistre. Cette question a donné lieu à une abondante jurisprudence et elle est loin d'être nouvelle. Pourtant, la conciliation des dispositions de polices d'assurance concurrentes et apparemment incompatibles embête encore les tribunaux et continue de susciter de nombreux commentaires de la part des théoriciens au Canada et aux États-Unis. Ce pourvoi nous donne l'occasion de clarifier le droit dans ce domaine.

I. Le contexte factuel

En mars 1996, Michelle Patterson s'est blessée en tombant de cheval. Elle a poursuivi Lesley Young, la propriétaire de l'écurie, et Douglas Blanchard, à qui appartenait le cheval. La demande de M^{me} Patterson a finalement été réglée, le montant des dommages-intérêts payables par les assureurs de M^{me} Young étant fixé à 500 000 \$.

Au moment de l'accident, Lesley Young était assurée par l'appelante, Family Insurance Corporation (« Family »), aux termes d'une police d'assurance propriétaires occupants prévoyant un plafond de un million de dollars. M^{me} Young était aussi assurée par l'intimée, Lombard du Canada ltée (« Lombard »), aux termes d'une police d'assurance commerciale multirisque prévoyant un plafond de cinq millions de dollars, que M^{me} Young avait obtenue lors de son adhésion au Horse Council of

1

2

3

denied liability initially, both insurers concede that Young's liability claim falls within the scope of coverage of both of the policies.

4

Although the wording of each is different, both insurance policies contain "other insurance" clauses that declare the policies to be "excess coverage" to any other insurance coverage held by the insured. The Family policy contains the following "other insurance" clause:

If other insurance exists which applies to a loss or claim or would have applied if this policy did not exist, this policy will be considered excess insurance and the Insurer is not liable for any loss or claim until the amount of such other insurance is used up.

The Lombard policy phrased its "other insurance" clause as follows:

If other valid and collectible insurance is available to the Insured for a loss we cover under Coverages A, B or D of this form, our obligations are limited as follows:

. . .

This insurance is excess over other existing insurance if any, whether such other insurance be primary, excess, contingent or on any other basis, that is liability insurance such as, but not limited to comprehensive personal liability, comprehensive general liability coverages or similar coverage for liability arising out of the activities of any insured.

The contest, then, is between the two insurers and concerns the extent to which each of them is liable to pay the insured's claim. Each insurer relies on its "other insurance" clause as a means of shielding itself from primary liability.

5

At trial, the parties agreed that the only issue before the court was the extent, if any, of the liability of each insurer. They further agreed that, if the court

British Columbia (« HCBC »). Même si, à l'origine, Lombard a nié toute responsabilité, les deux assureurs concèdent que la demande de règlement d'assurance responsabilité de M^{me} Young est couverte par les deux polices.

En dépit d'une formulation différente, les deux polices d'assurance comprennent des clauses de « pluralité d'assurances » stipulant que les polices constituent une « garantie complémentaire » à toute autre garantie d'assurance détenue par l'assuré. La police de Family comprend la clause de « pluralité d'assurances » suivante :

[TRADUCTION] S'il existe quelque autre assurance qui s'applique à un sinistre ou à une demande de règlement ou qui s'y serait appliquée si la présente police n'existait pas, la présente police est considérée comme une assurance complémentaire et l'Assureur n'est responsable à l'égard du sinistre ou de la demande de règlement qu'une fois épuisée l'indemnité garantie par cette autre assurance.

La clause de « pluralité d'assurances » de la police de Lombard est formulée en ces termes :

[TRADUCTION] Si l'assuré est couvert par une autre assurance valide et recouvrable pour un risque que nous assurons sous les protections A, B ou D du présent formulaire, nos obligations se limitent ainsi :

. . .

La présente assurance est complémentaire à toute autre assurance existante, le cas échéant, que celle-ci soit de premier rang, complémentaire, conditionnelle ou établie sur toute autre base, à savoir une assurance responsabilité comprenant notamment des garanties d'assurance responsabilité civile des particuliers, d'assurance responsabilité civile générale ou toute autre garantie similaire contre la responsabilité découlant des activités de l'assuré.

Le différend oppose donc les deux assureurs et il porte sur l'étendue de leur responsabilité respective quant au paiement de la demande de règlement de l'assuré. Chaque assureur invoque sa propre clause de « pluralité d'assurances » pour se dégager de toute responsabilité de premier rang.

Au procès, les parties ont convenu que le seul point en litige était l'étendue, le cas échéant, de la responsabilité de chaque assureur. Elles ont en

held both insurers liable under the respective policies, each would share equally in the liability to their respective policy limits. McEwan J. of the British Columbia Supreme Court found each insurer to be primary and, accordingly, that each should contribute equally to the loss. Lombard appealed, arguing that the trial judge erred in finding Lombard to be a primary insurer. Similarly, Family cross-appealed, claiming the trial judge erred in finding that Family was liable as a primary insurer. At the hearing, however, Family abandoned its cross-appeal and agreed with the Court of Appeal that its position was untenable.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58

McEwan J. first noted that the wording of the two clauses was not identical. Thus the first step was to determine whether the two clauses could be reconciled by determining the intent of the two insurers as revealed by the content of their respective policies: *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). McEwan J. noted that the appellant's policy was worded so that the test for liability was whether the other policy would function as the primary insurance if the appellant's policy did not exist. The respondent argued that its policy was excess even to excess policies, so that even if the appellant met its own definition as an excess insurer, then the respondent would be excess to it. McEwan J. rejected this view, noting that such an interpretation leads to circular reasoning that does not resolve the problem of which policy provides primary coverage: *McGeough v. Stay 'N Save Motor Inns Inc.* (1994), 116 D.L.R. (4th) 137 (B.C.C.A.). He stated, at para. 8: "Beyond a certain point I do not think it makes much sense to arbitrate what amounts to a kind of drafting 'tag'. The clauses are irreconcilable.

autre convenu que si le tribunal concluait qu'elles sont toutes deux responsables aux termes de leurs polices respectives, elles contribueraient chacune à parts égales à concurrence des limites stipulées dans leurs polices respectives. Le juge McEwan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que chaque assureur était un assureur de premier rang et que chacun devait par conséquent contribuer à parts égales au règlement du sinistre. Lombard a interjeté appel de cette décision en soutenant que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'elle était un assureur de premier rang. Family a, à son tour, formé un appel incident, prétendant que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'elle était responsable à titre d'assureur de premier rang. À l'audience, toutefois, Family s'est désistée de son appel incident et a reconnu devant la Cour d'appel que sa position était insoutenable.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 10 C.C.L.I. (3d) 58

Le juge McEwan a d'abord fait remarquer que la formulation des deux clauses n'était pas identique. Par conséquent, il fallait d'abord déterminer si elles pouvaient être conciliées en dégageant l'intention des deux assureurs telle qu'ils l'ont exprimée dans leurs polices respectives : *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Kansa General Insurance Co.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). Le juge McEwan a noté que, selon le libellé de la police de l'appelante, le critère relatif à la responsabilité consistait à déterminer si l'autre police se serait ou non appliquée comme une assurance de premier rang si la police de l'appelante n'avait pas existé. L'intimée a fait valoir que sa police était complémentaire même à l'égard de polices complémentaires de sorte que même si l'appelante satisfaisait à sa propre définition d'assureur complémentaire, l'intimée serait encore un assureur complémentaire par rapport à l'appelante. Le juge McEwan a rejeté cette prétention; il a précisé qu'une telle interprétation ne faisait que créer un raisonnement circulaire qui ne résout pas la question de savoir laquelle des polices fournit la garantie de premier rang : *McGeough c. Stay 'N Save Motor*

Applying the principle set out in the cases the excess clauses are inoperative.”

7

McEwan J. then addressed the issue of how to apportion liability as between the two insurers. He noted that the Lombard policy provided a formula for sharing liability whereas the Family policy was silent on the issue. He held that without an agreement between the parties, Lombard’s formula could not bind Family. Applying the “independent liability approach” from *Dominion of Canada General Insurance Co. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122 (S.C.), McEwan J. held that the “other insurance” clauses cancel each other out. As both “other insurance” clauses were inoperative, each policy is regarded as providing primary coverage, so that each insurer is required to contribute equally to the applicable limits of each policy or until none of the loss remains: *McGeough, supra*, at p. 146; *Dominion of Canada v. Wawanesa, supra*, at pp. 130 and 132-33.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 263, 2000 BCCA 330

8

Hall J.A. reviewed the competing policies and noted that the HCBC advised its members that liability coverage under the Lombard policy was excess to personal liability insurance that its members might possess. Although he did not believe that the HCBC’s advertisement governed the interpretation of the policies, he reasoned as follows, at para. 4:

One must have regard to the language of the policies although a consideration of policy language cannot be completely divorced from surrounding circumstances and commercial reality.

Inns Inc. (1994), 116 D.L.R. (4th) 137 (C.A.C.-B.). Il a dit, au par. 8 : [TRADUCTION] « Au-delà d’une certaine limite, il ne sert à rien, selon moi, d’arbitrer ce qui ressemble à une sorte de “chassé-croisé” rédactionnel. Les clauses sont inconciliables. Selon le principe énoncé dans la jurisprudence, les clauses de complémentarité sont inopérantes. »

Le juge McEwan s’est ensuite attaqué à la question du partage de la responsabilité entre les deux assureurs. Il a noté que la police de Lombard prévoyait une formule de partage de la responsabilité, tandis que la police de Family était muette à cet égard. Il a conclu qu’à défaut d’entente entre les parties, la formule de Lombard ne pouvait lier Family. Appliquant [TRADUCTION] « l’approche de la responsabilité indépendante » énoncée dans la décision *Dominion of Canada General Insurance Co. c. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (1985), 64 B.C.L.R. 122 (C.S.), le juge McEwan a statué que les clauses de « pluralité d’assurances » s’annulaient l’une l’autre. Comme les deux clauses de « pluralité d’assurances » étaient inopérantes, chaque police était réputée fournir une garantie de premier rang de sorte que chaque assureur était tenu de contribuer à parts égales jusqu’à concurrence des limites applicables de chaque police ou jusqu’à indemnisation complète : *McGeough*, précité, p. 146; *Dominion of Canada c. Wawanesa*, précité, p. 130, 132 et 133.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 263, 2000 BCCA 330

Le juge Hall a examiné les polices concurrentes et noté que le HCBC avait averti ses membres que la garantie d’assurance prévue par la police de Lombard était complémentaire à l’assurance responsabilité civile personnelle qu’ils pouvaient avoir souscrite. Même s’il ne croyait pas que l’information communiquée par le HCBC régissait l’interprétation des polices, il a adopté le raisonnement suivant, au par. 4 :

[TRADUCTION] Il faut examiner le libellé des polices, même si cet examen ne peut faire complètement abstraction des circonstances qui l’entourent et de la réalité commerciale.

In reaching his decision, he adopted the approach of Legg J.A. in *McGeough*, *supra*, that reconciliation of overlapping coverage policies is governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies issued. Hall J.A. also relied upon E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (3rd ed. 1975), at pp. 312-13, where the author states:

The cardinal rule of construction is that the intention of the parties must prevail. But the intention is to be looked for on the face of the policy, including any documents incorporated therewith, in the words which the parties have themselves chosen to express their meaning. The Court must not speculate as to their intention, apart from their words, but may, if necessary, interpret the words by reference to the surrounding circumstances.

Hall J.A. agreed with the trial judge that, on a consideration of the clauses alone, the “other insurance” clauses were irreconcilable. He further noted that the “traditional way” to apportion liability where the wording of the policies cannot be reconciled accords with what McEwan J. did in this case. Finally, he agreed with the trial judge that *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*, stipulated that the liability of insurers with overlapping policies was governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies.

Hall J.A. distinguished *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*, where it was held that the clauses cancelled each other out and liability was apportioned equally, on the basis that the competing policies in that case were alike in type and coverage. He held that had the present policies been similar, he would have agreed with the result reached by McEwan J. at trial. Turning to the surrounding circumstances of this case, Hall J.A. reasoned as follows, at para. 15:

[I]t seems to me that the court can and should take account of the circumstance that these two policies do appear rather different from each other in type and

Il a suivi la démarche retenue par le juge Legg dans l'arrêt *McGeough*, précité, selon laquelle la conciliation de polices qui se chevauchent est régie par l'intention des assureurs telle qu'ils l'ont exprimée dans le libellé des polices délivrées. Le juge Hall s'est également appuyé sur l'extrait suivant de l'ouvrage de E. R. H. Ivamy, intitulé *General Principles of Insurance Law* (3^e éd. 1975), p. 312-313 :

[TRADUCTION] La règle fondamentale d'interprétation veut que l'intention des parties l'emporte. Mais leur intention doit être dégagée de la police, y compris tous les documents qui y sont incorporés, à partir des mots que les parties ont elles-mêmes choisis pour exprimer leur pensée. La cour ne doit pas faire de conjectures sur leur intention en s'écartant des mots qu'ils ont employés, mais elle peut, au besoin, interpréter ces mots en tenant compte du contexte.

À l'instar du juge de première instance, le juge Hall a reconnu que l'examen du seul libellé des clauses de « pluralité d'assurances » menait à la conclusion qu'elles étaient inconciliables. Il a noté en outre que la [TRADUCTION] « manière traditionnelle » de partager la responsabilité lorsque le libellé des polices ne peut être concilié correspondait à celle employée par le juge McEwan en l'espèce. Enfin, il était d'accord avec le juge de première instance pour dire que la décision *Simcoe & Erie c. Kansa*, précitée, statuait que la responsabilité des assureurs dont les polices se chevauchent est régie par leur intention telle qu'ils l'ont exprimée dans le libellé de chaque police.

Le juge Hall a expliqué que la décision *Simcoe & Erie c. Kansa*, précitée, où la cour a conclu que les clauses s'annulaient l'une l'autre et que la responsabilité devait être répartie également, se distinguait du fait que les polices concurrentes dans cette affaire étaient semblables quant à leur nature et quant à la garantie qu'elles offraient. Il a conclu que si les polices en cause aujourd'hui avaient été semblables, il aurait été d'accord avec le résultat auquel était parvenu le juge McEwan en première instance. Quant aux circonstances de la présente espèce, le juge Hall a suivi le raisonnement que voici, au par. 15 :

[TRADUCTION] [I]l me semble que la cour peut et devrait tenir compte du fait que ces deux polices semblent assez différentes l'une de l'autre quant à leur nature et à leur

purpose. I believe we must consider the particular circumstances reflected by the description and wording of the respective policies. It is also, in my judgment, appropriate to take account of the limited surrounding facts we have in this case in an effort to resolve this dispute between the competing insurers.

11 Hall J.A. then noted that the Family policy was a standard homeowner policy covering *inter alia* dwelling premises, personal property and personal liability. The Lombard policy covered Young through her membership in the HCBC. Hall J.A. found that, because the Lombard policy was offered through a club, it was “the intent of the insurer to offer a type of excess coverage generally to a class of insureds with a proviso that, absent any other coverage, the policy could provide primary insurance coverage” (para. 16). He also considered that the HCBC believed Lombard’s policy provided excess coverage for its members. Although he did not give this factor much weight, he took it into account as a surrounding circumstance which gave some indication that such an interpretation of the Lombard policy would accord with commercial reality.

12 Hall J.A. took note of the higher coverage provided by the Lombard policy, the broader net of coverage and its availability to a group of insureds. He also observed that the underwriting considerations were different for this policy than for the Family policy. He stated at para. 19:

Concerning the Family policy, rates will be based on past or anticipated loss experience related to all homeowners likely to purchase an individual homeowners policy. A limit of \$1 million is provided for to limit maximum exposure to that sum in a personal liability claim. The Lombard policy is underwritten based on past or anticipated loss experience related to the covered group, bearing in mind on the one hand the strong probability of other existing coverage for most members, and thus the avoidance of coverage or responsibility on most claims and on the other hand providing a higher limit to afford, in the rare case, excess coverage to an insured having a large claim. Excess coverage may very occasionally be required for a catastrophic claim over the amount covered by the limits of the anticipated existing insurance coverage and in most cases, primary coverage will not be given

objet. Je crois que nous devons prendre en considération les circonstances particulières qui trouvent écho dans la description et la formulation des polices respectives. Il y a aussi lieu, à mon avis, de tenir compte du contexte factuel limité dont nous disposons en l’espèce afin de résoudre le différend entre les assureurs concurrents.

Le juge Hall a ensuite noté que la police de Family était une police propriétaires occupants type couvrant notamment la résidence, les biens meubles et la responsabilité personnelle. M^{me} Young bénéficiait de la protection de la police de Lombard en raison de son adhésion au HCBC. Le juge Hall a conclu que, du fait que la police de Lombard était offerte par l’entremise d’un club, cet assureur avait [TRADUCTION] « l’intention d’offrir de façon générale à une catégorie d’assurés un type de garantie complémentaire assortie d’une clause stipulant que la police pourrait, en l’absence de toute autre garantie, fournir une assurance de premier rang » (par. 16). Il a aussi tenu compte du fait que le HCBC croyait que la police de Lombard offrait une garantie complémentaire à ses membres. Même s’il n’a pas attribué beaucoup de poids à ce facteur, il en a tenu compte à titre d’élément du contexte qui laisse croire qu’une telle interprétation de la police de Lombard serait conforme à la réalité commerciale.

Le juge Hall a noté le montant plus élevé et la portée plus étendue de la police de Lombard, ainsi que le fait qu’elle était offerte à un groupe d’assurés. Il a aussi fait remarquer que cette police et celle de Family soulevaient des considérations différentes quant à la tarification. Il a dit, au par. 19 :

[TRADUCTION] En ce qui a trait à la police de Family, les taux seront fondés sur les sinistres déjà survenus ou prévus pour tous les propriétaires susceptibles de souscrire une police d’assurance propriétaires occupants individuelle. Un plafond de un million de dollars est stipulé afin de limiter le risque maximum à cette somme dans le cadre d’une demande fondée sur la responsabilité personnelle. En ce qui concerne la police de Lombard, la tarification est fondée sur les sinistres déjà survenus ou prévus pour le groupe visé, en tenant compte, d’une part, de la forte probabilité que la plupart des membres soient déjà protégés par d’autres garanties existantes, ce qui permettra d’écarter la garantie ou la responsabilité à l’égard de la plupart des demandes de règlement, et en stipulant, d’autre part, une limite plus élevée de façon à accorder, exceptionnellement, une garantie complémentaire à un

under the Lombard policy, because of the existence of existing liability insurance coverage of the insured.

Hall J.A. noted again that, in most cases, the analysis undertaken by the trial judge would have properly disposed of the matter. In this particular case, however, a departure from the normal course was necessary due to the unusual circumstances presented by the policies under consideration, which were designed to be different as to their purpose and anticipated scope of coverage. He concluded that based on the policies and the surrounding circumstances, the Family policy provided the primary coverage to the insured, while the Lombard policy should be viewed as excess coverage. As a result he allowed the appeal.

III. Analysis

It is a well-established principle of insurance law that where an insured holds more than one policy of insurance that covers the same risk, the insured may never recover more than the amount of the full loss but is entitled to select the policy under which to claim indemnity, subject to any conditions to the contrary. The selected insurer, in turn, is entitled to contribution from all other insurers who have covered the same risk. This doctrine of equitable contribution among insurers is founded on the general principle that parties under a coordinate liability to make good a loss must share that burden pro rata. It finds its historic articulation in the words of Lord Mansfield C.J. in *Godin v. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419 (K.B.), at p. 420:

If the insured is to receive but one satisfaction, natural justice says that the several insurers shall all of them contribute pro rata, to satisfy that loss against which they have all insured.

More recently, Ivamy's *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993) set out at p. 518 the

assuré lorsque le montant du sinistre est élevé. Il peut arriver, en de rares occasions, qu'une garantie complémentaire soit nécessaire advenant un sinistre catastrophique dont le montant dépasserait les limites de la garantie existante anticipée et, dans la plupart des cas, la police de Lombard ne fournira pas une garantie de premier rang, parce que l'assuré est protégé par une assurance responsabilité en vigueur.

Le juge Hall a constaté de nouveau que l'analyse effectuée par le juge de première instance aurait permis de trancher le litige correctement dans la plupart des cas. En l'espèce, toutefois, il était nécessaire de déroger au processus normal en raison des circonstances inhabituelles découlant des polices en cause, conçues différemment quant à leur objet et quant à l'étendue prévue de la garantie. Il a conclu, à partir des polices et du contexte, que la police de Family fournissait la garantie de premier rang à l'assurée, tandis que la police de Lombard devrait être considérée comme une garantie complémentaire. Il a donc accueilli l'appel.

III. Analysis

Selon un principe bien établi en droit des assurances, l'assuré qui détient plus d'une police d'assurance couvrant le même risque ne peut jamais obtenir plus que le montant total du sinistre, mais il a le droit de choisir, sauf stipulation contraire, la police en vertu de laquelle il préfère être indemnisé. L'assureur choisi a, quant à lui, droit à la contribution de tous les autres assureurs qui couvrent le même risque. Cette doctrine de la contribution équitable entre les assureurs est fondée sur le principe général selon lequel les parties tenues au même titre d'indemniser une personne d'une perte doivent partager ce fardeau proportionnellement. Ce principe remonte à la formulation suivante du lord juge en chef Mansfield, dans *Godin c. London Assurance Co.* (1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419 (K.B.), p. 420 :

[TRADUCTION] Si l'assuré ne peut être indemnisé qu'une fois, la justice naturelle exige que les divers assureurs contribuent tous proportionnellement afin de régler le sinistre qu'ils ont tous assuré.

Plus récemment, l'ouvrage d'Ivamy intitulé *General Principles of Insurance Law* (6^e éd. 1993)

13

14

15

general principles concerning the right of contribution among insurers as follows:

- 1 All the policies concerned must comprise the same subject-matter.
- 2 All the policies must be effected against the same peril.
- 3 All the policies must be effected by or on behalf of the same assured.
- 4 All the policies must be in force at the time of the loss.
- 5 All the policies must be legal contracts of insurance.
- 6 No policy must contain any stipulation by which it is excluded from contribution.

16 It is in the context of this doctrine of equitable contribution and the opportunity for insurers to contract out of that obligation that the problem of reconciling “other insurance” clauses occurs. Although the insurer’s obligation to contribute does not arise out of the insurance contract *per se*, the insurer may express its intention to limit its liability in the provisions of the policy. Thus the proper instrument to determine the liability of each insurer is the policy itself.

17 In accordance with the general principles of contract interpretation, the exercise is properly one of determining the parties’ intentions. The proper approach is best described in *Couch Cyclopedia of Insurance Law* (2nd ed. 1983), vol. 16, at p. 498:

Intent of insurers as controlling

There is authority that the liability of insurers under overlapping coverage policies is to be governed by the intent of the insurers as manifested by the terms of the policies which they have issued. Thus, it has been said that where two or more liability policies overlap and cover the same risk and the same accident, the respective liabilities of the insurers must rest upon a construction of the language employed by the respective insurers, and

a énuméré, à la p. 518, les principes généraux régissant le droit de contribution entre assureurs :

[TRADUCTION]

- 1 Toutes les polices en cause doivent inclure le même objet.
- 2 Toutes les polices doivent être souscrites pour le même risque.
- 3 Toutes les polices doivent être souscrites par ou pour le même assuré.
- 4 Toutes les polices doivent être en vigueur au moment du sinistre.
- 5 Toutes les polices doivent être des contrats d’assurance licites.
- 6 Aucune police ne doit comprendre une disposition écartant l’obligation de contribution.

C’est dans le contexte de cette doctrine de la contribution équitable et de la possibilité qu’ont les assureurs de se libérer de cette obligation par une clause contractuelle que se situe le problème de la conciliation des clauses de « pluralité d’assurances ». Même si l’obligation de contribution de l’assureur ne découle pas du contrat d’assurance en soi, l’assureur peut exprimer dans les dispositions de la police son intention de limiter sa responsabilité. Par conséquent, le document qui doit servir à déterminer la responsabilité de chaque assureur est la police elle-même.

Conformément aux principes généraux d’interprétation des contrats, il faut en fait déterminer l’intention des parties. C’est dans l’ouvrage intitulé *Couch Cyclopedia of Insurance Law* (2^e éd. 1983), vol. 16, qu’on décrit le mieux la démarche appropriée, à la p. 498 :

[TRADUCTION]

Le caractère déterminant de l’intention des assureurs

Il existe des sources selon lesquelles la responsabilité des assureurs dont les polices se chevauchent est établie en fonction de leur intention, telle qu’ils l’ont exprimée dans les clauses des polices qu’ils ont délivrées. Par conséquent, on a dit que, dans le cas où deux polices ou plus se chevauchent et couvrent le même risque et le même accident, la responsabilité respective des assureurs dépend de l’interprétation des termes employés par les

not upon the so-called “primary tortfeasor doctrine” or upon any other arbitrary rule or circumstance.

The intention which the court seeks to determine is found by looking at the means by and extent to which each insurer has sought to limit its liability to the insured when the insured has purchased other policies covering the same risk. Thus, the interpretation exercise is concerned with determining the intentions of the insurers *vis-à-vis* the insured. In *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1981), 27 B.C.L.R. 89 (C.A.), McFarlane J.A. emphasized this point and noted, at p. 90, as follows:

The second matter, which in my opinion is a very important consideration to keep in mind here, is that the court is not asked to interpret a contract made between the appellant and the respondent companies. The issue depends upon the interpretation and the application of two contracts, both insurance policies, the first being a contract between the appellant and the insured and the second the contract between the respondent and the insured.

Thus, while it remains true that the intentions of the insurers prevail, the inquiry is of necessity limited to the insurers’ intentions *vis-à-vis* the insured. In the case of an insurance contract, the entire agreement between the insurer and the insured is contained within the policy itself and evidence of the parties’ intentions must be sought in the words they chose. Were the dispute between the insurer and the insured, reference to surrounding circumstances may be appropriate if provisions of the policy are ambiguous. Once the interest of the insured is no longer at stake, that is, where the contest is only between the insurers, there is simply no basis for looking outside the policy. In the absence of privity of contract between the parties, the unilateral and subjective intentions of the insurers, unaware of one another at the time the contracts were made, are simply irrelevant.

Looking to the policies themselves, there is no concern here that the words or the intentions that they reveal are ambiguous. Both the trial judge and

différents assureurs, et non d’une règle ou d’un élément arbitraire comme la doctrine dite de « l’auteur principal du préjudice ».

Le tribunal déterminera toutefois l’intention des assureurs en examinant par quels moyens et dans quelle mesure chacun a cherché à limiter sa responsabilité envers l’assuré dans le cas où ce dernier a souscrit d’autres polices couvrant le même risque. Le processus d’interprétation vise donc à déterminer les intentions des assureurs à l’égard de l’assuré. Dans l’arrêt *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1981), 27 B.C.L.R. 89 (C.A.), le juge McFarlane a souligné ce point et fait l’observation suivante, à la p. 90 :

[TRADUCTION] Le deuxième point, qu’il est à mon avis primordial de garder à l’esprit, c’est que le tribunal n’est pas appelé à interpréter un contrat passé entre les compagnies appelante et intimée. La question en litige est liée à l’interprétation et à l’application de deux contrats, tous deux des polices d’assurance, dont le premier a été conclu entre l’appelante et l’assuré et le deuxième entre l’intimée et l’assuré.

Par conséquent, s’il demeure vrai que les intentions des assureurs doivent prévaloir, l’examen se limite nécessairement aux intentions des assureurs à l’égard de l’assuré. Dans le cas d’un contrat d’assurance, l’entente entre l’assureur et l’assuré est énoncée intégralement dans la police elle-même et la preuve des intentions des parties doit être recherchée dans les mots qu’ils ont choisis. S’il s’agissait d’un différend entre l’assureur et l’assuré, il pourrait être utile de tenir compte des circonstances advenant que certaines dispositions de la police soient ambiguës. Dès lors que l’intérêt de l’assuré n’est plus en jeu, c’est-à-dire lorsque le différend oppose uniquement les assureurs, il n’existe tout simplement aucun fondement pour aller au-delà de la police. En l’absence de lien contractuel entre les parties, les intentions unilatérales et subjectives des assureurs, chacun d’eux ignorant l’existence de l’autre au moment de la souscription des contrats, ne sont tout simplement pas pertinentes.

En ce qui concerne les polices elles-mêmes, il n’y a pas lieu de se préoccuper de l’éventuelle ambiguïté des mots ou des intentions exprimées. Le juge

18

19

20

the Court of Appeal found the insurers' intentions clear and unequivocal. In the case of the appellant Family, the policy reveals an intention to provide primary coverage unless other valid insurance is available, in which case it intended to provide only excess coverage. In the case of the respondent Lombard, the policy reveals that the insurer intended to provide primary coverage unless other valid insurance is available, in which case it intended to limit its liability to only excess coverage, even where the other insurance also provides excess coverage, thus rendering the Lombard policy "excess to excess". Accordingly, the insurers' intentions, expressed unambiguously in the policies, give rise to a "circular reasoning that does not resolve the problem of which policy provides primary coverage" (*McGeough, supra*, at p. 144).

de première instance et la Cour d'appel ont conclu que les intentions des assureurs étaient claires et non équivoques. En ce qui a trait à l'appelante Family, la police révèle l'intention de fournir une garantie de premier rang, sauf s'il existe quelque autre assurance valide, auquel cas l'assureur n'entend fournir qu'une garantie complémentaire. En ce qui a trait à l'intimée Lombard, la police révèle que l'assureur entendait fournir une garantie de premier rang, à moins qu'il existe quelque autre assurance valide. Dans ce dernier cas, il entendait limiter sa responsabilité à une garantie complémentaire, même lorsque l'autre assurance est aussi une garantie complémentaire, la garantie de Lombard devenant alors « complémentaire à la garantie complémentaire ». Par conséquent, les intentions des assureurs, exprimées sans ambiguïté dans les polices, créent un [TRADUCTION] « raisonnement circulaire qui ne résout pas la question de savoir laquelle des polices fournit la garantie de premier rang » (*McGeough, précité*, p. 144).

21

In the face of these irreconcilable intentions, the court must determine the most equitable means of resolving the dispute, one which respects the intentions of the parties as well as the right of the insured to recover fully. In certain jurisdictions of the United States, this has led courts to examine the overall purpose of the policies in question in order to discern which of the insurers intended more clearly to insure the particular risk. This endeavour, known as the "Minnesota approach", derives from the interpretive "specific versus general" rule. In 1921, the Georgia Court of Appeals, in *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921), stated the issue and the principle to be applied as follows, at p. 858:

In a case such as is now before us (that is, where the several policies are of a different nature and character, and where the risk assumed is only partly coextensive, and where each policy expressly provides that the risk assumed, at the point of mutual contact, is "excess" insurance only, and therefore secondary to the other policy) the decisive test to be applied in determining which of these two limitations is to be given effect (that is, which is really primary or basic insurance, and which is excess

Devant ces intentions inconciliables, le tribunal doit déterminer la façon la plus équitable de résoudre le différend, celle qui respecte les intentions des parties tout autant que le droit de l'assuré à une indemnisation complète. Dans certains ressorts américains, cet exercice a amené les tribunaux à examiner l'objet global des polices en cause dans le but de discerner lequel des assureurs cherchait le plus clairement à assurer le risque particulier. Cette façon de procéder, connue comme la [TRADUCTION] « méthode du Minnesota », procède de la règle d'interprétation qui donne préséance aux dispositions spéciales sur les dispositions générales. En 1921, dans *Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. c. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.*, 105 S.E. 856 (1921), la Cour d'appel de la Géorgie a énoncé la question et le principe applicable en ces termes, à la p. 858 :

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis (c.-à-d. dans le cas où plusieurs polices de nature et de caractère différents couvrent des risques qui ne se recoupent qu'en partie et où chacune stipule expressément que le risque commun à plus d'une n'est assuré qu'à titre complémentaire et donc que la police ne fournit à son égard qu'une assurance de deuxième rang par rapport à l'autre) le critère déterminant à appliquer pour décider laquelle de ces deux

insurance only) lies in the answer to the question as to which insurance is general and which is specific in its nature.

In its more modern manifestation, this approach has evolved into an analysis of the competing policies in an effort to determine each insurer's intention to cover the particular loss. In assessing each of the insurers' "closeness to the risk", courts look to the following non-exclusive factors:

- (1) Which policy specifically described the accident-causing instrumentality?
- (2) Which premium is reflective of the greater contemplated exposure?
- (3) Does one policy contemplate the risk and use of the accident-causing instrumentality with greater specificity than the other policy — that is, is coverage of the risk primary in one policy and incidental to the other?

(*Auto Owners Insurance Co. v. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (Minn. 1979), at p. 704)

More recently, Minnesota courts have tended toward a broad analysis of the policies and the surrounding circumstances with a view to determining the "total policy insuring intent" of the insurers. Courts look to the primary risks on which each insurer's premiums are based and the primary function of each policy: *Interstate Fire & Casualty Co. v. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (Minn. 1988); *Garrick v. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (Minn. 1991); *American Family Insurance v. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (Minn. Ct. App. 1994); *North Star Mutual Insurance Co. v. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (Minn. Ct. App. 2001).

The Minnesota approach has been the subject of significant criticism. Several American courts have criticized it as an exercise in "hair-splitting" and "semantic microscopy": *Carriers Insurance*

stipulations limitatives doit prévaloir (c'est-à-dire quelle police fournit en fait l'assurance de premier rang ou de base et laquelle ne fournit qu'une assurance complémentaire) tient à la question de savoir quelle assurance est de nature générale et laquelle est de nature spéciale.

Dans sa version plus moderne, cette approche s'est transformée en une analyse des polices concurrentes visant à dégager l'intention de chaque assureur de couvrir un sinistre particulier. Lorsqu'ils sont appelés à apprécier le [TRADUCTION] « degré de proximité avec le risque » de chaque assureur, les tribunaux examinent notamment les facteurs suivants :

[TRADUCTION]

- (1) Quelle police a décrit spécialement l'agent à l'origine de l'accident?
- (2) Quelle prime correspond à la plus grande exposition au risque?
- (3) L'une des polices prévoit-elle plus spécialement que l'autre le risque et l'utilisation de l'agent à l'origine de l'accident — c'est-à-dire la garantie contre le risque est-elle la garantie principale dans une police et accessoire dans l'autre?

(*Auto Owners Insurance Co. c. Northstar Mutual Insurance Co.*, 281 N.W.2d 700 (Minn. 1979), p. 704)

Les tribunaux du Minnesota ont, depuis peu, tendance à procéder à une analyse approfondie des polices et du contexte en vue de déterminer [TRADUCTION] « l'intention globale exprimée dans la police » par les assureurs. Les tribunaux examinent les risques principaux sur lesquels est basée la prime de chaque assureur et la fonction principale de chaque police : *Interstate Fire & Casualty Co. c. Auto-Owners Insurance Co.*, 433 N.W.2d 82 (Minn. 1988); *Garrick c. Northland Insurance Co.*, 469 N.W.2d 709 (Minn. 1991); *American Family Insurance c. National Casualty Co.*, 515 N.W.2d 741 (Minn. Ct. App. 1994); *North Star Mutual Insurance Co. c. Midwest Family Mutual Insurance Co.*, 634 N.W.2d 216 (Minn. Ct. App. 2001).

La méthode du Minnesota a suscité beaucoup de critiques. Plusieurs tribunaux américains n'y ont vu que du [TRADUCTION] « pinaillage » et de la [TRADUCTION] « microscopie sémantique » :

22

23

24

Co. v. American Policyholders' Insurance Co., 404 A.2d 216 (Me. 1979), at p. 219; *Brown v. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (R.I. 1992); *Hoffmaster v. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (Pa. Super. Ct. 1995), leave to appeal refused, 668 A.2d 1133 (1995). Moreover, academic commentators have denounced it as promoting uncertainty and increased litigation. One commentator stated it most emphatically as follows:

The mental gymnastics engaged by the courts in their attempt to untangle the web of confusion has served only to maintain the perpetual merry-go-round of drafting and re-drafting by the insurers and continued litigation by the courts, resulting only in increased premiums for the insurance buying public.

L. K. Hasse, "Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry" (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37, at p. 37. See also: Note, "Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance" (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319; S. G. Grimes, "Insurance — The 'Other Insurance' Clause Conflict" (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433, at p. 439; M. C. Guthrie, "'Other Insurance' Conflicts: A Common-Sense Proposal" (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689, at pp. 692-93.

25

The Minnesota approach has also been criticized in Canada. In *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188 (Sask. Q.B.), MacLeod J. explained, at p. 192:

Such an approach would be an exception to the ordinary rule, and pose new problems. If, for example, the insured sought to recover from the "general" insurer in advance of the "specific" insurer, would the "general" insurer seek to recover the loss in full from the "specific" insurer before having resort to the "general" (thus creating an *in seriatum* approach to coverage)? If allowed, this would be indemnity, not contribution. It would permit the "general" insurer, in effect, to rely upon the excess coverage clause, while at the same time denying that right to the "specific" insurer. Such an interpretation would be another absurdity.

Carriers Insurance Co. c. American Policyholders' Insurance Co., 404 A.2d 216 (Me. 1979), p. 219; *Brown c. Travelers Insurance Co.*, 610 A.2d 127 (R.I. 1992); *Hoffmaster c. Harleysville Insurance Co.*, 657 A.2d 1274 (Pa. Super. Ct. 1995), autorisation d'appel refusée, 668 A.2d 1133 (1995). Des commentateurs l'ont en outre dénoncée en lui reprochant de semer l'incertitude et d'encourager les poursuites. Un commentateur l'a ainsi critiquée vigoureusement dans les termes suivants :

[TRADUCTION] La gymnastique intellectuelle à laquelle se sont livrés les tribunaux dans leur tentative de démêler cet écheveau de confusion n'a servi qu'à faire tourner le manège perpétuel des clauses formulées et reformulées par les assureurs et des poursuites sans fin devant les tribunaux avec pour seul résultat la hausse des primes pour le public souscripteur d'assurance.

L. K. Hasse, « Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry » (1980), 25 *S.D. L. Rev.* 37, p. 37. Voir également : Note, « Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance » (1965), 65 *Colum. L. Rev.* 319; S. G. Grimes, « Insurance — The "Other Insurance" Clause Conflict » (1967-1968), 46 *N.C. L. Rev.* 433, p. 439; M. C. Guthrie, « "Other Insurance" Conflicts : A Common-Sense Proposal » (1984), 36 *Baylor L. Rev.* 689, p. 692-693.

La méthode du Minnesota a aussi été critiquée au Canada. Dans la décision *Wawanesa Mutual Insurance Co. c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1980), 119 D.L.R. (3d) 188 (B.R. Sask.), le juge MacLeod a donné l'explication suivante, à la p. 192 :

[TRADUCTION] Une telle approche serait une exception à la règle ordinaire et créerait de nouveaux problèmes. Si, par exemple, l'assuré cherchait à être indemnisé par l'assureur « général » avant d'appeler l'assureur « spécial », l'assureur « général » devrait-il tenter de récupérer la perte en totalité de l'assureur « spécial » avant d'appliquer la garantie « générale » (créant ainsi une approche successive à l'égard de la garantie)? Si cela était permis, il s'agirait d'une indemnisation et non d'une contribution. Cela permettrait en fait à l'assureur « général » de se fonder sur la clause de complémentarité, tout en niant ce droit à l'assureur « spécial ». Une telle interprétation constituerait une autre absurdité.

Moreover, the Ontario Court of Appeal recently rejected the “closeness to the risk” approach and noted briefly as follows in *Marchand v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), at para. 3, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. x:

There is no real suggestion in Canadian jurisprudence that a “closest to the risk” policy should be embraced, and no consensus in the American authorities. Commercial efficacy and the avoidance of litigation between insurance companies supports a split responsibility and the avoidance of litigation as to which policy is closer to the risk or the coverage.

I find the reasoning of MacLeod J. in *Wawanesa Mutual v. Co-operative Fire & Casualty*, *supra*, and the Court of Appeal in *Marchand*, *supra*, compelling. In effect, the Minnesota approach to resolution of overlapping coverage disputes results in the preference and endorsement of the intentions of one insurer over another. This result does not accord with the principles of equitable contribution nor does it respect the intentions of both insurers.

The better approach is one that recognizes that the principles of contract interpretation must be applied here in light of the fact that the parties involved have not contracted with one another. Although the intentions of the insurers govern the interpretation exercise, the focus of the examination is to determine whether the insurers intended to limit their obligation to contribute, by what method, and in what circumstances *vis-à-vis* the insured. In the absence of such limiting intentions or where those intentions cannot be reconciled, principles of equitable contribution demand that parties under a coordinate obligation to make good the loss must share that burden equally.

Turning to the American jurisprudence, it is interesting to note that in *Lamb-Weston, Inc. v. Oregon Automobile Insurance Co.*, 341 P.2d 110 (1959), the

La Cour d’appel de l’Ontario a en outre rejeté récemment l’approche du « degré de proximité avec le risque » et fait la brève remarque suivante dans *Marchand c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] O.J. No. 329 (QL), par. 3, autorisation d’appel refusée, [2000] 1 R.C.S. x :

[TRADUCTION] Il n’existe, dans la jurisprudence canadienne, aucune suggestion sérieuse dans le sens de l’adoption d’une politique du « degré de proximité avec le risque », ni aucun consensus à cet égard dans la jurisprudence américaine. L’efficacité commerciale et la volonté d’éviter les affaires contentieuses entre les compagnies d’assurance commandent que la responsabilité soit partagée et que les tribunaux n’aient pas à déterminer quelle police a le plus haut degré de proximité avec le risque ou la garantie.

’estime convaincant le raisonnement du juge MacLeod dans *Wawanesa Mutual c. Co-operative Fire & Casualty*, précité, et celui de la Cour d’appel dans *Marchand*, précité. En réalité, en adoptant la méthode du Minnesota pour résoudre les différends en cas de chevauchement des garanties d’assurance, on accorde la préférence et on donne effet aux intentions d’un assureur au détriment de celles de l’autre. Ce résultat n’est pas compatible avec les principes de la contribution équitable et il ne respecte pas les intentions des deux assureurs.

La meilleure méthode consiste à reconnaître que les principes d’interprétation des contrats doivent être appliqués en tenant compte du fait que les parties en cause n’ont pas conclu de contrat entre elles. Même si les intentions des assureurs régissent la démarche d’interprétation, l’examen doit se concentrer sur la question de savoir si les assureurs voulaient limiter leur obligation de contribution, par quelle méthode, et dans quelles circonstances par rapport à l’assuré. En l’absence de telles intentions limitatives ou lorsque ces intentions s’avèrent inconciliables, les principes de la contribution équitable exigent que les parties tenues au même titre d’indemniser une personne de sa perte partagent également ce fardeau.

Si l’on se reporte à la jurisprudence américaine, il est intéressant de noter que, dans l’affaire *Lamb-Weston, Inc. c. Oregon Automobile Insurance*

26

27

28

29

Oregon Supreme Court appreciated the problematic nature of a strict contract interpretation approach to a dispute that was really about the insurer's liability to contribute. The court in *Lamb-Weston* examined extensively the various approaches to the resolution of overlapping coverage disputes. Referring to the line of cases wherein courts found the competing clauses mutually repugnant and each insurer liable for its proportionate share, the court reasoned as follows, at pp. 118-19:

We are of the opinion that in these later cases the courts have placed this problem in its true perspective by recognizing the absurdity of attempting to assume that where conflicting "other insurance" provisions exist by reason of overlapping coverages of the same occurrence the provisions of one policy must yield to the provisions of the other.

The "other insurance" clauses of all policies are but methods used by insurers to limit their liability, whether using language that relieves them from all liability (usually referred to as an "escape clause") or that used by St. Paul (usually referred to as an "excess clause") or that used by Oregon (usually referred to as a "prorata clause"). In our opinion, whether one policy uses one clause or another, when any come in conflict with the "other insurance" clause of another insurer, regardless of the nature of the clause, they are in fact repugnant and each should be rejected in toto.

Co., 341 P.2d 110 (1959), la Cour suprême de l'Oregon a constaté les problèmes soulevés par l'application d'une méthode d'interprétation contractuelle stricte à un différend qui portait en réalité sur l'obligation de contribution de l'assureur. Dans cette affaire, la cour a examiné à fond les diverses façons de résoudre les différends en cas de chevauchement des garanties d'assurance. En se reportant aux décisions qui ont jugé les clauses concurrentes incompatibles et tenu chaque assureur responsable proportionnellement, elle a exprimé le raisonnement suivant, aux p. 118-119 :

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que dans ces dernières affaires, les tribunaux ont placé le problème dans sa juste perspective en reconnaissant qu'il était absurde de tenter de présumer qu'en cas de conflit entre des clauses de « pluralité d'assurances » à la suite d'un chevauchement de garanties contre un même sinistre, les dispositions d'une police doivent céder devant celles de l'autre.

Les clauses de « pluralité d'assurances » de toutes les polices ne sont que des méthodes par lesquelles les assureurs cherchent à limiter leur responsabilité, en utilisant un libellé qui les exonère de toute responsabilité (habituellement appelé « clause d'exonération »), celui retenu par St. Paul (habituellement appelé « clause de complémentarité ») ou encore celui employé par Oregon (habituellement appelé « clause de proportionnalité »). À notre avis, peu importe la clause énoncée dans une police, lorsqu'elle entre en conflit avec la clause de « pluralité d'assurances » d'un autre assureur, quelle qu'en soit la nature, elles sont en fait incompatibles et chacune devrait être rejetée en totalité.

Les tribunaux canadiens ont retenu une démarche différente quant à la détermination de l'intention des assureurs. Ils suivent généralement la méthode retenue par le juge Rowlatt dans *Weddell c. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; *Dominion of Canada c. Wawanesa*, *supra*; *McGeough*, *supra*; *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701 (Man. Q.B.).

Dans la décision *Weddell*, précitée, le juge Rowlatt était très conscient de l'absurdité du

30 Canadian courts have adopted a different approach in dispensing with the insurer's intentions. They have generally followed the approach set out by Rowlatt J. in *Weddell v. Road Transport and General Insurance Co.*, [1932] 2 K.B. 563; *Dominion of Canada v. Wawanesa*, *supra*; *McGeough*, *supra*; *Simcoe & Erie v. Kansa*, *supra*; *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.*, [1994] 10 W.W.R. 701 (Man. Q.B.).

31 In *Weddell*, *supra*, Rowlatt J. was keenly aware of the absurdity that would result if the court gave

effect to the intentions of all insurers and reasoned at p. 567:

In my judgment it is unreasonable to suppose that it was intended that clauses such as these should cancel each other (by neglecting in each case the proviso in the other policy) with the result that, on the ground in each case that the loss is covered elsewhere, it is covered nowhere. On the contrary the reasonable construction is to exclude from the category of co-existing cover any cover which is expressed to be itself cancelled by such co-existence, and to hold in such cases that both companies are liable, subject of course in both cases to any rateable proportion clause which there may be.

C. Brown, in *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, agrees with the reasoning of Rowlatt J. and states the principle as follows at p. 14-9:

If the competing policies each contain such a clause the appropriate way to resolve the apparent impasse is to adopt the approach of Rowlatt J. in *Weddell* and the Canadian decisions that have taken the same approach and view the clause as not applying to insurance, which is itself subject to such a clause. This sensibly avoids an absurdity and gives effect to the reasonable expectations of the insured.

However, this step is only to be taken where there is a true impasse. Where the respective wording of two "other insurance" clauses can be reconciled so as to give effect to both policies while providing coverage for the insured, then no mutual repugnancy exists, and the process is simply one of giving effect to the intent of the insurers: Rae J., *Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374 (S.C.) (upheld on appeal (1981), 27 B.C.L.R. 89). In resolving a conflict between a *pro rata* "other insurance" clause and an excess "other insurance" clause, Rae J. correctly pointed out, at p. 378, that "one first turns to the wording of the clauses referred to and the interpretation thereof". On this basis, he concluded the two clauses could be reconciled, and held that the policy containing the *pro rata* clause was primary. This general method has been followed on numerous

résultat que risquait d'entraîner une décision donnant effet aux intentions de tous les assureurs. Il a tenu le raisonnement suivant, à la p. 567 :

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est pas raisonnable de supposer que les assureurs voulaient que de pareilles clauses s'annulent mutuellement (en ne tenant pas compte dans chaque cas de la stipulation de l'autre police) de sorte que la perte ne serait couverte par aucune garantie puisqu'on tiendrait pour acquis, dans chaque cas, qu'elle est couverte par une autre garantie. Au contraire, l'interprétation raisonnable consiste à exclure de cette catégorie ou de la garantie coexistante toute garantie libellée de façon à être annulée par cette coexistence et à conclure qu'en pareil cas, les deux compagnies sont responsables, sous réserve, bien sûr, dans les deux cas, de toute clause de quotité de la responsabilité.

C. Brown, dans *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, souscrit au raisonnement du juge Rowlatt et énonce le principe applicable en ces termes, à la p. 14-9 :

[TRADUCTION] Si les polices concurrentes contiennent chacune une telle clause, la façon de résoudre l'impasse apparente consiste à adopter la méthode retenue par le juge Rowlatt dans *Weddell* et dans les décisions canadiennes qui ont privilégié la même méthode et de considérer cette clause comme inapplicable à l'assurance qui est elle-même assujettie à une telle clause. C'est une façon judicieuse d'éviter un résultat absurde et de donner effet aux attentes raisonnables de l'assuré.

Toutefois, il ne faut franchir ce pas que lorsqu'il existe une véritable impasse. Dans les cas où il est possible de concilier le libellé des deux clauses de « pluralité d'assurances » de façon à donner effet aux deux polices, tout en protégeant l'assuré, il n'y a pas incompatibilité et il s'agit simplement de donner effet à l'intention des assureurs : le juge Rae, *Seagate Hotel Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (1980), 22 B.C.L.R. 374 (C.S.) (confirmé en appel (1981), 27 B.C.L.R. 89). Saisi d'un conflit entre deux clauses de pluralité d'assurances dont l'une stipulait la proportionnalité et l'autre la complémentarité, le juge Rae a souligné à juste titre, à la p. 378, que l'on [TRADUCTION] « examine d'abord le libellé des clauses mentionnées et leur interprétation ». Sur ce fondement, il a conclu que les deux clauses pouvaient être conciliées et il a statué que la police contenant la clause de proportionnalité fournissait une garantie de premier

32

33

occasions: see *Simcoe & Erie v. Kansa, supra*, and *McGeough, supra*.

rang. Cette méthode générale a été suivie à de nombreuses occasions : voir *Simcoe & Erie c. Kansa* et *McGeough*, précités.

34

In my view, the approach just described not only represents the prevailing view in Canada, but is the preferable one. It serves to respect the intentions of both insurers while simultaneously respecting the insured's contractual right to full indemnity. What must be kept in mind is that policies of insurance are not written in a vacuum. Insurers most certainly are aware that the insured may obtain coverage for the same risk elsewhere and that, in such a case, the law of equitable contribution will necessarily arise. Thus, rendering the irreconcilable clauses inoperative will promote certainty and thereby serve to reduce the "drafting tag" of which McEwan J. spoke.

À mon avis, non seulement l'approche qui précède représente la position prédominante au Canada, mais c'est aussi celle qui est préférable. Elle permet de respecter à la fois les intentions des deux assureurs et le droit contractuel de l'assuré à une indemnisation intégrale. Il faut se rappeler que les polices d'assurance ne sont pas rédigées en vase clos. Les assureurs sont très certainement conscients du fait que l'assuré peut obtenir ailleurs une garantie contre le même risque et qu'en pareil cas, la règle de la contribution équitable trouvera nécessairement application. Par conséquent, le fait de rendre inopérantes les clauses inconciliables contribuera à accroître la certitude et, partant, à réduire le [TRADUCTION] « chassé-croisé rédactionnel » dénoncé par le juge McEwan.

35

In the present appeal, the intention of each insurer, as evidenced by the respective policies, is to limit its liability to excess coverage in the event that other insurance covering the same risk is available. The Court of Appeal agreed that the usual course in such circumstances is to find the offending clauses mutually repugnant, but it was of the view that the policies could nevertheless be reconciled by looking to the surrounding circumstances. In my view, the court erred in this respect. Although Hall J.A. began, at least implicitly, with an examination of the insurers' intention to limit their liability to contribute, the inquiry did not stop there. Rather than acknowledge that the insurers' intentions were mutually repugnant, Hall J.A. unnecessarily broadened the inquiry to include the overall insuring intent as a means of determining which of the insurers was more predisposed to providing primary and excess coverage. Relying on his interpretation of the type and purpose of the respondent Lombard's policy, as reflected in the extrinsic evidence and the surrounding circumstances, Hall J.A. concluded that Lombard's foremost intention was to provide excess coverage whereas Family's foremost intention was to provide primary coverage. In my view, then, the Court of Appeal erred in taking into account underwriting considerations in order to determine the true

Dans le présent pourvoi, l'intention de chacun des assureurs, exprimée dans leurs polices respectives, est de limiter sa responsabilité à la garantie complémentaire advenant qu'une autre garantie d'assurance contre le même risque puisse être invoquée. La Cour d'appel a reconnu que la façon habituelle de procéder en pareilles circonstances consiste à conclure que les clauses litigieuses sont incompatibles, mais elle estimait que les polices pouvaient néanmoins être conciliées si l'on tenait compte du contexte en l'espèce. À mon avis, la cour a commis une erreur à cet égard. Bien que le juge Hall ait d'abord, au moins implicitement, scruté l'intention des assureurs de limiter leur obligation de contribution, son examen ne s'est pas arrêté là. Plutôt que de reconnaître que les intentions des assureurs étaient incompatibles, le juge Hall a étendu inutilement la portée de son analyse à l'intention globale des assureurs afin de déterminer lequel était le plus predisposé à fournir une garantie de premier rang et une garantie complémentaire. En se fondant sur son interprétation de la nature et de l'objet de la police de l'intimée Lombard, qu'on pouvait déceler dans les éléments de preuve extrinsèques et les circonstances de l'espèce, le juge Hall a conclu que l'intention première de Lombard était de fournir une garantie complémentaire, tandis que l'intention

intent of the insurers and thereby overcome the fact that the two “other insurance” clauses were clearly repugnant on their terms.

In essence, the Court of Appeal endorsed the intentions of Lombard over Family, relying on evidence of Lombard’s subjective desire to provide primarily excess coverage. Lombard’s subjective desire, however, is not evident in its contract with the insured. In *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, Iacobucci J. provides the following reasoning at paras. 54-56:

The trial judge appeared to take *Consolidated-Bathurst* [*Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888] to stand for the proposition that the ultimate goal of contractual interpretation should be to ascertain the true intent of the parties at the time of entry into the contract, and that, in undertaking this inquiry, it is open to the trier of fact to admit extrinsic evidence as to the subjective intentions of the parties at that time. In my view, this approach is not quite accurate. The contractual intent of the parties is to be determined by reference to the words they used in drafting the document, possibly read in light of the surrounding circumstances which were prevalent at the time. Evidence of one party’s subjective intention has no independent place in this determination.

When there is no ambiguity in the wording of the document, the notion in *Consolidated-Bathurst* that the interpretation which produces a “fair result” or a “sensible commercial result” should be adopted is not determinative. Admittedly, it would be absurd to adopt an interpretation which is clearly inconsistent with the commercial interests of the parties, if the goal is to ascertain their true contractual intent. However, to interpret a plainly worded document in accordance with the true contractual intent of the parties is not difficult, if it is presumed that the parties intended the legal consequences of their words.

première de Family était de fournir une garantie de premier rang. Selon moi, la Cour d’appel a commis une erreur en tenant compte de considérations liées à la tarification pour déterminer l’intention véritable des assureurs et contourner ainsi l’incompatibilité, de par leur libellé même, des deux clauses de « pluralité d’assurances ».

Essentiellement, la Cour d’appel a donné effet aux intentions de Lombard au détriment de celles de Family en se fondant sur la preuve de l’intention subjective de Lombard de fournir principalement une garantie complémentaire. L’intention subjective de Lombard ne ressort toutefois pas de façon évidente de son contrat avec l’assuré. Dans l’arrêt *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, le juge Iacobucci énonce le raisonnement suivant aux par. 54-56 :

Le juge de première instance semble avoir considéré que, d’après l’arrêt *Consolidated Bathurst* [*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888], l’interprétation du contrat devrait viser en définitive à vérifier l’intention véritable des parties au moment de conclure le contrat et que, ce faisant, le juge des faits peut admettre des éléments de preuve extrinsèques concernant les intentions subjectives des parties à ce moment-là. À mon avis, cela n’est pas tout à fait exact. L’intention des parties contractantes doit être déterminée en fonction des mots qu’elles ont employés en rédigeant le document, éventuellement interprétés à la lumière des circonstances du moment. La preuve de l’intention subjective d’une partie n’occupe aucune place indépendante dans cette décision.

Quand le texte du document est sans ambiguïté, l’idée exprimée dans *Consolidated Bathurst*, selon laquelle il y a lieu de retenir l’interprétation qui assure un « résultat équitable » ou un « résultat commercial raisonnable », n’est pas déterminante. Certes, il serait absurde d’adopter une interprétation nettement incompatible avec les intérêts commerciaux des parties, si l’objectif est de vérifier leur véritable intention au moment de contracter. Toutefois, il n’est pas difficile d’interpréter un document clair conformément à l’intention véritable des parties contractantes, si l’on présume que les parties voulaient les conséquences juridiques des mots qu’elles ont employés.

37 The Lombard policy merely indicates that it will provide the insured with primary coverage unless other insurance is present, in which case it will provide only excess coverage regardless of the type of coverage provided by the other insurer. On its face, then, the Lombard policy provides the same primary coverage as that of Family. To endorse the intentions of one insurer over another, where both parties have sought to limit their liability to contribute and where the offending clauses, on their face, are irreconcilable, does violence to the intentions of the insurers and does not respect the obligation of both insurers to contribute. The better approach is that endorsed by English and the majority of Canadian courts.

38 Accordingly, were the Court to give effect to each insurer's intention, the appellant Family would provide only excess coverage and the respondent Lombard would provide only excess coverage to that, leaving the insured without primary coverage at all. This result is obviously absurd. Thus, where the competing policies cannot be read in harmony, the most sensible course, and that which accords with the interest and expectation of both the insured and the insurers, is to treat the conflicting clauses as mutually repugnant and inoperative.

39 With the irreconcilable clauses rendered inoperative, the insurance policies of both the appellant and the respondent provide the insured with primary coverage. As a result, each insurer is independently liable to the insured for the full loss, as if the other insurer did not exist. Thus, what remains to be determined is the method by which the extent of each insurer's obligation to contribute is calculated. The overwhelming view in Canada is that where liability is shared among insurers covering the same risk, the loss is borne equally by each insurer until the lower policy limit is exhausted, with the policy with the higher limit contributing any remaining amounts: *Dominion of Canada v. Wawanesa, supra*; *McGeough, supra*; *Simcoe & Erie v. Kansa, supra*; *Guardian Insurance of*

La police de Lombard indique seulement qu'elle fournira à l'assuré une garantie de premier rang à moins qu'il n'existe une autre assurance, auquel cas elle ne fournira qu'une assurance complémentaire, sans égard au type de garantie offerte par l'autre assureur. À première vue, la police de Lombard fournit donc la même garantie de premier rang que celle de Family. Privilégier les intentions d'un assureur plutôt que celles de l'autre dans un cas où les deux parties ont cherché à limiter leur obligation de contribution et où les clauses litigieuses sont, à première vue, inconciliables, c'est faire violence aux intentions des assureurs et ne pas respecter l'obligation de contribution des deux assureurs. La meilleure méthode est celle approuvée par les tribunaux anglais et par la majorité des tribunaux canadiens.

Par conséquent, si la Cour donnait effet à l'intention de chaque assureur, l'appelante Family ne fournirait qu'une garantie complémentaire et l'intimée Lombard ne fournirait qu'une garantie complémentaire à celle-ci, ce qui laisserait l'assuré sans aucune garantie de premier rang. Ce résultat est manifestement absurde. Par conséquent, lorsque les polices concurrentes ne peuvent s'accorder, la démarche qui est la plus raisonnable et qui correspond à l'intérêt et aux attentes de l'assuré tout autant qu'à ceux des assureurs consiste à conclure que les clauses qui entrent en conflit sont incompatibles et inopérantes.

Une fois les clauses inconciliables devenues inopérantes, les polices d'assurance de l'appelante et de l'intimée fournissent une garantie de premier rang à l'assuré. Par conséquent, chaque assureur est tenu, indépendamment, d'indemniser intégralement l'assuré de sa perte, comme si l'autre assureur n'existait pas. Il reste alors à déterminer la méthode permettant de calculer l'étendue de l'obligation de contribution de chaque assureur. Selon la position canadienne prédominante à cet égard, lorsque la responsabilité est partagée entre les assureurs qui couvrent le même risque, la perte est assumée à parts égales par chaque assureur à concurrence de la limite de la police la moins élevée, à charge pour l'assureur dont la police prévoit une limite plus élevée de payer tout excédent : *Dominion of Canada c. Wawanesa,*

Canada v. New Hampshire Insurance Co. (1997), 193 N.B.R. (2d) 111 (Q.B.).

The appellant argues that because the respondent's policy provides a sharing formula, that formula should be followed and should apply to both insurers. The Family policy is silent with respect to the method of sharing whereas Lombard's policy provides as follows:

If all of the other insurance permits contribution by equal shares, we will follow this method also

If any of the other insurance does not permit contribution by equal shares, we will contribute by limits. Under this method, each Insurer's share is based on the ratio of its applicable limit of insurance to the total applicable limits of insurance of all Insurers.

I note that the Lombard policy limit is \$5 million whereas the Family policy limit is \$1 million. Were I to adopt the appellant's view, Family would be liable to contribute one-fifth of the loss and Lombard would contribute four fifths.

It is trite law, however, to say that the provisions of a contract cannot unilaterally bind a person who is not a party to it. In the absence of privity between the two insurers, there is simply no basis for allowing Family to benefit from Lombard's provision on sharing by limits. The beneficial impact of that provision on Family does not compensate for the lack of privity between the insurers.

Moreover, in my view, the "independent liability" approach to apportionment has become the prevailing view in Canada for good reason. In *Dominion of Canada v. Wawanesa*, *supra*, Proudfoot J. (as she then was) canvassed the authorities on the issue of apportionment and found the approach of Lawton L.J. in *Commercial Union Assurance Co. v. Hayden*, [1977] 1 Q.B. 804 (C.A.), most persuasive. Lawton L.J. provides an insightful review of the policy

précité; *McGeough*, précité; *Simcoe & Erie c. Kansa*, précité; *Guardian Insurance of Canada c. New Hampshire Insurance Co.* (1997), 193 R.N.-B. (2^e) 111 (B.R.).

L'appelante prétend que parce que la police de l'intimée prévoit une formule de partage, cette formule devrait être suivie et s'appliquer aux deux assureurs. La police de Family est muette au sujet de la méthode de partage, tandis que la police de Lombard prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Si toutes les autres assurances permettent la contribution à parts égales, nous suivrons aussi cette méthode . . .

Si l'une des autres assurances ne permet pas la contribution à parts égales, nous contribuerons en proportion des limites. Selon cette méthode, la quote-part de chaque assureur est fondée sur le rapport entre sa limite d'assurance applicable et le total des limites d'assurance applicables de tous les assureurs.

Je constate que la limite de la police de Lombard s'élève à cinq millions de dollars, tandis que celle de la police de Family est établie à un million de dollars. Si j'adoptais le point de vue de l'appelante, la contribution de Family serait établie à un cinquième de la perte et celle de Lombard à quatre cinquièmes.

Il est toutefois bien établi en droit que les stipulations d'un contrat ne peuvent lier unilatéralement une personne qui n'y est pas partie. En l'absence de lien contractuel entre les deux assureurs, il n'existe tout simplement aucun fondement pour permettre à Family de tirer parti de la formule de partage en proportion des limites stipulée par Lombard. L'effet avantageux de cette stipulation pour Family ne compense pas l'absence de lien contractuel entre les assureurs.

De plus, la prédominance au Canada de l'approche de la « responsabilité indépendante » quant au partage de la responsabilité est, selon moi, justifiée. Dans *Dominion of Canada c. Wawanesa*, précité, madame le juge Proudfoot (maintenant juge à la Cour d'appel) a passé en revue les décisions sur la question du partage des contributions et elle a conclu que la démarche adoptée par le lord juge Lawton dans l'arrêt *Commercial Union Assurance*

40

41

42

considerations at work that underlie the rationale for equal sharing of liability (at p. 822):

What is the burden under an indemnity liability policy? It is the claim which is made, not the claim which could be made. This kind of policy may be unlimited as to the amount of the indemnity, as it always is under motor car policies and often is under employers' liability policies, or limited as it almost always is under professional negligence policies. Even when a policy limits the amount of the indemnity, it is a matter of judicial experience that most claims are well below the limit. To ascertain the proportions of contribution by reference to the limits of indemnity would, in my judgment, be an odd way of sharing the burden in equity between insurers; and in cases where there was a limit under one policy but none under another, it would be a difficult judicial task, probably an impossible one, to assess, as Mr. Dehn suggested should be done and Donaldson J. agreed (I quote from the judgment):

“the maximum cover which will ever be likely to be provided by the unlimited policy and to compare this figure with the sum specified in the other policies.”

Further, using the limits as the basis for apportionment of contributions would be unfair to the insurer who gave a much higher limit for a small increase in premium. This case provides an example. The plaintiffs gave the assured a limit of £100,000; the defendant a limit of £10,000. The difference in premium was £1.

It is a matter of my experience both as a judge and a practitioner that the assessment of premiums under liability policies is based on underwriting experience backed up by statistical information and actuarial projections. The risk underwritten is at its greatest with small claims and at its least with large claims. It follows that the upper limits for claims can be increased with only a small increase in premiums. When there are two insurers with differing upper limits for claims, the inference I would draw is that they were both accepting the same level of risk up to the lower of the limits. If this be so, in my judgment, “a rateable satisfaction,” to use Lord Mansfield C.J.'s phrase, would be an equal division of liability up to the lower limit; the burden of meeting that part of the claim above the lower limit

Co. c. Hayden, [1977] 1 Q.B. 804 (C.A.), était des plus convaincantes. Le lord juge Lawton donne un aperçu éclairé des considérations de principe qui sous-tendent le fondement logique du partage de la responsabilité à parts égales, à la p. 822 :

[TRADUCTION] Quel est le fardeau qu'impose une police d'assurance responsabilité? Il correspond à la demande d'indemnisation qui est faite, et non à celle qui pourrait être faite. Cette sorte de police peut être illimitée quant au montant de l'indemnité, comme c'est toujours le cas en matière d'assurance automobile et souvent le cas en matière de responsabilité des employeurs, ou limitée comme c'est pratiquement toujours le cas en matière de négligence professionnelle. Même lorsqu'une police limite le montant de l'indemnité, l'expérience judiciaire montre que la plupart des demandes sont bien en deçà de la limite. Déterminer les contributions en proportion des limites de l'indemnité constituerait, selon moi, une étrange façon de partager équitablement le fardeau entre les assureurs; et dans les cas où une limite serait stipulée dans une police et aucune ne serait fixée dans l'autre, il serait difficile, voire probablement impossible pour les tribunaux d'apprécier, comme l'a suggéré M^e Dehn et l'a reconnu le juge Donaldson (extrait tiré du jugement) :

« la garantie maximale que la police illimitée serait éventuellement susceptible de fournir, et de comparer ce chiffre à la somme fixée dans les autres polices. »

De plus, le partage des contributions en proportion des limites serait injuste envers l'assureur qui a offert une limite beaucoup plus élevée en contrepartie d'une légère majoration de la prime. La présente espèce en est un exemple. Les demanderessees ont offert à l'assuré une limite de 100 000 £; les défenderesses, une limite de 10 000 £. La différence de prime était de 1 £.

Je sais par expérience, comme juge et comme praticien, que la détermination des primes relatives aux polices d'assurance responsabilité est fondée sur une expérience de tarification qui s'appuie sur des données statistiques et sur des projections actuarielles. Le risque garanti est plus élevé relativement aux sinistres mineurs et moins élevé relativement aux sinistres d'importance. Il s'ensuit qu'il est possible de hausser le plafond des indemnités en contrepartie d'une légère majoration des primes. Lorsque la limite des garanties accordées par deux assureurs diffère, je présumerais qu'ils ont accepté tous deux le même niveau de risque jusqu'à la limite la plus basse. Si tel est le cas, à mon avis, « une indemnisation proportionnelle », pour reprendre l'expression du lord juge en chef Mansfield, correspondrait à la division

would fall upon the insurer who had accepted the higher limit.

I find the reasoning of Lawton L.J. equally compelling and agree with Proudfoot J. that equal sharing of liability to the respective policy limits represents the fairest method of apportionment. Moreover, it accords with the principles on which the doctrine of equitable contribution is based. As Lord Mansfield C.J. put it so directly in *Godin, supra*, at p. 420:

As between them [the insurer and insured], and upon the foot of commutative justice merely, there is no colour why the insurers should not pay the insured the whole: for they have received a premium for the whole risque.

Finally, it is worth reiterating that the parties agreed at trial to an equal sharing of liability to the respective policy limits. Regardless of the status of that agreement when the parties appeared before this Court, it nevertheless offers some indication that this approach accords with the expectations of the parties.

IV. Conclusion

In my view, McEwan J. applied the correct principles to this contest between insurers. He was correct in finding the two excess insurance clauses mutually repugnant and inoperative *vis-à-vis* each other. The appeal is allowed and the trial judge's decision is restored with costs to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Branch MacMaster, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Black, Sutherland, Crabbe, Toronto.

à parts égales de la responsabilité à concurrence de la limite la plus basse; le fardeau de payer l'excédent de l'indemnité au-delà de cette limite incomberait à l'assureur qui a accepté la limite la plus élevée.

Je trouve moi aussi le raisonnement du lord juge Lawton convaincant et je suis d'accord avec le juge Proudfoot pour dire que le partage à parts égales de la responsabilité à concurrence des limites des polices respectives représente la méthode de partage la plus équitable. Cette méthode concorde en outre avec les principes qui sous-tendent la doctrine de la contribution équitable. Le lord juge en chef Mansfield l'a exprimé de façon très directe, dans *Godin*, précité, p. 420 :

[TRADUCTION] Entre eux [l'assureur et l'assuré], et sur la base de la justice commutative seulement, rien ne saurait justifier que les assureurs ne paient pas la totalité de l'indemnité à l'assuré, car ils ont reçu une prime pour la totalité du risque.

Enfin, il y a lieu de rappeler que les parties ont convenu en première instance d'un partage de la responsabilité à parts égales à concurrence des limites de leurs polices respectives. Indépendamment de ce qu'il en était de cette convention au moment de leur comparution devant notre Cour, elle donne à tout le moins à penser que cette approche correspond aux attentes des parties.

IV. Conclusion

À mon avis, le juge McEwan a appliqué les bons principes à ce différend entre assureurs. Il a eu raison de conclure que les deux clauses de complémentarité étaient incompatibles et inopérantes l'une à l'égard de l'autre. Le pourvoi est accueilli et la décision du juge de première instance est rétablie, l'appelante ayant droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Clark, Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Branch MacMaster, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante : Black, Sutherland, Crabbe, Toronto.

43

44

45

**Her Majesty The Queen in Right of Canada,
as represented by the Minister of National
Revenue Appellant**

v.

First Vancouver Finance Respondent

and

Great West Transport Ltd. Respondent

INDEXED AS: FIRST VANCOUVER FINANCE v. M.N.R.

Neutral citation: 2002 SCC 49.

File No.: 28062.

Hearing and judgment: March 12, 2002.

Reasons delivered: May 23, 2002.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

Income tax — Administration and enforcement — Collection — Source deductions — Trust for moneys deducted — Employer failing to remit payroll deductions — Accounts receivable sold to third party — Whether property acquired by tax debtor after statutory deemed trust arises subject to trust — If so, whether sale of trust property to third party releases property from trust — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4), (4.1).

The respondent, First Vancouver Finance, entered into a factoring agreement with Great West Transport whereby it would purchase Great West's accounts receivable at a discount. After purchase, the Great West invoices were forwarded to Great West's debtors, along with notification that the accounts had been sold and that subsequent payments should be made directly to First Vancouver. Among the accounts purchased were several owing by Canada Safeway Limited. As of the date of the factoring agreement, Great West owed money to the Minister of National Revenue because of unremitted payroll deductions. First

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
représentée par le ministre du Revenu
national Appelante**

c.

First Vancouver Finance Intimée

et

Great West Transport Ltd. Intimée

**RÉPERTORIÉ : FIRST VANCOUVER FINANCE c.
M.N.R.**

Référence neutre : 2002 CSC 49.

N° du greffe : 28062.

Audition et jugement : 12 mars 2002.

Motifs déposés : 23 mai 2002.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

Impôt sur le revenu — Administration et exécution — Perception — Retenues à la source — Détention en fiducie des retenues — Défaut de l'employeur de verser les retenues à la source — Comptes débiteurs vendus à un tiers — Les biens acquis par le débiteur après la matérialisation de la fiducie réputée y sont-ils assujettis? — Dans l'affirmative, la vente à un tiers de biens détenus en fiducie a-t-elle pour effet de soustraire ces biens à l'application de la fiducie? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).

L'intimée, First Vancouver Finance, a conclu, avec Great West Transport, une entente d'affacturage en vertu de laquelle elle devait acheter des comptes débiteurs de Great West selon leur valeur actualisée. Après l'achat, les factures de Great West ont été acheminées aux débiteurs de Great West de pair avec un avis les informant que le compte avait été vendu et que les paiements à venir devaient être versés directement à First Vancouver. Plusieurs des créances vendues étaient payables par Canada Safeway Limited. À la date de l'entente d'affacturage, Great West avait une

Vancouver had made arrangements with the Minister to forward part of the purchase price of the accounts to be applied to Great West's arrears. The Minister served Canada Safeway with Enhanced Requirement to Pay Notices ("RTPs") as authorized by the *Income Tax Act* ("ITA"). In response, Canada Safeway made payments to the Minister relating to accounts which Great West had assigned to First Vancouver. First Vancouver brought an application to recover the amounts paid by Canada Safeway to the Minister pursuant to the RTPs. The Court of Queen's Bench granted the application in part, holding that First Vancouver was entitled to the moneys owing on accounts factored before the RTPs were issued. The Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The ITA requires employers to deduct and withhold amounts from their employees' wages ("source deductions") and remit these amounts to the Receiver General by a specified due date. Under s. 227(4), when source deductions are made, they are deemed to be held separate and apart from the property of the employer in trust for Her Majesty. If the source deductions are not remitted to the Receiver General by the due date, the deemed trust in s. 227(4.1) becomes operative and attaches to property of the employer to the extent of the amount of the unremitted source deductions. The trust is deemed to have existed from the moment the source deductions were made. The s. 227(4.1) deemed trust is similar in principle to a floating charge over all the tax debtor's assets in favour of Her Majesty. As long as the tax debtor continues to be in default, the trust continues to float over the tax debtor's property. At any given point in time, whatever property then belonging to the tax debtor is subject to the deemed trust. As property comes into possession of the tax debtor, it is caught by the trust and becomes subject to Her Majesty's interest. Similarly, property which the tax debtor disposes of is thereby released from the deemed trust. The mutuality of treatment between incoming and outgoing property relating to the deemed trust is supported by both the plain language of the provisions as well as their purpose and intent. Her Majesty's interest in the tax debtor's property is protected because, while property which is sold to third party purchasers is released from the trust, at the same time, the proceeds of disposition of the alienated property are captured by the trust. Commercial certainty is promoted owing to the fact that third party purchasers are free to transact with tax

dette envers le ministre du Revenu national en raison du non-versement de retenues à la source. First Vancouver avait convenu avec le ministre de lui faire parvenir une fraction du prix d'acquisition des comptes pour le paiement des sommes en souffrance que lui devait Great West. Le ministre a signifié à Canada Safeway des demandes péremptoires de paiement renforcées comme l'y autorisait la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « LIR »). À la suite de ces demandes, Canada Safeway a versé des sommes au ministre relativement aux comptes que Great West avait cédés à First Vancouver. First Vancouver a présenté une demande de restitution des sommes que Canada Safeway avait versées au ministre conformément aux demandes de paiement. La Cour du Banc de la Reine a accueilli cette demande en partie, statuant que First Vancouver pouvait récupérer le montant des créances affacturées avant les demandes péremptoires de paiement. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La LIR exige que l'employeur déduise et retienne un montant sur le salaire de l'employé (« retenue à la source ») et le verse au receveur général au plus tard à la date fixée par règlement. Suivant le par. 227(4), l'employeur qui fait une retenue à la source est réputé en détenir le montant en fiducie au profit de Sa Majesté, séparément de ses propres biens. Lorsque le montant d'une retenue à la source n'est pas versé au receveur général dans le délai prescrit, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) prend effet et s'applique aux biens de l'employeur jusqu'à concurrence du montant impayé des retenues à la source. La fiducie est réputée exister depuis le moment où le montant a été déduit à la source. La fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) s'apparente sur le plan des principes à une charge flottante grevant la totalité des biens du débiteur fiscal au profit de Sa Majesté. Tant que le débiteur fiscal ne remédie pas à son défaut, la fiducie continue de s'appliquer à ses biens au gré de leur acquisition. Tout bien appartenant au débiteur fiscal à un moment quelconque est réputé détenu en fiducie à ce moment. Tout bien qui se retrouve en la possession du débiteur fiscal est détenu en fiducie et assujéti au droit de Sa Majesté. De la même façon, le bien dont le débiteur fiscal se départit cesse de faire l'objet de la fiducie réputée. Cette réciprocité de traitement des biens acquis et aliénés en ce qui concerne la fiducie réputée trouve appui tant dans le libellé clair des dispositions que dans leur objet et dans l'intention du législateur. Le droit de Sa Majesté sur les biens du débiteur fiscal est protégé, car au moment où le bien vendu à un tiers cesse d'être détenu en fiducie, le produit découlant de la vente de ce bien devient assujéti à la fiducie réputée. Le fait qu'un tiers puisse

debtors or suspected tax debtors without fearing that Her Majesty may subsequently assert an interest in the property so acquired.

Since the deemed trust created by ss. 227(4) and 227(4.1) encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises, when Great West came into possession of the Canada Safeway invoices, the deemed trust, which had already arisen as a consequence of Great West's default in remittances, successfully attached to those invoices. However, the deemed trust does not operate over assets which a tax debtor has sold in the ordinary course to third party purchasers. Once the Canada Safeway invoices had been factored to First Vancouver, the Minister was prevented from asserting its interest in these invoices.

Cases Cited

Approved: *Royal Bank v. Tuxedo Transport Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 1, rev'g (1999), 6 C.B.R. (4th) 285; **referred to:** *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411.

Statutes and Regulations Cited

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) [am. 1993, c. 27, s. 133].

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153(1), 224, 224(1.2), 227(4) [repl. 1998, c. 19, s. 226(1), (4.1) [en. *idem*]].

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (2000), 199 Sask. R. 9, [2000] 8 W.W.R. 386, [2000] 3 C.T.C. 93, [2001] G.S.T.C. 55, [2000] S.J. No. 330 (QL), 2000 SKCA 58, affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1999), 190 Sask. R. 286, [2000] 1 W.W.R. 713, [2000] 1 C.T.C. 99, [2001] G.S.T.C. 54, [1999] S.J. No. 738 (QL), 1999 SKQB 166. Appeal dismissed.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Mark Kindrachuk*, for the appellant.

Joel A. Hesje and *David M. A. Stack*, for the respondent First Vancouver Finance.

acheter un bien à un débiteur fiscal ou à une personne soupçonnée d'être un débiteur fiscal sans craindre que Sa Majesté ne fasse ultérieurement valoir un droit sur ce bien favorise la stabilité commerciale.

Étant donné que la fiducie réputée créée par les par. 227(4) et 227(4.1) englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation, les factures de Canada Safeway qui se sont retrouvées en la possession de Great West sont effectivement devenues assujetties à la fiducie réputée, qui s'était déjà matérialisée en raison des non-versements par Great West. Toutefois, la fiducie réputée ne s'applique pas aux biens que le débiteur fiscal a vendus à un tiers dans le cadre normal de ses activités. À partir du moment où les comptes de Canada Safeway ont été facturés à First Vancouver, le ministre ne pouvait plus faire valoir son droit sur eux.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *Royal Bank c. Tuxedo Transport Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 1, inf. (1999), 6 C.B.R. (4th) 285; **arrêts mentionnés :** *Alberta (Treasury Branches) c. M.N.R.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Pembina on the Red Development Corp. c. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 153(1), 224, 224(1.2), 227(4) [repl. 1998, ch. 19, art. 226(1)], (4.1) [aj. *idem*]].

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) [mod. 1993, ch. 27, art. 133].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (2000), 199 Sask. R. 9, [2000] 8 W.W.R. 386, [2000] 3 C.T.C. 93, [2001] G.S.T.C. 55, [2000] S.J. No. 330 (QL), 2000 SKCA 58, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1999), 190 Sask. R. 286, [2000] 1 W.W.R. 713, [2000] 1 C.T.C. 99, [2001] G.S.T.C. 54, [1999] S.J. No. 738 (QL), 1999 SKQB 166. Pourvoi rejeté.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Mark Kindrachuk*, pour l'appelante.

Joel A. Hesje et *David M. A. Stack*, pour l'intimée First Vancouver Finance.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

IACOBUCCI J. —

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

This appeal concerns the interpretation of the deemed trust provisions in ss. 227(4) and 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”). At the hearing of this appeal, the Court dismissed the appeal with reasons to follow. The dispute is over certain property which came into the hands of the tax debtor after a deemed trust under s. 227(4.1) arose. The property was subsequently sold to a third party, after which time the Minister of National Revenue (“Minister”) asserted an interest in the property on the basis that it continued to be subject to the deemed trust even after its sale.

As a result, the two specific issues to be resolved on this appeal are, first, whether property which comes into the tax debtor’s hands after the deemed trust arises is subject to the trust, and, second, if so, whether the sale of trust property to third parties serves to release this property from the ambit of the trust.

Section 153(1) of the *ITA* requires employers to deduct and withhold amounts from their employees’ wages (“source deductions”) and remit these amounts to the Receiver General by a specified due date. By virtue of s. 227(4), when source deductions are made, they are deemed to be held separate and apart from the property of the employer in trust for Her Majesty. If the source deductions are not remitted to the Receiver General by the due date, the deemed trust in s. 227(4.1) of the *ITA* becomes operative and attaches to property of the employer to the extent of the amount of the unremitted source deductions. As well, the trust is deemed to have existed from the moment the source deductions were made.

For the reasons set forth below, I find that the s. 227(4.1) deemed trust is similar in principle to

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation des dispositions régissant les fiducies réputées des par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »). À l’audience, notre Cour a rejeté le pourvoi en précisant qu’elle prononcerait ses motifs ultérieurement. Le litige porte sur certains biens acquis par le débiteur fiscal après la matérialisation d’une fiducie réputée en application du par. 227(4.1). Les biens ont été subséquemment vendus à un tiers. Par la suite, le ministre du Revenu national (le « ministre ») a fait valoir son droit sur ces biens au motif qu’ils étaient encore assujettis à la fiducie réputée malgré leur vente.

Les deux questions précises que soulève le présent pourvoi sont donc les suivantes : premièrement, les biens que le débiteur fiscal acquiert après la matérialisation de la fiducie réputée y sont-ils assujettis et, deuxièmement, dans l’affirmative, la vente à un tiers de biens détenus en fiducie a-t-elle pour effet de soustraire ces biens à l’application de la fiducie?

Le paragraphe 153(1) de la *LIR* exige que l’employeur déduise ou retienne un montant sur le salaire de l’employé (« retenue à la source ») et le verse au receveur général au plus tard à la date fixée par règlement. Suivant le par. 227(4), l’employeur qui fait une retenue à la source est réputé en détenir le montant en fiducie au profit de Sa Majesté, séparément de ses propres biens. Lorsque le montant d’une retenue à la source n’est pas versé au receveur général dans le délai prescrit, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR* prend effet et s’applique aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence du montant impayé. De plus, la fiducie est réputée exister depuis le moment où le montant a été déduit à la source.

Pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1)

1

2

3

4

a floating charge over all the tax debtor's assets in favour of Her Majesty. The trust arises the moment the tax debtor fails to remit source deductions by the specified due date, but is deemed to have been in existence from the moment the deductions were made. As long as the tax debtor continues to be in default, the trust continues to float over the tax debtor's property. Thus, at any given point in time, whatever property then belonging to the tax debtor is subject to the deemed trust.

s'apparente sur le plan des principes à une charge flottante grevant la totalité des biens du débiteur fiscal au profit de Sa Majesté. La fiducie se matérialise au moment où le débiteur fiscal omet de verser le montant des retenues à la source dans le délai imparti, mais elle est réputée s'appliquer rétroactivement à compter du moment où le montant a été déduit. Tant que le débiteur fiscal ne remédie pas à son défaut, la fiducie continue de s'appliquer à ses biens au gré de leur acquisition. Ainsi, tout bien appartenant au débiteur fiscal à un moment quelconque est réputé détenu en fiducie à ce moment.

5 Viewed in this way, it is clear that, as property comes into possession of the tax debtor, it is caught by the trust and becomes subject to Her Majesty's interest. Similarly, property which the tax debtor disposes of is thereby released from the deemed trust. This mutuality of treatment between incoming and outgoing property relating to the deemed trust is supported by both the plain language of the provisions as well as their purpose and intent. Most importantly, Her Majesty's interest in the tax debtor's property is protected because, while property which is sold to third party purchasers is released from the trust, at the same time, the proceeds of disposition of the alienated property are captured by the trust. Moreover, commercial certainty is promoted owing to the fact that third party purchasers are free to transact with tax debtors or suspected tax debtors without fearing that Her Majesty may subsequently assert an interest in the property so acquired.

De ce point de vue, il est clair que tout bien qui se retrouve en la possession du débiteur fiscal est détenu en fiducie et assujéti au droit de Sa Majesté. De la même façon, le bien dont le débiteur fiscal se départit cesse de faire l'objet de la fiducie réputée. Cette réciprocité trouve appui tant dans le libellé clair des dispositions relatives à la fiducie réputée que dans leur objet et dans l'intention du législateur. Mais surtout, le droit de Sa Majesté sur les biens du débiteur fiscal est protégé, car au moment où le bien vendu à un tiers cesse d'être détenu en fiducie, le produit découlant de la vente de ce bien devient assujéti à la fiducie réputée. De plus, le fait qu'un tiers puisse acheter un bien à un débiteur fiscal ou à une personne soupçonnée d'être un débiteur fiscal sans craindre que Sa Majesté ne fasse ultérieurement valoir un droit sur ce bien favorise la stabilité commerciale.

6 Accordingly, I would dismiss the appeal on the basis that, although the property acquired by the tax debtor after the deemed trust arose became subject to the trust, when this property was sold to a third party, it was thereby released from the ambit of the deemed trust. As such, after the sale, Her Majesty could no longer assert an interest in the property.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que, même si les biens acquis par le débiteur fiscal après la matérialisation de la fiducie réputée y ont été assujétis, leur vente à un tiers a eu pour effet de les soustraire à son application. Sa Majesté ne pouvait donc plus, après la vente, faire valoir son droit sur les biens.

II. Facts

II. Les faits

7 The respondent, First Vancouver Finance ("First Vancouver"), is engaged in the business of factoring accounts receivable. Great West Transport Ltd. ("Great West") is in the transportation business. On November 6, 1997, First Vancouver and Great West entered into a factoring agreement providing

L'intimée, First Vancouver Finance (« First Vancouver »), pratique l'affacturage de comptes débiteurs. Great West Transport Ltd. (« Great West ») exploite une entreprise de transport. Le 6 novembre 1997, First Vancouver et Great West ont conclu une entente d'affacturage prévoyant l'achat,

for the purchase by First Vancouver of Great West's accounts receivable at a discount. Pursuant to the agreement, First Vancouver became the owner of certain debts due to Great West.

Under the terms of the factoring agreement, First Vancouver purchased accounts through assignments entered into from time to time at Great West's option. First Vancouver did not purchase an individual account until it was submitted for approval, and it was not bound to purchase it up to that point. After purchase, the Great West invoices were forwarded to Great West's debtors, along with notification that the accounts had been sold and that subsequent payments should be made directly to First Vancouver. Among the accounts purchased were several owing by Canada Safeway Limited or its associated undertakings ("Canada Safeway").

As of the date of the factoring agreement, Great West owed money to the Minister because of unremitted payroll deductions and goods and services tax ("GST"). First Vancouver was aware from the time it began dealing with Great West in November of 1997 that Great West was in arrears in respect of its payroll deductions and GST accounts. First Vancouver had, as of November 10, 1997, made arrangements with the Minister to forward part of the purchase price of the accounts, in the form of semi-monthly payments of \$10,000, to the Minister which were to be applied to the arrears of Great West then outstanding. In addition, Great West remained directly responsible to the Minister for its ongoing payroll deductions and GST remittances as they became due. While First Vancouver regularly made payments pursuant to its arrangement with the Minister, Great West failed to meet its ongoing tax obligations.

In January and February of 1999, Great West made 10 individual assignments to First Vancouver, relating to accounts receivable payable by Canada Safeway and its associated undertakings. On February 10, 1999, the Minister served Canada Safeway with Enhanced Requirement to Pay Notices ("RTPs"), as authorized by s. 224(1.2) of the *ITA* and s. 317(3) of the *Excise Tax Act*, R.S.C.

par First Vancouver, de comptes débiteurs de Great West selon leur valeur actualisée. Conformément à l'entente, First Vancouver est devenue titulaire de certaines créances de Great West.

Suivant les conditions de l'entente d'affacturage, First Vancouver a acquis des comptes au moyen de cessions conclues à différents moments au gré de Great West. Elle n'a acquis et n'était tenue d'acquiescer aucun compte avant qu'il soit soumis à son approbation. Après l'achat, les factures de Great West ont été acheminées aux débiteurs de Great West de pair avec un avis les informant que le compte avait été vendu et que les paiements à venir devaient être versés directement à First Vancouver. Plusieurs des créances vendues étaient payables par Canada Safeway Limited ou par ses entreprises associées (« Canada Safeway »).

À la date de l'entente d'affacturage, Great West avait une dette envers le ministre en raison du non-versement de retenues à la source et de montants perçus au titre de la taxe sur les produits et services (la « TPS »). First Vancouver savait, depuis le moment où elle avait commencé à faire affaire avec elle en novembre 1997, que Great West avait des arriérés de retenues à la source et de TPS à payer. Le 10 novembre 1997, First Vancouver avait convenu avec le ministre de lui faire parvenir une fraction du prix d'acquisition des comptes, à raison de paiements semi-mensuels de 10 000 \$, pour le paiement des sommes en souffrance que lui devait Great West. Par ailleurs, Great West demeurait tenue de verser directement au ministre, au fur et à mesure, ses retenues à la source et ses versements de TPS à leur échéance. First Vancouver a respecté son entente avec le ministre en effectuant régulièrement des paiements, mais Great West a manqué à ses obligations fiscales courantes.

En janvier et en février 1999, Great West a procédé, en faveur de First Vancouver, à 10 cessions individuelles de créances payables par Canada Safeway et ses entreprises associées. Le 10 février 1999, le ministre a signifié à Canada Safeway des demandes péremptoires de paiement renforcées (les « demandes péremptoires de paiement »), comme l'y autorisaient le par. 224(1.2) de la *LIR* et le par.

8

9

10

1985, c. E-15, as amended. In response, Canada Safeway made payments totalling \$187,444.66 to the Minister relating to accounts which Great West had assigned to First Vancouver between January 4 and February 17, 1999. Two of the sets of Canada Safeway accounts, totalling \$31,086.43, were assigned to First Vancouver on February 11 and February 17, 1999, after the RTPs had been issued. However, the remainder of the accounts had already been assigned to First Vancouver before February 10, 1999 when the RTPs were issued. At no time prior to the payments from Canada Safeway to the Minister did First Vancouver receive any notice that the Minister was claiming an interest in any Great West accounts purchased by First Vancouver.

11 In response to the Minister's actions, First Vancouver brought an application in the Saskatchewan Court of Queen's Bench to recover the amounts paid by Canada Safeway to the Minister pursuant to the RTPs.

12 Wimmer J. of the Court of Queen's Bench held that the monies owing on accounts factored prior to February 10, 1999, the date upon which Canada Safeway was served with the RTPs, were not subject to garnishment or to the deemed trust provisions of the *ITA*, or to any claim pursuant to the *Excise Tax Act*, and therefore that First Vancouver was entitled to these amounts. However, he held that the RTPs had captured the two accounts assigned after the RTPs were issued ("post-RTP accounts").

13 On appeal, the Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal of the Minister and the cross-appeal of First Vancouver on the issue of the post-RTP accounts.

III. Relevant Statutory Provisions

14 *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

227. . . .

(4) [Trust for moneys deducted] Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed,

317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, modifiée. À la suite de ces demandes, Canada Safeway a versé au ministre des sommes totalisant 187 444,66 \$, relativement aux comptes que Great West avait cédés à First Vancouver entre le 4 janvier et le 17 février 1999. Deux des lots de comptes de Canada Safeway, d'une valeur globale de 31 086,43 \$, avaient été cédés à First Vancouver les 11 et 17 février 1999, soit après la signification des demandes péremptoires de paiement, alors que les autres comptes lui avaient été cédés avant le 10 février 1999, date de la signification. Avant les paiements de Canada Safeway au ministre, First Vancouver n'avait jamais été informée que ce dernier faisait valoir un droit sur des créances qu'elle avait acquises de Great West.

En réaction aux mesures prises par le ministre, First Vancouver a saisi la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan d'une demande de restitution des sommes que Canada Safeway avait versées au ministre conformément aux demandes de paiement.

Le juge Wimmer de la Cour du Banc de la Reine a statué que le montant des créances facturées avant le 10 février 1999, soit la date de la signification des demandes péremptoires de paiement à Canada Safeway, échappait à la saisie-arrêt ou aux dispositions de la *LIR* établissant la fiducie réputée, ainsi qu'à toute mesure fondée sur la *Loi sur la taxe d'accise*, de sorte que First Vancouver pouvait récupérer ce montant. Il a toutefois conclu que les demandes péremptoires de paiement couvraient les deux comptes cédés après leur signification.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel du ministre et l'appel incident interjeté par First Vancouver relativement aux comptes cédés après la signification des demandes péremptoires de paiement.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

227. . . .

(4) [Montant détenu en fiducie] Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est

notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(4.1) [Extension of trust] Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

IV. Judgments Below

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [2000] 1 W.W.R. 713

On the preliminary issue of the ownership of the factored accounts, Wimmer J. relied upon the definition of a factoring agreement from *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at paras. 30-31. In that case, Cory J. stated at para. 31 that, "A factoring of accounts receivable is based upon an absolute assignment of them. It is in effect a sale by

réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) [Non-versement] Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf les articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

IV. Jugements des tribunaux inférieurs

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [2000] 1 W.W.R. 713

En ce qui concerne la question préliminaire de la propriété des comptes affacturés, le juge Wimmer s'est fondé sur la définition d'une entente d'affacturage donnée par notre Cour dans *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, par. 30-31. Dans cet arrêt, le juge Cory dit ce qui suit, au par. 31 : « Un affacturage de comptes débiteurs

a company of its accounts receivable at a discounted value to the factoring company for immediate consideration.”

est basé sur leur cession absolue. C’est, en réalité, une société qui vend, selon leur valeur actualisée, ses comptes débiteurs à une société d’affacturation, moyennant contrepartie immédiate. »

16 Wimmer J. observed that, according to *Alberta (Treasury Branches)*, an absolute and unconditional assignment of book debts is beyond the reach of the Minister under garnishment provisions. He held further that the assignments from Great West to First Vancouver were absolute and unconditional because, upon completion of the assignments, Great West had no residual rights in the property and could not redeem or recover the accounts and, in that circumstance, Canada Safeway had no liability to Great West after there was a completed transfer of accounts. Although the Minister argued that the assignments were not absolute because under the factoring agreement First Vancouver had recourse to Great West if a customer disputed or failed to pay an account, Wimmer J. noted that the definition of factoring approved by Cory J. contemplated that a factor may acquire an absolute interest in book debts with or without recourse (p. 718).

Le juge Wimmer a fait remarquer que, suivant l’arrêt *Alberta (Treasury Branches)*, la cession absolue et inconditionnelle d’une créance comptable faisait obstacle à sa saisie-arrêt par le ministre. Il a ajouté que, une fois menées à terme, les cessions de comptes de Great West à First Vancouver étaient absolues et inconditionnelles, car Great West n’avait plus aucun droit sur les biens et ne pouvait ni racheter ni récupérer les comptes. Canada Safeway n’avait donc plus d’obligation envers Great West une fois la cession des comptes complétée. Même si le ministre soutenait que les cessions n’étaient pas absolues parce que l’entente d’affacturation prévoyait que First Vancouver pouvait exercer un recours contre Great West si un client contestait un compte ou omettait de le payer, le juge Wimmer a signalé que, suivant la définition d’affacturation approuvée par le juge Cory, le droit sur une créance comptable peut être absolu, que l’acquéreur ait ou non un droit de recours (p. 718).

17 As a result, monies owing on accounts factored prior to February 10, 1999, the date upon which Canada Safeway was served with the RTPs, were not subject to garnishment under s. 224 of the *ITA* or s. 317 of the *Excise Tax Act*. However, the two accounts factored after February 10 were effectively intercepted by the RTPs.

Les montants des comptes affacturés avant le 10 février 1999, soit avant la signification des demandes péremptoires de paiement à Canada Safeway, étaient donc à l’abri de toute saisie-arrêt effectuée sur le fondement de l’art. 224 de la *LIR* ou de l’art. 317 de la *Loi sur la taxe d’accise*. Toutefois, les deux comptes affacturés après le 10 février tombaient de fait sous le coup des demandes péremptoires de paiement.

18 With respect to the deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA*, Wimmer J. applied the reasoning of Burnyeat J. of the British Columbia Supreme Court in *Royal Bank v. Tuxedo Transport Ltd.* (1999), 6 C.B.R. (4th) 285. Since the Canada Safeway invoices came into existence after the Great West payroll deduction delinquencies arose and were assessed, the invoices were “after-acquired property” not subject to a s. 227(4.1) deemed trust in favour of Her Majesty. Wimmer J. acknowledged that *Tuxedo Transport* was under appeal. However, he stated that, since the judgment came from a court of comparable jurisdiction, and as he was not

En ce qui a trait à la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, le juge Wimmer a repris le raisonnement exprimé par le juge Burnyeat de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Royal Bank c. Tuxedo Transport Ltd.* (1999), 6 C.B.R. (4th) 285. Étant donné que l’existence des factures de Canada Safeway était postérieure au défaut de Great West de verser les retenues à la source et à l’établissement d’une cotisation à leur égard, les factures constituaient des « biens postérieurement acquis » non assujettis à la fiducie réputée établie au profit de Sa Majesté en application du par. 227(4.1). Le juge Wimmer a reconnu que la décision *Tuxedo*

satisfied it was wrong, he was prepared to follow that decision.

As a result, Wimmer J. held that amounts owing on accounts factored prior to February 10, 1999, the date upon which the Minister served Canada Safeway with the RTPs, were not subject to garnishment or to a deemed trust pursuant to ss. 224 and 227 of the *ITA*, or to any claim pursuant to s. 317 of the *Excise Tax Act*. Consequently, a declaration was made confirming First Vancouver's entitlement to the funds already paid by Canada Safeway to the Minister, with the exception of the funds covered by the two Canada Safeway accounts factored after February 10, 1999, along with costs.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, [2000] 8 W.W.R. 386

In a very brief oral decision, the Saskatchewan Court of Appeal dismissed the Minister's appeal, and First Vancouver's cross-appeal, both with costs, finding that the trial judge had not erred in the interpretation of the relevant statutory provisions or in the application of those provisions to the facts of the case.

V. Issues

- A. Is property acquired by an employer after a default in remitting payroll deductions ("after-acquired property") subject to the deemed trust in s. 227(4.1) of the *ITA*?
- B. Does the deemed trust under s. 227(4.1) continue to attach to property which has been sold by the tax debtor to a third party purchaser for value?

VI. Analysis

A. *General Scheme and Background of the Section 227(4.1) Deemed Trust*

The collection of source deductions has been recognized as "at the heart" of income tax collection

Transport avait été portée en appel. Il a cependant dit qu'il était disposé à s'y conformer, puisqu'elle avait été rendue par une cour de juridiction comparable et qu'elle ne lui paraissait pas erronée.

Le juge Wimmer a donc conclu que les montants des comptes facturés avant le 10 février 1999, date à laquelle le ministre avait signifié à Canada Safeway les demandes péremptoires de paiement, échappaient à la saisie-arrêt effectuée en vertu de l'art. 224 ou à la fiducie résultant de l'application de l'art. 227 de la *LIR*, de même qu'à toute mesure fondée sur l'art. 317 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Par conséquent, il a rendu un jugement déclaratoire confirmant le droit de First Vancouver de recouvrer les sommes déjà payées au ministre par Canada Safeway, à l'exception de celles correspondant aux deux comptes facturés après le 10 février 1999, avec dépens.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [2000] 8 W.W.R. 386

Dans une décision très succincte rendue de vive voix, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel du ministre et l'appel incident de First Vancouver, avec dépens dans les deux cas, concluant que le juge de première instance n'avait pas interprété erronément les dispositions législatives en cause ni commis d'erreur en appliquant ces dispositions aux faits de l'espèce.

V. Les questions en litige

- A. Les biens acquis par un employeur après son défaut de verser les retenues à la source (les « biens postérieurement acquis ») sont-ils assujettis à la fiducie réputée prévue par le par. 227(4.1) de la *LIR*?
- B. La fiducie réputée prévue par le par. 227(4.1) de la *LIR* continue-t-elle de s'appliquer aux biens aliénés à titre onéreux par le débiteur fiscal?

VI. Analyse

A. *Contexte général et application de la fiducie réputée prévue par le par. 227(4.1)*

Les tribunaux ont reconnu que les retenues à la source sont « au cœur » de la procédure de

19

20

21

22

in Canada: see *Pembina on the Red Development Corp. v. Trimman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (Man. C.A.), at p. 51, *per* Lyon J.A. (dissenting), quoted with approval by Gonthier J. (dissenting on another issue) in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 36. Because of the importance of collecting source deductions, the legislation in question gives the Minister the vehicle of the deemed trust to recover employee tax deductions which employers fail to remit to the Minister.

perception de l'impôt sur le revenu au Canada : voir *Pembina on the Red Development Corp. c. Trimman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (C.A. Man.), p. 51, le juge Lyon (dissident), cité favorablement par le juge Gonthier (dissident quant à une autre question) dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 36. Étant donné l'importance de la perception des retenues à la source, la loi dote le ministre du mécanisme de la fiducie réputée pour lui permettre de recouvrer l'impôt que l'employeur déduit du salaire de l'employé, mais omet de lui verser.

23

It has also been noted that, in contrast to a tax debtor's bank which is familiar with the tax debtor's business and finances, the Minister does not have the same level of knowledge of the tax debtor or its creditors, and cannot structure its affairs with the tax debtor accordingly. Thus, as an "involuntary creditor", the Minister must rely on its ability to collect source deductions under the *ITA: Pembina on the Red Development, supra*, at pp. 33-34, *per* Scott C.J.M., approved by Cory J. in *Alberta (Treasury Branches), supra*, at paras. 16-18. For the above reasons, under the terms of the *ITA*, the Minister has been given special priority over other creditors to collect unremitted taxes.

Les tribunaux ont également signalé que, contrairement à la banque du débiteur fiscal, qui a la chance de se familiariser avec les affaires et la situation financière de ce dernier, le ministre ne connaît pas aussi bien le débiteur fiscal ni ses créanciers et ne peut organiser ses affaires en conséquence. À titre de « créancier involontaire », le ministre doit donc s'en remettre aux moyens que lui donne la *LIR* de percevoir les retenues à la source : *Pembina on the Red Development*, précité, p. 33-34, le juge en chef Scott, approuvé par le juge Cory dans *Alberta (Treasury Branches)*, précité, par. 16-18. C'est pourquoi la *LIR* accorde au ministre la priorité de rang sur les autres créanciers pour la perception des versements d'impôt et de taxes en souffrance.

24

This Court had occasion to interpret the deemed trust provisions in *Sparrow Electric, supra*. At that time, the relevant provisions were ss. 227(4) and 227(5) of the *ITA* which read as follows:

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receivership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

Notre Cour a eu l'occasion d'interpréter les dispositions relatives à la fiducie réputée dans l'affaire *Sparrow Electric*, précitée. Les dispositions en cause à l'époque étaient les par. 227(4) et (5) de la *LIR*, dont voici le libellé :

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine :

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, . . .

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

In *Sparrow Electric*, both Royal Bank and the Minister claimed an interest in the proceeds of inventory of the tax debtor. In characterizing the nature of the deemed trust provisions, Gonthier J. (dissenting, but not on this issue) stated at para. 34 that, even if collateral was subject to a fixed charge at the time of a triggering event such as bankruptcy or liquidation, the deemed trust operated to attach the Minister's interest to such collateral as long as it was not subject to the fixed charge at the time the source deductions were made:

Thus, s. 227(5) [now s. 227(4.1)] alternatively permits Her Majesty's interest to attach retroactively to the disputed collateral if the competing security interest has attached after the deductions giving rise to Her Majesty's claim in fact occurred. Conceptually, the s. 227(5) deemed trust allows Her Majesty's claim to go back in time and attach its outstanding s. 227(4) interest to the collateral before that collateral became subject to a fixed charge. [Emphasis in original.]

Royal Bank's interest was characterized as a fixed and specific charge over the inventory of the tax debtor. This had the effect of making the bank the legal owner of inventory as it came into possession of the tax debtor, subject to the debtor's equitable right of redemption. The majority of the Court concluded that, since the inventory was subject to the bank's security interest before the deductions giving rise to the deemed trust occurred, the bank's interest attached to the inventory in priority to Her Majesty's interest under the deemed trust.

However, in reaching this conclusion, the majority of the Court noted at para. 112 that Parliament

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

Dans l'affaire *Sparrow Electric*, la Banque Royale et le ministre prétendaient tous deux avoir droit au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire du débiteur fiscal. Dans son analyse de la nature des dispositions relatives à la fiducie réputée, le juge Gonthier (dissident, mais pas sur ce point) a dit, au par. 34, que même si le bien donné en garantie est grevé d'un privilège fixe lorsque survient un événement déclencheur comme la faillite ou la liquidation, la fiducie réputée a pour effet de rattacher le droit du ministre à ce bien donné en garantie à condition qu'il n'ait pas été grevé du privilège fixe au moment où les retenues à la source ont été faites :

Ainsi, le par. 227(5) [maintenant le par. 227(4.1)] permet subsidiairement de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les déductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. [Souligné dans l'original.]

Le droit de la Banque Royale a été qualifié de privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l'inventaire du débiteur fiscal. Ainsi, la banque devenait légalement propriétaire des biens qui se trouvaient en la possession du débiteur fiscal, sous réserve du droit de rachat que l'équité conférait à ce dernier. Comme la garantie de la banque grevait déjà les biens figurant dans l'inventaire lorsque les retenues à l'origine de la fiducie réputée avaient été faites, les juges majoritaires de notre Cour sont arrivés à la conclusion que le droit de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire avait priorité de rang sur le droit de Sa Majesté découlant de la fiducie réputée.

Toutefois, en tirant cette conclusion, les juges majoritaires de notre Cour ont fait remarquer que le

was free to grant absolute priority to the deemed trust by adopting the appropriate language:

Finally, I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind.

27

In response to *Sparrow Electric*, the deemed trust provisions were amended in 1998 (retroactively to 1994) to their current form. Most notably, the words “notwithstanding any security interest . . . in the amount so deducted or withheld” were added to s. 227(4). As well, s. 227(4.1) (formerly s. 227(5)) expanded the scope of the deemed trust to include “property held by any secured creditor . . . that but for a security interest . . . would be property of the person”. Section 227(4.1) was also amended to remove reference to the triggering events of liquidation, bankruptcy, etc., instead deeming property of the tax debtor and of secured creditors to be held in trust “at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act”. Finally, s. 227(4.1) now explicitly deems the trust to operate “from the time the amount was deducted or withheld”.

28

It is apparent from these changes that the intent of Parliament when drafting ss. 227(4) and 227(4.1) was to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest regardless of when the security interest arose in relation to the time the source deductions were made or when the deemed trust takes effect. This is clear from the use of the words “notwithstanding any security interest” in both ss. 227(4) and 227(4.1). In other words, Parliament has reacted to the

législateur pouvait accorder la priorité absolue à la fiducie réputée en recourant au libellé approprié (au par. 112) :

Finalement, je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribuée à Sa Majesté certaines sommes « malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] », et prévoit qu’elles « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] ». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs.

Le législateur a donné suite à l’arrêt *Sparrow Electric* en modifiant les dispositions relatives à la fiducie réputée en 1998 (avec effet rétroactif en 1994) pour adopter leur libellé actuel. Plus particulièrement, les mots « malgré toute autre garantie [. . .] le concernant » ont été ajoutés au par. 227(4). De même, le par. 227(4.1) (l’ancien par. 227(5)) a accru la portée de la fiducie réputée de façon qu’elle englobe les « biens détenus par son créancier garanti [. . .] qui, en l’absence d’une garantie [. . .] seraient ceux de la personne ». Le paragraphe 227(4.1) a également été modifié par la suppression du renvoi aux événements déclencheurs (liquidation, faillite, etc.), le législateur établissant plutôt une présomption selon laquelle les biens du débiteur fiscal et de ses créanciers garantis sont détenus en fiducie « en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté ». Enfin, le par. 227(4.1) précise désormais que les biens sont réputés être détenus en fiducie « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ».

Ces modifications démontrent que le législateur a voulu que les par. 227(4) et (4.1) accordent la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après les retenues à la source ou l’application de la fiducie réputée. C’est ce qui ressort clairement de l’expression « malgré toute autre garantie » employée aux par. 227(4) et (4.1). En d’autres termes, vu la manière dont les dispositions relatives à la fiducie réputée avaient été interprétées

interpretation of the deemed trust provisions in *Sparrow Electric*, and has amended the provisions to grant priority to the deemed trust in situations where the Minister and secured creditors of a tax debtor both claim an interest in the tax debtor's property.

As noted above, Parliament has also amended the deemed trust provisions in regard to the timing of the trust. Reference to events triggering operation of the deemed trust such as liquidation or bankruptcy have been removed. Section 227(4.1) now states that the deemed trust begins to operate "at any time [source deductions are] . . . not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act" (emphasis added). Thus, the deemed trust is now triggered at the moment a default in remitting source deductions occurs. Further, pursuant to s. 227(4.1)(a), the trust is deemed to be in effect "from the time the amount was deducted or withheld". Thus, while a default in remitting source deductions triggers the operation of the trust, the trust is deemed to have been in existence retroactively to the time the source deductions were made. It is evident from these changes that Parliament has made a concerted effort to broaden and strengthen the deemed trust in order to facilitate the collection efforts of the Minister.

In light of this overview of the context and operation of the s. 227(4.1) deemed trust, it remains to be determined, first, whether the trust captures property that the tax debtor acquires after the trust is deemed to come into existence, and, second, whether the sale by the tax debtor of trust property effectively releases such property from the purview of the deemed trust.

B. Does the Deemed Trust Attach to After-Acquired Property of the Tax Debtor?

As noted above, in coming to the conclusion that the deemed trust did not attach to after-acquired property of the tax debtor, the courts below relied on the B.C. Supreme Court decision in *Tuxedo Transport*, *supra*. That decision has since been overturned by the B.C. Court of Appeal: *Royal Bank v.*

dans l'affaire *Sparrow Electric*, le législateur les a modifiées de façon à accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque le ministre et des créanciers garantis font valoir concurremment un droit sur les biens du débiteur fiscal.

Comme je l'indique précédemment, le législateur a également modifié le moment auquel la fiducie se matérialise. Tout renvoi à un événement déclencheur emportant l'application de la fiducie, comme la liquidation ou la faillite, a été supprimé. Le paragraphe 227(4.1) dispose désormais qu'une fiducie réputée s'applique « en cas de non-versement [de retenues à la source] à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi » (je souligne). Ainsi, l'application de la fiducie réputée est désormais enclenchée dès qu'il y a manquement à l'obligation de verser les retenues à la source. En outre, suivant l'al. 227(4.1)a), les biens sont réputés être détenus en fiducie « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». Par conséquent, bien que l'omission de verser les retenues à la source enclenche l'application de la fiducie, cette dernière est réputée prendre effet rétroactivement au moment où les retenues à la source ont été faites. Ces modifications révèlent que le législateur a manifestement voulu consolider la fiducie réputée et en accroître la portée afin de faciliter les opérations de recouvrement du ministre.

Après avoir fait brièvement état du fonctionnement de la fiducie réputée prévue par le par. 227(4.1) et du contexte dans lequel elle s'inscrit, il reste à déterminer, premièrement, si la fiducie s'applique aux biens dont le débiteur fiscal fait l'acquisition une fois qu'elle est réputée exister et, deuxièmement, si un bien détenu en fiducie échappe à la fiducie réputée lorsqu'il est vendu à un tiers.

B. La fiducie réputée s'applique-t-elle aux biens postérieurement acquis par le débiteur fiscal?

Rappelons qu'en arrivant à la conclusion que la fiducie englobe les biens postérieurement acquis par le débiteur fiscal, les tribunaux inférieurs se sont fondés sur la décision *Tuxedo Transport* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette décision a depuis été infirmée par la Cour

29

30

31

Tuxedo Transport Ltd. (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 1. In that case, Donald J.A., speaking for the court, characterized the trust as follows, at para. 11:

Subsection 227(4) makes the trust operative at the time of the deductions. Subsection 227(4.1) acts to ensure that if deductions are still unpaid when assets come into the hands of the taxpayer, those assets will be deemed to be part of the trust. Beginning with the date the deductions are made the trust continues forward in time and attaches to any property of the debtor as it comes into existence.

The Court of Appeal based this conclusion on the plain meaning of the language used in the statute, and was bolstered by its view that, to hold otherwise, would lead to “unacceptable results” (at para. 15), such as the following:

Take the example of a company that makes a payroll deduction one day and receives a large payment the next. The company could carry on business using the unremitted deductions for its operating expenses and the deemed trust could not attach to the monies received shortly after the payday.

32

I am in essential agreement with the view taken by the B.C. Court of Appeal in *Tuxedo Transport*. In my view, the plain language of the provisions leads to the inevitable conclusion that the deemed trust attaches to after-acquired property. Most notably, s. 227(4.1) refers expressly to the “proceeds” of property which is subject to the trust and directs that “the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all . . . security interests [in the property]”. In addition, the section states that where, at any time, the debtor is in default to the Minister, that “property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed” to be held in trust for Her Majesty (emphasis added). This language implies that Parliament has contemplated a fluidity with respect to the assets of the debtor to which the trust attaches. In particular, reference to the “proceeds” of trust property is an explicit indication that property acquired through the disposition of trust property by the tax debtor after

d’appel de la Colombie-Britannique dans *Royal Bank c. Tuxedo Transport Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 1. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Donald a dit ce qui suit au sujet de la fiducie, au par. 11 :

[TRADUCTION] Suivant le paragraphe 227(4), la fiducie prend effet dès le moment de la retenue. Lorsqu’un montant retenu est toujours en souffrance au moment où des éléments d’actif se retrouvent en la possession du contribuable, le paragraphe 227(4.1) assujettit ces éléments à la fiducie réputée. La fiducie s’applique de façon continue à compter du moment où la retenue est effectuée et elle s’applique à tous les biens du débiteur au fur et à mesure qu’il en devient propriétaire.

La Cour d’appel a appuyé cette conclusion sur le sens ordinaire des mots employés dans la loi. Elle l’estimait d’autant plus fondée que toute autre décision aurait des [TRADUCTION] « conséquences inacceptables » (au par. 15) :

[TRADUCTION] Prenons l’exemple d’une société qui effectue une retenue à la source un jour et touche un montant important le lendemain. La société pourrait exercer ses activités en affectant le montant de la retenue à ses frais d’exploitation, et les sommes touchées peu après le jour de la paie échapperaient à la fiducie réputée.

Je partage pour l’essentiel le point de vue exprimé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Tuxedo Transport*. À mon sens, l’on ne peut que conclure, à partir du libellé clair des dispositions en cause, que la fiducie réputée s’applique aux biens postérieurement acquis. En particulier, le par. 227(4.1) renvoie expressément au « produit » découlant des biens détenus en fiducie et prescrit que « le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une [. . .] garantie [grevant ces biens] ». De plus, selon cette disposition, en cas de non-versement d’un montant au ministre par le débiteur, « les biens de la personne [. . .], d’une valeur égale à ce montant sont réputés » être détenus en fiducie pour Sa Majesté (je souligne). Ce libellé laisse entendre que le législateur a envisagé une certaine fluidité des biens du débiteur fiscal auxquels s’applique la fiducie. Plus particulièrement, la mention du « produit » des biens détenus en fiducie indique clairement qu’un bien acquis au moyen de l’aliénation par le débiteur d’un bien détenu en

the trust arises is included within the ambit of the trust.

I find additional support for this view in the fact that s. 227(4.1) deems the trust to be in effect “at any time [source deductions are] not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act” (emphasis added). Further, in the event of default, the trust extends back “from the time the amount was deducted or withheld by the person”. These words indicate that the intent of the section is to allow the trust to operate in a continuous manner, attaching to any property which comes into the hands of the debtor as long as the debtor continues to be in default, and extending back in time to the moment of the initial deduction. The language Parliament has chosen belies the suggestion that the deemed trust only captures property of the tax debtor in existence at some particular moment in time.

I find no contradiction in coming to the conclusion that after-acquired property can be subject to the trust even though the trust reaches back in time to a point before the acquisition of the property by the tax debtor. This is because the property so acquired will presumably have been taken in exchange for property of equal value which the debtor has disposed of. Thus, the acquired property can simply be viewed as replacing the initial subject matter of the trust. Moreover, since the trust is a deemed statutory trust, it is not governed by common law requirements, and, in this regard, the ongoing acquisition of trust property does not present a conceptual difficulty. I emphasize that it is open to Parliament to characterize the trust in whatever way it chooses; it is not bound by restraints imposed by ordinary principles of trust law.

In addition to being supported by the clear wording of the provisions, this view accords with the purpose of the s. 227(4.1) deemed trust. In this respect, I agree with the B.C. Court of Appeal that Parliament could not have intended an employer who is in default one day and comes into a significant payment the next to thereby largely escape the operation of the deemed trust and continue to use the misappropriated funds in its business dealings.

fiducie après la matérialisation de la fiducie est assujéti à celle-ci.

Mon opinion s’appuie en outre sur le fait que, selon le par. 227(4.1), la fiducie est réputée s’appliquer « en cas de non-versement [de retenues à la source] à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi » (je souligne). Par ailleurs, en cas de défaut, la fiducie a un effet rétroactif « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». L’emploi de ces mots révèle l’intention du législateur de faire en sorte que la fiducie s’applique de manière continue, qu’elle vise tout bien qui se retrouve en la possession du débiteur (tant que ce dernier ne remédie pas au défaut) et qu’elle ait un effet rétroactif au moment de la retenue initiale. Le libellé retenu par le législateur écarte l’hypothèse voulant que la fiducie réputée ne s’applique qu’aux biens appartenant au débiteur fiscal à un moment précis.

Il ne me paraît pas contradictoire de conclure qu’un bien postérieurement acquis peut être assujéti à la fiducie réputée même si elle s’applique à compter d’un moment antérieur à cette acquisition. On peut en effet présumer que le bien postérieurement acquis a été obtenu en échange d’un bien d’égale valeur dont le débiteur fiscal s’est départi. Il est donc possible de considérer simplement le bien acquis comme remplaçant l’objet initial de la fiducie. Qui plus est, la fiducie réputée étant établie par la loi, elle n’est pas assujéti aux exigences de la common law et, à cet égard, l’acquisition continue de biens détenus en fiducie ne pose pas de difficulté conceptuelle. J’insiste sur le fait que le législateur peut qualifier la fiducie comme il l’entend; il n’est pas lié par les contraintes découlant des principes habituels du droit des fiducies.

En plus de s’appuyer sur les termes clairs des dispositions en cause, ce point de vue est conforme à l’objectif de la fiducie réputée prévue par le par. 227(4.1). Sur ce point, je partage l’avis de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique selon lequel le législateur n’a pu vouloir que l’employeur qui manque à ses obligations un jour et qui touche une somme importante le lendemain échappe en grande partie à l’application de la fiducie réputée et

33

34

35

This would not accord with the Parliamentary intention to grant broad powers of collection to the Minister under the deemed trust.

36 As well, if the deemed trust were limited to property held by the employer at the time of the default, the Minister would have difficulty establishing that any particular part of the employer's property was subject to the deemed trust, and would be forced to engage in a significant degree of tracing. However, as noted by Gonthier J. in *Sparrow Electric*, at para. 37, one of the purposes of the deemed trust is to eliminate the need for tracing:

After considering the matter, it is my view that it is not accurate to describe the mechanism of s. 227(5) as a means of "tracing"; indeed, it would seem that this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into. . . . [Emphasis added.]

37 This observation holds true despite the subsequent amendments to the deemed trust provisions. As with the previous enactment of the section, s. 227(4.1) refers to property "equal in value to the amount so deemed to be held in trust" (emphasis added), and states that this property is subject to the trust "whether or not the property has in fact been kept separate and apart". Indeed, if anything, by deeming the trust to be effective "at any time" the debtor is in default, the amendments serve to strengthen the conclusion that the Minister is not required to trace its interest to assets which belonged to the tax debtor at the time the source deductions were made. In this regard, the remarks of Gonthier J. in *Sparrow Electric*, at para. 31, are apposite:

The trust is not in truth a real one, as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust. . . . However, s. 227(5) [now s. 227(4.1)] has the effect of revitalizing the trust whose subject matter has lost all identity. This identification of the subject matter of the trust therefore occurs *ex post facto*. In this respect,

continue d'affecter les fonds détournés à l'exploitation de son entreprise. Une telle situation irait à l'encontre de l'intention du législateur d'accorder au ministre de grands pouvoirs de perception au moyen de la fiducie réputée.

De même, si seuls les biens possédés par l'employeur au moment du défaut étaient visés par la fiducie, le ministre aurait du mal à établir qu'un bien en particulier de l'employeur tombe sous le coup de la fiducie réputée et il devrait déployer des efforts importants pour retracer l'origine du bien. Toutefois, comme l'a signalé le juge Gonthier au par. 37 de l'arrêt *Sparrow Electric*, l'un des objectifs de la fiducie réputée consiste à éliminer la nécessité de retracer l'origine d'un bien :

Après avoir examiné cette question, je suis d'avis qu'il n'est pas exact de qualifier le mécanisme du par. 227(5) de moyen de « retracer l'origine d'un bien »; en fait, il semblerait que le sens de ce paragraphe est à l'opposé du sens traditionnel du mot « retracer », dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l'objet de la fiducie et le fonds ou l'actif auquel on rattache cet objet . . . [Je souligne.]

Cette remarque vaut toujours malgré les modifications apportées par la suite aux dispositions relatives à la fiducie réputée. Tout comme la disposition qu'il a remplacée, le par. 227(4.1) renvoie à des biens « d'une valeur égale [au] montant [que la personne est réputée détenir en fiducie] » (je souligne) et il précise que ces biens sont assujettis à la fiducie « [qu'ils] aient été ou non tenus séparés ». De toute façon, comme elles prévoient l'application de la fiducie réputée en cas de défaut du débiteur (en anglais, « *at any time* »), les modifications appuient la conclusion que le ministre n'a pas à rattacher son droit aux biens qui appartenaient au débiteur fiscal lorsque les retenues à la source ont été faites. Sous ce rapport, les observations formulées par le juge Gonthier au par. 31 de l'arrêt *Sparrow Electric* sont à-propos :

À vrai dire, la fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie [. . .] Cependant, le par. 227(5) [maintenant le par. 227(4.1)] a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. À cet égard, je suis

I agree with the conclusion of Twaddle J.A. in *Roynat*, *supra*, where he states the effect of s. 227(5) as follows, at p. 647: “Her Majesty has a statutory right of access to whatever assets the employer then has, out of which to realize the original trust debt due to Her”. [Emphasis added.]

The reasoning adopted by the courts below would require substantial tracing, as the deemed trust would be restricted to include only property held by the tax debtor on the date the source deductions were made. With respect, this is not in accord with the language or purpose of the deemed trust.

In conclusion, based on the plain language of ss. 227(4) and 227(4.1) as supported by the purpose of the provisions and intentions of Parliament, the deemed trust created by these sections encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises. As a result, when Great West came into possession of the Canada Safeway invoices, the deemed trust, which had already arisen as a consequence of Great West’s default in remittances, successfully attached to those invoices.

C. Does the Deemed Trust Continue to Operate on Property Which Has Been Sold by the Tax Debtor to Third Parties?

As a preliminary matter, I note that the Minister does not take issue with the chambers judge’s holding, following *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*, that First Vancouver is not a secured creditor of Great West, but a third party purchaser of book debts. Thus, the question of the priority of secured creditors does not arise. The issue here is whether the alienation by Great West of the Canada Safeway invoices, which were subject to the deemed trust under ss. 227(4) and 227(4.1), served to release that property from the scope of the trust.

In my view, the scheme envisioned by Parliament in enacting ss. 227(4) and 227(4.1) is that the deemed trust is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor in the amount of the default. As noted above, the trust

d’accord avec la conclusion que le juge Twaddle tire dans l’arrêt *Roynat*, précité, lorsqu’il affirme, à la p. 647, au sujet de l’effet du par. 227(5), que [TRADUCTION] « la Loi confère à Sa Majesté un droit d’accès à tous les éléments d’actif, quels qu’ils soient, que l’employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire ». [Je souligne.]

Si les jugements des tribunaux inférieurs étaient maintenus, le ministre devrait consentir des efforts substantiels pour retracer l’origine des biens, car la fiducie réputée viserait seulement les biens que le débiteur fiscal possédait le jour où il a fait les retenues à la source. À mon humble avis, un tel résultat serait incompatible avec le libellé des dispositions en cause et avec l’objectif de la fiducie réputée.

En conclusion, vu le libellé clair des par. 227(4) et (4.1), appuyé par leur objectif et par l’intention du législateur, la fiducie réputée qu’ils créent englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation. Par conséquent, les factures de Canada Safeway qui se sont retrouvées en la possession de Great West sont effectivement devenues assujetties à la fiducie réputée, qui s’était déjà matérialisée en raison des non-versements par Great West.

C. La fiducie réputée continue-t-elle de s’appliquer à un bien que le débiteur fiscal a vendu à un tiers?

De prime abord, je constate que le ministre ne conteste pas la conclusion du juge en chambre, fondée sur l’arrêt *Alberta (Treasury Branches)*, précité, selon laquelle First Vancouver n’est pas un créancier garanti de Great West, mais le tiers acquéreur de ses créances comptables. La question de la priorité de rang des créanciers garantis ne se pose donc pas. La question à trancher en l’espèce est de savoir si la cession, par Great West, des factures de Canada Safeway, qui étaient détenues en fiducie en vertu des par. 227(4) et (4.1), a eu pour effet de les soustraire à l’application de la fiducie réputée.

Selon moi, le mécanisme que le législateur avait en tête en adoptant les par. 227(4) et (4.1) était l’établissement d’une fiducie réputée s’apparentant, sur le plan des principes, à une charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance,

38

39

40

has priority from the time the source deductions are made, and remains in existence as long as the default continues. However, the trust does not attach specifically to any particular assets of the tax debtor so as to prevent their sale. As such, the debtor is free to alienate its property in the ordinary course, in which case the trust property is replaced by the proceeds of sale of such property.

41 This interpretation finds support in both the words used in ss. 227(4) and 227 (4.1) and the purpose of the deemed trust. In my opinion, s. 227(4.1) explicitly restricts the trust to property owned by the tax debtor by stating that the property of the tax debtor held in trust for Her Majesty “is property beneficially owned by Her Majesty . . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General” (emphasis added). This reference to the proceeds of trust property is an acknowledgment in the very words of the *ITA* that Parliament contemplated that a tax debtor is free to alienate its property and that, when it does so, the trust releases the disposed-of property and attaches to the proceeds of sale. In addition, as discussed above, the trust does not attach to any specific property. Instead, by s. 227(4.1), the trust attaches to “property of the [tax debtor] . . . equal in value to the amount [of the tax debt]”. This language indicates, first, that the subject matter of the trust is focussed solely on the tax debtor’s property, and, second, that it is anticipated that the character of the tax debtor’s property will change over time.

42 Indeed, it is the logical corollary to my conclusion on the first issue, namely that the deemed trust attaches to after-acquired property of the tax debtor, that the trust also releases property alienated by the tax debtor. In this way, when an asset is sold by the tax debtor, the deemed trust ceases to operate over that asset; however, the property received by the tax debtor in exchange becomes subject to the deemed trust. As such, the trust is neither depleted nor enhanced; it simply floats over the property belonging to the tax debtor at any given time, for as long as the default in remittances continues.

l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal. Comme je l’ai déjà mentionné, la fiducie a la priorité de rang à compter des retenues à la source et continue de s’appliquer tant qu’il n’est pas remédié au défaut. Cependant, la fiducie ne vise pas certains biens en particulier du débiteur fiscal de façon à empêcher la vente. Le débiteur est donc libre de se départir d’un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités, ce bien étant alors remplacé par le produit de la vente.

Cette interprétation trouve appui tant dans le texte des par. 227(4) et (4.1) que dans l’objectif de la fiducie réputée. À mon avis, le par. 227(4.1) limite expressément l’application de la fiducie aux biens appartenant au débiteur fiscal en précisant que les biens du débiteur fiscal détenus en fiducie pour Sa Majesté « sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire [. . .] et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général » (je souligne). Cette mention du produit découlant des biens détenus en fiducie confirme explicitement dans la *LIR* l’intention du législateur de faire en sorte que le débiteur fiscal puisse aliéner ses biens et que, en cas d’aliénation, les biens en cause cessent d’être assujettis à la fiducie et soient remplacés par le produit de la vente. Aussi, je le répète, la fiducie ne vise aucun bien précis. Suivant le par. 227(4.1), elle vise plutôt « les biens [du débiteur fiscal . . .] d’une valeur égale [au] montant [de la dette fiscale] ». Ce libellé indique premièrement que l’objet de la fiducie s’entend uniquement des biens du débiteur fiscal et, deuxièmement, qu’il est à prévoir que la nature des biens du débiteur fiscal changera avec le temps.

En fait, le corollaire logique de ma conclusion quant à la première question, savoir que la fiducie réputée s’applique aux biens postérieurement acquis par le débiteur fiscal, est que, à l’inverse, la fiducie cesse de s’appliquer aux biens dont il se départit. Ainsi, lorsque le débiteur fiscal vend un élément de son actif, la fiducie réputée cesse de s’appliquer à cet élément, mais la contrepartie touchée est dès lors détenue en fiducie. Il n’y a donc ni appauvrissement ni enrichissement de la fiducie; celle-ci s’applique simplement aux biens qui, à un moment ou à un autre, appartiennent au débiteur fiscal, tant qu’il ne remédie pas au défaut.

Although it would be open to Parliament to extend the trust to property alienated by the tax debtor, such an interpretation is simply not supported by the language of the *ITA*. It is significant in this regard that purchasers for value are not included in ss. 227(4) and 227(4.1) whereas secured creditors are. In *Pembina on the Red Development*, *supra*, Twaddle J.A. took note of the “long-established principle of law that, in the absence of clear language to the contrary, a tax on one person cannot be collected out of property belonging to another” (p. 46). In *Sparrow Electric*, *supra*, at para. 39, Gonthier J. also referred to this principle, stating that:

[T]his provision does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor. Section 227(4) and (5) are manifestly directed towards the property of the tax debtor, and it would be contrary to well-established authority to stretch the interpretation of s. 227(5) [now s. 227(4.1)] to permit the expropriation of the property of third parties who are not specifically mentioned in the statute. [Emphasis added.]

Thus, in the absence of an express reference to third party purchasers, there is no basis upon which to allow the Minister’s interest in the tax debtor’s property to continue once such property has been sold to third parties.

Although it is not necessary to resort to policy arguments, in my view it is worthwhile noting that to allow s. 227(4.1) to override the rights of purchasers for value would result in an unprecedented level of uncertainty. In fact, in oral argument, counsel for the Minister conceded that such an interpretation would, in theory, allow the Minister to go so far as to assert an interest in assets sold by tax debtors to ordinary consumers. In my view, it is no exaggeration to say that adopting this interpretation of the deemed trust would have a general chilling effect on commercial transactions.

Furthermore, to allow the deemed trust to attach to property sold to third parties would be more likely to hinder, rather than help, the Minister’s collection

Le législateur aurait pu prévoir que les biens aliénés par le débiteur fiscal continuent d’être détenus en fiducie. Or, ce n’est pas ce qui ressort du libellé de la *LIR*. À cet égard, il est révélateur que, contrairement au créancier garanti, l’acquéreur à titre onéreux ne soit pas mentionné aux par. 227(4) et (4.1). Dans l’arrêt *Pembina on the Red Development*, précité, le juge Twaddle a rappelé : [TRADUCTION] « Il est établi depuis longtemps en droit que, en l’absence de termes clairs exprimant le contraire, l’impôt dû par une personne ne peut pas être perçu sur les biens d’une autre personne » (p. 46). Dans *Sparrow Electric*, précité, par. 39, le juge Gonthier a dit ce qui suit au sujet de ce principe :

[C]ette disposition ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu’un d’autre que le débiteur fiscal. Les paragraphes 227(4) et (5) visent manifestement les biens du débiteur fiscal, et il serait contraire à une jurisprudence bien établie de forcer le sens du par. 227(5) [maintenant le par. 227(4.1)] de manière à permettre l’expropriation des biens de tiers non mentionnés expressément dans la Loi. [Je souligne.]

Partant, en l’absence d’un renvoi exprès au tiers acquéreur, rien ne justifie que le droit accordé au ministre continue de s’appliquer au bien que le débiteur fiscal a vendu à un tiers.

Il n’est pas nécessaire, en l’espèce, de s’en remettre à des arguments de principe, mais il convient à mon avis de signaler que, si on permettait que l’application du par. 227(4.1) l’emporte sur le respect des droits de l’acquéreur à titre onéreux, il en résulterait un degré d’incertitude sans précédent. En fait, lors de sa plaidoirie, l’avocat du ministre a reconnu que, théoriquement, une telle interprétation pourrait même permettre au ministre de faire valoir sa garantie sur un bien vendu par le débiteur fiscal à un simple consommateur. Selon moi, il n’est pas exagéré de dire qu’une telle interprétation des dispositions relatives à la fiducie réputée aurait un effet général dissuasif sur les échanges commerciaux.

De plus, l’application de la fiducie réputée au bien vendu à un tiers serait davantage susceptible de nuire à la perception des créances du ministre que

efforts. For example, in the case at bar, if First Vancouver had thought that it could not purchase Great West's assets free and clear of Her Majesty's claim, it would have been unlikely to have entered into the factoring agreement with Great West. As a result, Her Majesty would not have received the semi-monthly payments of \$10,000 from First Vancouver. More generally, the interpretation advocated by the Minister would likely frustrate the ability of a tax debtor to convert hard assets into cash in order to pay "the proceeds of such property . . . to the Receiver General" as contemplated by s. 227(4.1), because prospective purchasers would fear that the Minister would assert an interest in these assets. The practical effect of this would be to freeze the tax debtor's assets and prevent it from carrying on business. In my view, this is clearly not a result intended by Parliament.

de la faciliter. Par exemple, dans la présente affaire, si First Vancouver avait pensé qu'elle ne pouvait faire l'acquisition des éléments d'actif de Great West francs et quittes de tout droit de Sa Majesté, elle n'aurait vraisemblablement pas conclu l'entente d'affacturage avec Great West et Sa Majesté n'aurait pas touché les versements semi-mensuels de 10 000 \$ effectués par First Vancouver. De manière plus générale, l'interprétation préconisée par le ministre empêcherait vraisemblablement le débiteur fiscal d'échanger des biens durables contre des espèces afin que « le produit découlant de ces biens [soit] payé au receveur général » comme le prévoit le par. 227(4.1), étant donné que les acquéreurs éventuels craindraient que le ministre ne fasse valoir un droit sur ces biens. Il en résulterait dans les faits un gel de l'actif du débiteur fiscal et l'impossibilité, pour ce dernier, d'exercer ses activités. À mon sens, tel n'était manifestement pas l'intention du législateur.

46 In summary, the deemed trust does not operate over assets which a tax debtor has sold in the ordinary course to third party purchasers. As such, once the Canada Safeway invoices had been factored to First Vancouver, the Minister was prevented from asserting its interest in these invoices.

En résumé, la fiducie réputée ne s'applique pas aux biens que le débiteur fiscal a vendus à un tiers dans le cadre normal de ses activités. Ainsi, à partir du moment où les comptes de Canada Safeway ont été affacturés à First Vancouver, le ministre ne pouvait plus faire valoir son droit sur eux.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

47 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

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

Solicitors for the respondent First Vancouver Finance: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée First Vancouver Finance : McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

**Clayton Fensom and Trailways
Transportation Group Inc. *Appellants***

v.

**Deryk J. Kendall, Grant A. Richards, Darren
T. Hagen, Randy K. Katzman, D. Roger
Arnold, Greg M. Kuse, Robert H. Goodman,
Jay D. Watson and F. Neil Turcott, operating
a partnership under the name of Cuelenaere,
Kendall, Katzman & Richards, and Ronald
Miller *Respondents***

INDEXED AS: HEREDI v. FENSOM

Neutral citation: 2002 SCC 50.

File No: 28068.

2002: February 18; 2002: May 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

*Limitation of actions — Statutes — Motor vehicles —
Passenger injured while riding on bus suing company
and driver in tort and in contract — Whether claims
statute-barred — Interpretation of provincial legislation
creating a short limitation period for actions seeking the
recovery of “damages occasioned by a motor vehicle” —
Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).*

*Actions — Torts — Contracts — Passenger injured
while riding on bus suing company and driver in tort and
in contract — Examination of distinction in application
of limitation periods under provincial Highway Traf-
fic Act between actions framed in contract and actions
framed in tort — Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1,
s. 88(1).*

In March 1994, H was injured while riding on a Paratransit bus, which was owned by TTG and driven by F. F picked H up at her home, assisted her in being seated on the bus, and secured her seat belt. He placed one end of the crutches she used beneath her right shoulder and braced the other end against the interior wheel well of the

**Clayton Fensom et Trailways Transportation
Group Inc. *Appellants***

c.

**Deryk J. Kendall, Grant A. Richards, Darren
T. Hagen, Randy K. Katzman, D. Roger
Arnold, Greg M. Kuse, Robert H. Goodman,
Jay D. Watson et F. Neil Turcott, exploitant
une société en nom collectif sous le nom de
Cuelenaere, Kendall, Katzman & Richards, et
Ronald Miller *Intimés***

RÉPERTORIÉ : HEREDI c. FENSOM

Référence neutre : 2002 CSC 50.

N° du greffe : 28068.

2002 : 18 février; 2002 : 23 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

*Prescription — Lois — Véhicules automobiles — Une
passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit la
société de transport et le conducteur en responsabilité
délictuelle et contractuelle — Les actions sont-elles
prescrites? — Interprétation de la loi provinciale fixant
un délai de prescription court pour les actions en
indemnisation de « dommages causés par un véhicule à
moteur » — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1,
art. 88(1).*

*Actions — Responsabilité délictuelle — Contrats —
Une passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit
la société de transport et le conducteur en responsabilité
délictuelle et contractuelle — Analyse de la distinction
faite dans l'application des délais de prescription d'un
code de la route provincial entre les actions délictuelles
et contractuelles — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch.
H-3.1, art. 88(1).*

En mars 1994, H est blessée pendant un trajet en auto-
bus adapté appartenant à TTG et conduit par F. F prend
H chez elle, l'aide à s'asseoir dans l'autobus et attache sa
ceinture. Il place une extrémité de ses béquilles sous son
épaule droite et coince l'autre extrémité contre le passage
de roue. F se remet en route. Les parties conviennent

bus. F resumed driving and the parties are in agreement, pursuant to an agreed statement of facts, that he operated the bus “in such a manner as to cause the plaintiff’s crutches to jar her right shoulder, thereby causing injury”. In March 1996, H brought an action against F and TTG alleging both negligence and breach of contract, and an action against her former solicitors, alleging negligence in their failure to bring a claim against F and TTG within the one-year period provided by s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* for the recovery of “damages occasioned by a motor vehicle”. At trial, the action against F and TTG was found to be barred. The Court of Appeal found that the action in contract against F and TTG could proceed, but that the action in tort was barred under s. 88(1).

Held: The appeal should be allowed.

The true intent of s. 88(1) is that “damages occasioned by a motor vehicle” requires that the presence of a motor vehicle be the dominant feature, or constitute the true nature, of the claim. Conversely, claims, whether framed in contract or in tort, where the presence of a motor vehicle is a fact ancillary to the essence of the action ought not be regarded as within the scope of that phrase. The Court must depart from the sharp distinction that has, in the opinion of some courts, been created between cases framed in contract and cases framed in tort. The legislation aims to have a reasonably wide effect and does not distinguish between these divergent forms of action.

In order to determine whether an action is for “damages occasioned by a motor vehicle”, and thus subject to the *Highway Traffic Act* limitation period, a substantive approach ought to be taken. The nature of the facts and the nature of the action ought to be considered together in order to make a determination as to the fundamental nature of the action. Are the damages sought to be recovered in the action, in their essence, damages that were occasioned by a motor vehicle? In light of the way in which the action is framed, and the facts giving rise to the damages claimed, is the action one that could be primarily classified as an action for damages occasioned by a motor vehicle? If the role of the motor vehicle in the causal chain is too insignificant, or if the causal chain is itself not the most illuminative way to characterize the claim, the action ought not be regarded as subject to the limitation. If, on the other hand, the dominant feature of the damages is their relation to a motor vehicle accident, the limitation period ought to be applied.

In this case, the dominant feature of the facts is that the damage was caused by a motor vehicle. The presence of the vehicle was not in any way ancillary to the damage complained of. Instead, it was the very operation of the

dans un énoncé conjoint des faits qu’il conduit le véhicule « d’une façon telle que la demanderesse est blessée par les béquilles qui lui frappent l’épaule droite ». En mars 1996, H intente une action contre F et TTG, alléguant la négligence et la rupture de contrat, et une action contre ses anciens avocats, alléguant la négligence dans leur défaut d’intenter une action contre F et TTG dans le délai d’un an prévu au par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* pour « dommages causés par un véhicule à moteur ». Le juge de première instance déclare prescrite l’action contre F et TTG. La Cour d’appel juge que l’action contractuelle contre F et TTG peut se poursuivre mais que l’action délictuelle est prescrite en vertu du par. 88(1).

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Suivant l’intention véritable du législateur, l’expression « dommages causés par un véhicule à moteur » exige que la présence du véhicule à moteur soit la caractéristique dominante ou la nature véritable de l’action. À l’inverse, que le fondement de l’action soit contractuel ou délictuel, si la présence du véhicule à moteur est un fait accessoire, l’action n’est pas visée par cette expression. La Cour doit écarter la distinction radicale qui a été créée, de l’avis de certains tribunaux, entre les actions ayant un fondement contractuel et celles ayant un fondement délictuel. La loi est censée avoir une application assez étendue et n’établit pas de distinction entre ces différents types d’actions.

Pour déterminer si une action se rapporte à des « dommages causés par un véhicule à moteur » et est donc soumise au délai de prescription de la *Highway Traffic Act*, il faut procéder à une analyse substantielle. Pour déterminer la nature fondamentale de l’action, il faut examiner conjointement la nature des faits et la nature de l’action. Les dommages pour lesquels on demande des dommages-intérêts sont-ils essentiellement des dommages causés par un véhicule à moteur? Compte tenu de la façon dont l’action est présentée et des faits qui ont donné naissance à la demande de dommages-intérêts, peut-on classer l’action comme étant principalement une action résultant de dommages causés par un véhicule à moteur? Si le rôle du véhicule à moteur dans la chaîne de causalité est trop insignifiant ou si la chaîne de causalité n’est pas la façon la plus éclairée de qualifier l’action, il faut considérer que le délai de prescription ne s’applique pas à l’action. Si par contre la caractéristique dominante des dommages est d’être liés à un accident automobile, la prescription doit s’appliquer.

En l’espèce, la caractéristique dominante des faits est que les dommages ont été causés par un véhicule à moteur. La présence du véhicule n’est en aucune façon accessoire au dommage dont on se plaint. Au contraire, les parties

motor vehicle itself that, by the parties' mutual admission, centrally caused the damage. Therefore, the claims brought by H are claims for "damages occasioned by a motor vehicle" and cannot proceed.

Cases Cited

Overruled: *Heppel v. Stewart*, [1968] S.C.R. 707; *Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. v. Anger*, [1940] S.C.R. 174; **explained:** *Bruell Float Service Ltd. v. Ontario Hydro*, [1976] 1 S.C.R. 9, aff'g (1974), 3 O.R. (2d) 108; *F. W. Argue Ltd. v. Howe*, [1969] S.C.R. 354; **approved:** *Clost v. Colautti Construction Ltd.* (1985), 52 O.R. (2d) 339; **disapproved:** *Herbert v. Misuga* (1994), 116 Sask. R. 292; *Pichler Ramsay Enterprises Ltd. v. T & T Trucking Ltd.* (1996), 144 Sask. R. 199; *Lebed v. Chrysler Canada Ltd.* (1979), 25 O.R. (2d) 161; *Byrne v. Goodyear Canada Inc.* (1981), 33 O.R. (2d) 800; *Daviault v. Canadian Motorcycle Assn.* (1985), 49 O.R. (2d) 147; **referred to:** *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174; *Renaud v. OC Transpo* (1992), 9 O.R. (3d) 726; *Clark v. 449136 Ontario Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 658.

Statutes and Regulations Cited

Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(f)(i).
Motor Carrier Act, S.S. 1986, c. M-21.2.
Queen's Bench Rules (Sask.), Rule 188.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [2000] 9 W.W.R. 191, 189 Sask. R. 312, 216 W.A.C. 312, 5 M.V.R. (4th) 71, [2000] S.J. No. 302 (QL), 2000 SKCA 55, allowing the appellants' appeal in part from a decision of the Court of Queen's Bench, [2000] 3 W.W.R. 62, 188 Sask. R. 188, 48 M.V.R. (3d) 130, [1999] S.J. No. 791 (QL), 1999 SKQB 216. Appeal allowed.

Timothy J. MacLeod and Donald Phillips, for the appellants.

Thomas J. Schonhoffer, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In this appeal, we revisit a question of interpretation that has been before this Court four times since

conviennent que c'est la conduite même du véhicule à moteur qui est la cause principale des dommages. Les actions intentées par H se rapportent donc à des « dommages causés par un véhicule à moteur » et sont prescrites.

Jurisprudence

Arrêts rejetés : *Heppel c. Stewart*, [1968] R.C.S. 707; *Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. c. Anger*, [1940] R.C.S. 174; **arrêts expliqués :** *Bruell Float Service Ltd. c. Ontario Hydro*, [1976] 1 R.C.S. 9, conf. (1974), 3 O.R. (2d) 108; *F. W. Argue Ltd. c. Howe*, [1969] R.C.S. 354; **arrêts approuvés :** *Clost c. Colautti Construction Ltd.* (1985), 52 O.R. (2d) 339; **arrêts critiqués :** *Herbert c. Misuga* (1994), 116 Sask. R. 292; *Pichler Ramsay Enterprises Ltd. c. T & T Trucking Ltd.* (1996), 144 Sask. R. 199; *Lebed c. Chrysler Canada Ltd.* (1979), 25 O.R. (2d) 161; *Byrne c. Goodyear Canada Inc.* (1981), 33 O.R. (2d) 800; *Daviault c. Canadian Motorcycle Assn.* (1985), 49 O.R. (2d) 147; **arrêts mentionnés :** *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. c. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174; *Renaud c. OC Transpo* (1992), 9 O.R. (3d) 726; *Clark c. 449136 Ontario Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 658.

Lois et règlements cités

Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 88(1).
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1)(f)(i).
Motor Carrier Act, S.S. 1986, ch. M-21.2.
Queen's Bench Rules (Sask.), règle 188.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [2000] 9 W.W.R. 191, 189 Sask. R. 312, 216 W.A.C. 312, 5 M.V.R. (4th) 71, [2000] S.J. No. 302 (QL), 2000 SKCA 55, qui a accueilli en partie l'appel des appelants d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, [2000] 3 W.W.R. 62, 188 Sask. R. 188, 48 M.V.R. (3d) 130, [1999] S.J. No. 791 (QL), 1999 SKQB 216. Pourvoi accueilli.

Timothy J. MacLeod et Donald Phillips, pour les appelants.

Thomas J. Schonhoffer, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à réexaminer une question d'interprétation

it first arose in 1940. The Saskatchewan *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, like the closely similar Acts in force in other Canadian jurisdictions, creates a short limitation period for actions seeking the recovery of “damages occasioned by a motor vehicle”. It appears that some of this Court’s previous decisions as to the scope of this phrase are in conflict. Consequently, this appeal requires the Court to resolve this apparent conflict.

II. Background

2 On March 31, 1994, the plaintiff, Edna Heredi was injured while riding on a Paratransit bus, that is, a bus designed to accommodate persons with physical disabilities, owned by the appellant Trailways Transportation Group Inc. (“Trailways”), and driven by the appellant Clayton Fensom. Fensom picked Heredi up at her home, assisted her in being seated on the bus, and secured her seat belt. He placed one end of the crutches she used beneath her right shoulder and braced the other end against the interior wheel well of the bus. Fensom then resumed driving, and the parties are in agreement that he operated the bus “in such a manner as to cause the plaintiff’s crutches to jar her right shoulder, thereby causing injury”.

3 The plaintiff brought an action against Fensom and Trailways on March 29, 1996. The statement of claim alleged both negligence and breach of contract, an implied term of which was the safe passage of the plaintiff from her home to her destination. The defendant said that s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* provided a complete answer, since it set out a 12 month limitation period for the recovery of “damages occasioned by a motor vehicle”.

4 On the same day, the plaintiff brought an action against her former solicitors, the present respondents, alleging negligence in their failure to bring a claim against Fensom and Trailways within the one-year period provided by the *Highway Traffic Act*.

dont la Cour a été saisie à quatre reprises depuis 1940. Comme des lois très semblables en vigueur dans d’autres provinces canadiennes, la *Highway Traffic Act* de la Saskatchewan, S.S. 1986, ch. H-3.1, établit une courte période de prescription à l’égard des actions en dommages-intérêts pour des [TRADUCTION] « dommages causés par un véhicule à moteur ». Il semble que certains arrêts antérieurs de notre Cour quant à la portée de cette expression soient contradictoires. La Cour doit donc résoudre ce conflit apparent.

II. Les faits

Le 31 mars 1994, Edna Heredi est blessée alors qu’elle est passagère d’un autobus aménagé et équipé pour le transport de personnes ayant une déficience physique. L’autobus appartient à l’appelante Trailways Transportation Group Inc. (« Trailways ») et est conduit par l’appelant Clayton Fensom. Ce jour-là, Fensom prend Heredi chez elle, l’aide à s’asseoir dans le véhicule et attache sa ceinture. Il place une extrémité de ses béquilles sous son épaule droite, et appuie l’autre extrémité sur le passage de roue. Fensom se met alors en route. Les parties conviennent qu’il conduit le véhicule [TRADUCTION] « d’une façon telle que la demanderesse est blessée par les béquilles qui lui frappent l’épaule droite ».

Le 29 mars 1996, la demanderesse intente une action contre Fensom et Trailways. Dans sa déclaration, elle allègue la négligence et la rupture d’un contrat comportant une condition implicite qu’elle serait transportée en toute sécurité de chez elle à sa destination. La défenderesse soutient que le par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* fournit une réponse complète, puisqu’il fixe un délai de prescription de 12 mois pour toute action en dommages-intérêts pour « dommages causés par un véhicule à moteur ».

Le même jour, la demanderesse intente une action contre ses anciens avocats, les intimés en l’espèce, alléguant la négligence dans leur défaut d’intenter une action contre Fensom et Trailways dans le délai d’un an prévu par la *Highway Traffic Act*.

5

The parties to this appeal are the defendants in Heredi’s actions, Fensom and Trailways, and the original solicitors for Heredi. The question is whether s. 88(1), or the general six-year limitation period set out in the *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, at s. 3(1)(f) applies to these facts. The damages in the underlying action have been agreed to be \$25,000.00. The relevant facts are also a matter of an agreed statement between the parties, including a specific stipulation that the cause of the damage was the manner in which Fensom operated the vehicle. If the appeal is allowed, then Heredi will be able to proceed against the respondents. If the appeal is dismissed, she may proceed against the appellants. The issue we must resolve is whether damages of the type sustained by Ms. Heredi are “damages occasioned by a motor vehicle”, within the meaning of s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* and in light of the agreed statement of facts.

III. Relevant Statutory Provisions

Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1

88(1) No action may be brought against a person for the recovery of damages occasioned by a motor vehicle after:

- (a) the expiration of 12 months from the time when the damages were sustained; or
- (b) in a case where death is caused, within the time limited by *The Fatal Accidents Act*.

Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15

3. — (1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

. . .

(f) actions for:

- (i) the recovery of money, except in respect of a debt charged upon land, whether recoverable as a debt or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant or other specialty or on a simple contract, express or implied;

. . .

Les parties au pourvoi sont les défendeurs dans les actions intentées par M^{me} Heredi, Fensom et Trailways ainsi que ses premiers avocats. Il faut déterminer lequel du par. 88(1) ou du délai de prescription général de six ans prévu à l’al. 3(1)f) de la *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, s’applique en l’espèce. Il est convenu que les dommages-intérêts dans l’action s’élèveraient à 25 000 \$. Les faits font aussi l’objet d’un énoncé conjoint des parties, y compris la mention spécifique que la cause du préjudice est la façon dont Fensom a conduit le véhicule. Si le pourvoi est accueilli, Heredi pourra poursuivre les intimés. Si le pourvoi est rejeté, elle pourra poursuivre les appelants. Nous devons déterminer si le préjudice subi par Heredi constitue des « dommages causés par un véhicule à moteur » au sens du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* et selon l’énoncé conjoint des faits.

III. Les dispositions législatives

Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1

[TRADUCTION] 88(1) Nul ne peut intenter une action en dommages-intérêts contre une personne pour des dommages causés par un véhicule à moteur après

- a) l’expiration d’un délai de douze mois à compter de la date où les dommages ont été subis.
- b) En cas de décès, l’action peut être intentée dans les délais prescrits par la *Fatal Accidents Act*.

Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15

[TRADUCTION] 3. — (1) Les actions suivantes doivent être intentées dans les délais respectifs ci-après mentionnés :

. . .

f) les actions :

- (i) en recouvrement de sommes d’argent, sauf à l’égard de dettes de nature immobilière, qu’elles soient recouvrables à titre de dette, de dommages-intérêts ou à tout autre titre, et qu’elles résultent d’une reconnaissance de dette, d’une obligation, d’un engagement ou de tout autre contrat formel ou simple, exprès ou implicite;

. . .

6

within six years after the cause of action arose;

dans un délai de six ans à compter de la naissance de la cause d'action;

IV. Judgments Below

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [2000] 3 W.W.R. 62

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [2000] 3 W.W.R. 62

7 The parties appeared before Scheibel J. on an application pursuant to Rule 188 of the *Queen's Bench Rules* to determine a question of law, stated as follows:

Les parties comparaissent devant le juge Scheibel pour demander, en vertu de la règle 188 de la Cour du Banc de la Reine, que soit tranchée la question de droit suivante :

Is the plaintiff's cause of action as the same is outlined in her statement of claim issued March 29, 1996, subject to s. 88(1) of *The Highway Traffic Act*, and thereby barred by virtue of the operation of the said s. 88(1), or alternatively, is the plaintiff's cause of action subject to s. 3(1)(f) of *The Limitation of Actions Act*?

[TRADUCTION] La cause d'action énoncée dans la déclaration que la demanderesse a produite le 29 mars 1996 est-elle prescrite par application du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act*, ou, subsidiairement, est-elle soumise à l'application de l'al. 3(1)f) de la *Limitation of Actions Act*?

8 The trial judge found that the question of whether the plaintiff's damage was "occasioned by a motor vehicle" within the meaning of s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* was the central issue. He considered himself bound by *Herbert v. Misuga* (1994), 116 Sask. R. 292 (C.A.), and *Pichler Ramsay Enterprises Ltd. v. T & T Trucking Ltd.* (1996), 144 Sask. R. 199 (C.A.). These cases confirmed that the decision of this Court in *Heppel v. Stewart*, [1968] S.C.R. 707, set out the general approach to the phrase, "damages occasioned by a motor vehicle".

Le juge conclut que la question centrale est de savoir si le préjudice subi par la demanderesse a été « causé par un véhicule à moteur » au sens du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act*. Il se considère lié par les arrêts *Herbert c. Misuga* (1994), 116 Sask. R. 292 (C.A.), et *Pichler Ramsay Enterprises Ltd. c. T & T Trucking Ltd.* (1996), 144 Sask. R. 199 (C.A.), qui confirment que la décision de notre Cour dans *Heppel c. Stewart*, [1968] R.C.S. 707, énonce l'interprétation générale applicable à l'expression « dommages causés par un véhicule à moteur ».

9 Following *Heppel*, Scheibel J. found that if a motor vehicle in some way brought about the damage complained of, whether or not a physical causal connection existed between the vehicle and the damage suffered, the limitation period from s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* applied. Three species of exceptions existed to this proposition. First, in cases of breach of contract, the limitation period had been held not to apply to common carriers using motor vehicles in the performance of their contracts of carriage: see *Bruell Float Service Ltd. v. Ontario Hydro*, [1976] 1 S.C.R. 9; *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174 (Alta. S.C.). Second, it had been held not to apply in a number of Ontario cases for breach of a contract for vehicle repair, where the motor vehicle was only the instrument through which an earlier breach or act of negligence caused damage. The third exception was where the motor vehicle was

Suivant l'arrêt *Heppel*, le juge Scheibel conclut que le délai de prescription du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* s'applique si les dommages en l'espèce ont été causés de quelque manière par un véhicule à moteur, qu'il y ait ou non un lien de causalité matériel entre le véhicule et les dommages subis. Cette règle comporte trois types d'exceptions. Premièrement, en cas de violation de contrat, on a jugé que le délai de prescription ne s'applique pas aux transporteurs publics se servant de véhicules à moteur dans l'exécution de leurs contrats de transport : voir *Bruell Float Service Ltd. c. Ontario Hydro*, [1976] 1 R.C.S. 9; *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. c. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174 (C.S. Alb.). Deuxièmement, plusieurs décisions ontariennes relatives à la violation d'un contrat de réparation de véhicule à moteur ont jugé qu'il ne s'applique pas lorsque le véhicule à moteur est seulement l'instrument par lequel la violation ou

operating as an apparatus rather than a vehicle, e.g., where a fuel truck was pumping fuel rather than acting as a fuel transport: see *F. W. Argue Ltd. v. Howe*, [1969] S.C.R. 354.

Scheibel J. concluded that the damage in this case was occasioned by a motor vehicle. The agreed statement of facts made plain that it was the negligent operation of the vehicle, not any negligence in the loading of the passenger, that caused the injury. As such, the situation fell within the general rule in *Heppel* and the action was prescribed by s. 88(1) of the *Highway Traffic Act*. The view that the case could be framed as a breach of an implied contractual term of safe passage could not overcome the agreed fact that it was the operation of the motor vehicle that caused the injury. Furthermore, the defendant Trailways was not a common carrier and thus not susceptible to that exception, since it was regulated by the *Motor Carrier Act*, S.S. 1986, c. M-21.2, removing it from the purview of the common law concept of common carriers.

Thus, Scheibel J. found that the action of the plaintiff against Trailways and Fensom was governed by s. 88(1) of the *Highway Traffic Act* and barred as filed more than one year after the accident.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, [2000] 9 W.W.R. 191

The Court of Appeal, *per* Sherstobitoff J.A., viewed the issue as turning on this Court's decisions in *Heppel*, *supra*, and *Bruell*, *supra*. While *Heppel* clearly set out a general approach to the language "damages occasioned by a motor vehicle", the trial judge was in error in regarding *Bruell* as applying only to common carriers. *Bruell* was, rather, decided on the basis that the action at issue sounded in contract rather than in tort. The true rule necessarily arrived at by considering *Heppel* and *Bruell* together was that actions in tort are subject to the *Highway Traffic Act* limitation, while actions in contract are not. In *Heppel*, this Court was silent with respect to

l'acte de négligence antérieurs ont causé les dommages. La troisième exception est le cas où le véhicule à moteur sert d'appareil plutôt que de véhicule, par exemple un camion-citerne servant à pomper le mazout plutôt qu'à le transporter : voir *F. W. Argue Ltd. c. Howe*, [1969] R.C.S. 354.

Le juge Scheibel conclut que les dommages en l'espèce ont été causés par un véhicule à moteur. L'exposé conjoint des faits indique clairement que la blessure résulte de la conduite négligente du véhicule, et non d'un acte de négligence dans la prise en charge de la passagère. La situation est donc assujettie à la règle générale de l'arrêt *Heppel* et l'action est prescrite en application du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act*. Le point de vue selon lequel on peut fonder l'action sur la violation de la condition contractuelle implicite de la sécurité du transport ne peut prévaloir sur le fait reconnu par les parties que la blessure résulte de la conduite du véhicule à moteur. En outre, la défenderesse Trailways n'est pas un transporteur public et ne peut donc pas invoquer cette exception, puisqu'elle est régie par la *Motor Carrier Act*, S.S. 1986, ch. M-21.2, qui l'exclut de l'application de la notion de common law de transporteur public.

En conséquence, le juge Scheibel conclut que l'action de la demanderesse contre Trailways et Fensom est régie par le par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* et qu'elle est prescrite parce qu'elle a été engagée plus d'un an après l'accident.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [2000] 9 W.W.R. 191

Selon le juge Sherstobitoff de la Cour d'appel, la question doit être résolue en fonction des arrêts *Heppel* et *Bruell*, précités, de notre Cour. Bien que *Heppel* énonce clairement l'interprétation générale de l'expression « dommages causés par un véhicule à moteur », le juge de première instance a fait une erreur en considérant que *Bruell* s'applique uniquement aux transporteurs publics. L'arrêt *Bruell* se fonde plutôt sur la conclusion que la cause d'action était de nature contractuelle, et non délictuelle. La vraie règle à laquelle mène inévitablement l'examen conjoint des arrêts *Heppel* et *Bruell* est que le délai de prescription de la *Highway Traffic Act* s'applique

10

11

12

the alternate claim in contract, while in *Bruell*, this Court was silent with respect to the alternate claim in tort.

aux actions délictuelles, et non aux actions contractuelles. Dans *Heppel*, la Cour ne dit rien au sujet de la demande contractuelle subsidiaire, et dans *Bruell*, elle ne dit rien au sujet de l'action délictuelle subsidiaire.

13 Therefore, Sherstobitoff J.A. allowed the appeal in part, finding for the court that the action in contract could proceed against Trailways and Fensom, but that an action in tort could not, as the latter was barred by s. 88(1) of the *Highway Traffic Act*.

En conséquence, le juge Sherstobitoff accueille l'appel en partie, concluant au nom de la Cour qu'une action contractuelle peut être intentée contre Trailways et Fensom, mais que toute action délictuelle contre eux est prescrite en vertu du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act*.

V. Analysis

V. Analyse

A. *Introduction*

A. *Introduction*

14 Section 88(1) of the *Highway Traffic Act* bars the bringing of an action for any “damages occasioned by a motor vehicle” after 12 months of the occurrence of the damages. The plaintiff in this case brought her action nearly two years after the accident. Therefore, if the damages that the plaintiff suffered are properly viewed as “damages occasioned by a motor vehicle”, her claim against the appellants cannot proceed.

En vertu du par. 88(1) de la *Highway Traffic Act*, toute action en dommages-intérêts pour « dommages causés par un véhicule à moteur » est prescrite par 12 mois à compter de la survenance du dommage. La demanderesse en l'espèce a intenté son action près de deux ans après l'accident. Par conséquent, si les dommages qu'elle a subis sont effectivement des « dommages causés par un véhicule à moteur », son action contre les appelants ne peut suivre son cours.

B. *Previous Consideration of “Damages Occasioned by a Motor Vehicle”*

B. *Examen antérieur de l'expression « dommages causés par un véhicule à moteur »*

15 The words, “damages occasioned by a motor vehicle”, constitute the standard phraseology used in the limitation periods provided by the various provincial Highway Traffic Acts, and have been the subject of a surprising amount of disagreement and confusion in the Canadian courts. This Court has been no exception. In that light, it is worthwhile to review briefly the state of the law and some of the attempts that have been made to deal with the disputed language.

« Dommages causés par un véhicule à moteur » est l'expression couramment utilisée dans les dispositions fixant les délais de prescription dans les divers codes de la route provinciaux, et elle a causé un degré surprenant de confusion et de désaccord parmi les tribunaux canadiens. Notre Cour ne fait pas exception. Par conséquent, il est utile d'examiner brièvement l'état du droit et diverses tentatives d'interprétation de l'expression en litige.

16 The phrase was first considered by this Court in the case of *Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. v. Anger*, [1940] S.C.R. 174. This case involved a claim for damages to a residence arising out of the operation of cement-mixing trucks. The cement mixers were stationed, on a daily basis for some months, on the street where the plaintiff resided. Over time, the vibrations caused by the repeated

Notre Cour examine l'expression pour la première fois dans *Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. c. Anger*, [1940] R.C.S. 174, une action en dommages-intérêts pour des dommages causés à une maison résultant de l'utilisation de camions malaxeurs de béton. Tous les jours pendant quelques mois, on avait stationné les camions dans la rue où résidait la demanderesse. Avec le temps,

engagement of the cement mixers caused some damage to the plaintiff's home. This Court cast the phrase "damages occasioned by a motor vehicle" very broadly. The majority, *per* Davis J., were of the view that the phrase was itself precise and unambiguous. So long as the damage was caused by a motor vehicle, the limitation applied. The result was concurred in by the remainder of the Court, all members of which agreed upon taking a broad view of the class of damages meant to be captured. The vibrations of the cement mixers through the course of their operation on and motion through the plaintiff's street were within the purview of the limitation period.

This Court again considered the issue, and reached a similar conclusion, in *Heppel*, *supra*. The plaintiff was a motorist and was rear-ended by another driver while she was stopped. It appeared that the defendant's brakes had been improperly repaired two or three days prior to the accident, and that this disrepair was the cause of a brake failure leading to the accident. The plaintiff attempted to join the mechanic as a co-defendant. Martland J., for the majority, found that the limitation applied, i.e., that the damages caused by the mechanic's alleged negligence were "damages occasioned by a motor vehicle". Following *Dufferin Paving*, *supra*, Martland J. found at pp. 709-10 that the section

does not purport to apply only to causes of action of a particular nature. It does not refer to the use or operation of a motor vehicle. It states specifically that *no action* shall be brought to recover damages occasioned by a motor vehicle. If a motor vehicle is the occasion for the damage, i.e., if it is the vehicle which brings it about, then the limitation period applies.

Judson J. dissented, however, on the interpretation of "damages occasioned by a motor vehicle". He would have, as the Court of Appeal had done, distinguished *Dufferin Paving* and found that the limitation period was really aimed at damages in relation to the use or operation of a motor vehicle. The suit against the mechanic was not related to such operation, but was for negligent repair.

les vibrations occasionnées par la mise en marche fréquente des malaxeurs à béton avaient causé certains dommages à la maison de la demanderesse. La Cour interprète « dommages causés par un véhicule à moteur » de manière très large. Le juge Davis, au nom de la majorité, exprime l'avis que l'expression est précise et non équivoque. Dès lors que les dommages ont été causés par un véhicule à moteur, le délai de prescription s'applique. Les autres juges souscrivent au résultat et acceptent tous de donner une interprétation large à la catégorie de dommages censés être visés. Le délai de prescription est appliqué à l'égard des vibrations des malaxeurs à béton utilisés ou circulant dans la rue de la demanderesse.

Dans *Heppel*, précité, la Cour examine à nouveau la question et parvient à une conclusion semblable. Un automobiliste emboutit l'arrière du véhicule de la demanderesse alors qu'elle est à l'arrêt. Il s'avère que les freins de l'automobile du défendeur n'ont pas été correctement réparés deux ou trois jours avant l'accident, et que leur mauvais état a causé la panne de freins qui est à l'origine de l'accident. La demanderesse essaie de mettre en cause le mécanicien comme codéfendeur. Le juge Martland, au nom de la majorité, conclut que le délai de prescription s'applique, c'est-à-dire que les dommages causés par la négligence alléguée du mécanicien sont des « dommages causés par un véhicule à moteur ». Suivant *Dufferin Paving*, précité, le juge Martland conclut (aux p. 709-710) que cette disposition

[TRADUCTION] n'est pas censée s'appliquer uniquement aux causes d'action d'une nature particulière. Elle ne se rapporte pas à l'utilisation ou à la conduite d'un véhicule à moteur. Elle indique expressément que nul ne peut intenter une action en dommages-intérêts pour des dommages causés par un véhicule à moteur. Si un véhicule à moteur est la cause des dommages, c.-à-d. s'il les occasionne, le délai de prescription s'applique.

Toutefois, le juge Judson est dissident sur l'interprétation de l'expression « dommages causés par un véhicule à moteur ». Comme la Cour d'appel, il aurait fait une distinction avec *Dufferin Paving* et conclu que la prescription visait les dommages découlant de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule à moteur. L'action contre le mécanicien se rapporte non pas à l'utilisation ou à la conduite

The *Highway Traffic Act*, in his view, was meant to govern the operation of motor vehicles, and the limitation period had to be interpreted in that light.

d'un véhicule à moteur, mais à sa négligence dans les travaux de réparation. À son avis, la *Highway Traffic Act* est censée régir la conduite des véhicules à moteur et le délai de prescription doit être interprété en conséquence.

19 Six months later, this Court again was called on to deal with the Ontario limitation in *Argue, supra*. The case involved a serious fire caused by the negligent operation of a fuel pump refilling the plaintiff's fuel oil tank in the basement of his pharmacy. The fuel pump was an integral part of the defendant's fuel truck, the vehicle being constructed in such a way as to allow the defendant to transport and deliver fuel oil to its customers without any additional equipment being necessary. A fire which destroyed the pharmacy and surrounding buildings was caused when the defendant overfilled the plaintiff's fuel oil tank. The defendant asserted that the action was limited by the *Highway Traffic Act*, as it had not been filed within the period for "damages occasioned by a motor vehicle".

Six mois plus tard, notre Cour examine de nouveau, dans *Argue*, précité, le délai de prescription de la loi ontarienne. Il s'agit d'un incendie important causé par l'utilisation négligente d'une pompe à mazout lors du remplissage du réservoir à mazout du demandeur, situé au sous-sol de sa pharmacie. La pompe à mazout fait partie intégrante du camion-citerne de la défenderesse, le véhicule étant construit de façon à lui permettre de transporter et de livrer le mazout à ses clients sans avoir besoin de matériel additionnel. L'incendie qui a détruit la pharmacie et des édifices avoisinants a résulté du fait que la défenderesse a trop rempli le réservoir à mazout du demandeur. La défenderesse prétend que l'action est prescrite par application de la *Highway Traffic Act*, parce qu'elle n'a pas été déposée dans le délai applicable aux « dommages causés par un véhicule à moteur ».

20 Spence J., speaking for the Court, distinguished the situation in *Dufferin Paving, supra*, finding that the case stood only for the proposition that "when damage is occasioned by a motor vehicle *used as such* whether that damage sounds in negligence or in nuisance or in breach of statutory regulations, the section is a bar to actions . . ." (p. 367 (emphasis in original)). When a motor vehicle was used in an aspect other than as a mode of conveyance, the limitation would not apply. This was consistent with *Heppel*, as well, since in *Heppel* the accident was caused by a motor vehicle in the course of traveling on a highway. Therefore, the action in *Argue* was found not to be barred by the limitation in the *Highway Traffic Act*.

Le juge Spence, au nom de la Cour, fait une distinction avec les faits de *Dufferin Paving*, précité, concluant que cet arrêt permet uniquement d'affirmer que [TRADUCTION] « la prescription vise toute action en dommages-intérêts pour des dommages causés par un véhicule à moteur *utilisé en tant que tel*, que la cause d'action soit la négligence, la nuisance ou l'inobservation de la réglementation » (p. 367 (en italique dans l'original)). Lorsqu'un véhicule à moteur est utilisé autrement que comme moyen de transport, le délai de prescription ne s'applique pas. Cette façon de voir est par ailleurs conforme à *Heppel*, puisque dans *Heppel* l'accident a été causé par un véhicule à moteur circulant sur une route. En conséquence, la Cour juge que l'action dans *Argue* n'est pas prescrite en application de la *Highway Traffic Act*.

21 This Court reviewed this issue a fourth time, in the case of *Bruell, supra*. The defendant was a common carrier, and contracted with the plaintiff to transport some machinery. In the course of transport, the defendant drove under a low bridge and damaged

Notre Cour examine la même question une quatrième fois, dans *Bruell*, précité. La défenderesse Bruell, un transporteur public, passe un contrat avec la demanderesse pour le transport de machines. En passant sous un pont peu élevé, le transporteur

the machinery. The defendant asserted, in defence of the claim brought against it, the limitation period in the *Highway Traffic Act*. Judson J. found, speaking for the Court, that the action for breach of contract was not barred by this limitation period. He agreed with the view of Estey J.A., in the Court of Appeal (*Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Bruell Float Service Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 108), that the legislature would have had to have been much clearer in its language than it had, if it meant to affect actions in contract “by reason only of the fact that a vehicle might be somehow involved in the performance of the contract” (p. 11).

The cases from this Court discussed above constitute the framework of the debate which has, subsequently, required the attention of a number of other courts. It has been clear since at least the decision in *Bruell* that some amount of inconsistency in approach exists among them. In *Bruell*, Judson J. specifically noted at p. 11 that:

The ratio of the judgment [in *Argue*] was that the damage was not caused by the use and operation of a motor vehicle but was caused by the use and operation of a pump mounted on the motor vehicle. There is undoubtedly an inconsistency between this judgment and the judgment in the *Heppel* case. The *Heppel* case had held that if a motor vehicle is the occasion for the damage, if it is the vehicle which brings it about, then the limitation period applies.

However, Judson J. also declined to resolve the inconsistency, as it was, in his view, unnecessary to do so in order to resolve the appeal before the Court at that time.

The trial and appellate courts which have had to consider the issue since *Bruell* have not had the same luxury. Accordingly, there have been a number of attempts made to resolve or account for the divergent approaches evident in the *Heppel* and *Dufferin Paving* line of cases and the *Bruell* and possibly the *Argue* line.

One such approach is that which the trial judge took in this case. On this view, *Heppel* sets out a general rule to which *Argue* and *Bruell* establish exceptions; these are, respectively, cases involving

endommage les machines. En défense à l'action intentée contre lui, le transporteur invoque le délai de prescription de la *Highway Traffic Act*. Le juge Judson, au nom de la Cour, conclut que ce délai ne rend pas irrecevable l'action pour violation de contrat. Il se dit d'accord avec l'opinion du juge Estey de la Cour d'appel (*Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Bruell Float Service Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 108) que le législateur aurait dû utiliser des termes beaucoup plus clairs s'il voulait viser les actions contractuelles « en raison du seul fait qu'un véhicule pourrait, de quelque façon, être impliqué dans l'exécution du contrat » (p. 11).

Les arrêts de notre Cour analysés ci-dessus constituent le cadre général du débat qui a retenu par la suite l'attention de plusieurs autres tribunaux. Il est clair depuis au moins l'arrêt *Bruell* qu'il existe un manque d'uniformité dans l'analyse de la question. Dans *Bruell*, le juge Judson note expressément (à la p. 11) :

Le principe de [l'arrêt *Argue*] était que le dommage n'avait pas été causé par l'usage et le fonctionnement d'un véhicule à moteur, mais plutôt par l'usage et le fonctionnement d'une pompe installée sur le véhicule à moteur. Il y a indubitablement contradiction entre cet arrêt et l'arrêt *Heppel*. Il avait été décidé dans l'affaire *Heppel* que si un véhicule à moteur est la cause du dommage, c'est-à-dire si c'est le véhicule qui l'occasionne, alors le délai de prescription s'applique.

Toutefois, le juge Judson refuse de résoudre cette contradiction, parce qu'à son avis, il n'est pas nécessaire de le faire pour trancher l'appel.

Les tribunaux de première instance et d'appel qui ont dû examiner cette question depuis *Bruell* n'ont pas eu le même luxe. En conséquence, plusieurs tentatives ont été faites pour résoudre ou expliquer les divergences qui ressortent, d'une part, du courant jurisprudentiel *Heppel* et *Dufferin Paving*, et, d'autre part, du courant jurisprudentiel *Bruell* et peut-être aussi *Argue*.

Le juge de première instance en l'espèce a adopté l'une de ces approches, à savoir que l'arrêt *Heppel* énonce la règle générale et que les arrêts *Argue* et *Bruell* y apportent des exceptions, l'une

22

23

24

the breach of contract for transport by a common carrier, and cases where the vehicle is not being used as a vehicle, but as a fuel pump, at the time of the damage being caused. While I admire the attempt of the trial judge, and the Saskatchewan Court of Appeal in *Herbert v. Misuga*, *supra*, and *Pichler Ramsay Enterprises*, *supra*, to reconcile difficult precedents, in my view this approach can no longer adequately account for the real conflict between the approaches variously taken by this Court. In my opinion, the rule in *Heppel* is so broad as to clearly encompass the situations in *Argue* and *Bruell*. Although the Court in *Argue* succeeded in drawing a distinction from *Heppel*, it did not set out to reduce the latitude of the *Heppel* approach on a principled basis. Furthermore, the Court specifically recognized in *Bruell* the inconsistency between these two interpretations of “damages occasioned by a motor vehicle”, even while adding a new twist to the series of interpretations.

visant la violation d'un contrat de transport par un transporteur public et l'autre l'utilisation d'un véhicule non comme véhicule mais comme pompe à mazout au moment où les dommages sont causés. Bien que j'admire cette tentative du juge de première instance en l'espèce et de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Herbert c. Misuga et Pichler Ramsay Enterprises*, précités, de concilier de difficiles précédents, j'estime que cette approche ne peut plus expliquer convenablement le conflit réel qui existe entre les divers points de vue adoptés par notre Cour. À mon avis, la règle de l'arrêt *Heppel* est tellement générale qu'elle s'applique clairement aux faits des affaires *Argue* et *Bruell*. La Cour réussit dans *Argue* à faire une distinction avec *Heppel*, mais elle ne cherche pas à circonscrire, sur le plan des principes, la latitude conférée dans *Heppel*. En outre, la Cour reconnaît expressément dans *Bruell* la contradiction existant entre les deux interprétations de l'expression « dommages causés par un véhicule à moteur », même en ajoutant une nouvelle facette à la série d'interprétations.

25 A second approach is exemplified by the Court of Appeal's judgment in this case. This view regards the decision in *Bruell* as standing for the proposition that actions framed in contract are not susceptible to limitation periods on actions for “damages occasioned by a motor vehicle”, that is, that only actions framed in tort will be so barred. Thus, the broad approach taken in *Heppel* applies to all actions brought in tort, but provided that a case is brought in contract, the limitation will never apply at all. This view rests largely upon certain comments of Estey J.A. in the Court of Appeal in *Bruell*, where he expressed the view that no principle of law “precludes a claim in contract only because an action in tort arises on the same facts” (p. 116).

L'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce illustre une deuxième approche, à savoir que l'arrêt *Bruell* permet d'affirmer que des actions ayant un fondement contractuel ne sont pas soumises à la prescription applicable aux actions en dommages-intérêts pour des « dommages causés par un véhicule à moteur »; autrement dit, seules les actions ayant un fondement délictuel y sont assujetties. En conséquence, l'approche générale adoptée dans *Heppel* s'applique à toutes les actions délictuelles, mais s'il s'agit d'une action contractuelle, le délai de prescription ne s'applique jamais. Ce point de vue repose en grande partie sur des commentaires du juge Estey de la Cour d'appel dans *Bruell*, où il exprime le point de vue qu'aucun principe de droit [TRADUCTION] « n'empêche d'intenter une action contractuelle au seul motif que les mêmes faits donnent naissance à une action délictuelle » (p. 116).

26 The same approach of regarding the cause of action as determinative was taken by Cory J. in the case of *Lebed v. Chrysler Canada Ltd.* (1979), 25 O.R. (2d) 161 (H.C.J.), which case was followed in *Byrne v. Goodyear Canada Inc.* (1981), 33 O.R. (2d) 800 (H.C.J.). This approach was also adopted

La même approche qui consiste à considérer la cause d'action comme étant déterminante est adoptée par le juge Cory dans *Lebed c. Chrysler Canada Ltd.* (1979), 25 O.R. (2d) 161 (H.C.J.), suivi dans *Byrne c. Goodyear Canada Inc.* (1981), 33 O.R. (2d) 800 (H.C.J.). Cette approche est également

in *Daviault v. Canadian Motorcycle Assn.* (1985), 49 O.R. (2d) 147 (H.C.J.). In *Lebed*, much the same as in *Heppel*, the plaintiffs were involved in a motor vehicle accident allegedly attributable to negligence in the manufacture of their vehicle. The plaintiffs sued both the manufacturer for negligence, and the automobile dealer for breach of contract and of the *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1970, c. 421. Cory J. decided that he was bound by *Heppel* to apply the limitation period in the *Highway Traffic Act* to the claim in negligence against the manufacturer. However, he concluded that the claim in contract against the dealer could proceed, on the same basis as the Court of Appeal did in this case: namely, that *Bruell* governed cases in contract, and *Heppel* only those in tort.

With great respect, once again, to the struggles of the courts below with this perplexing question, this is also not an adequate resolution of the meaning of “damages occasioned by a motor vehicle”. I am unable to conclude that the legislature, in drafting this provision, intended that all claims in tort, regardless of the true substance of the claim, should be within the purview of this limitation period merely because of the presence of a motor vehicle somewhere within the chain of causation leading to damage sustained. Conversely, I am not persuaded that the legislature would have regarded all claims in contract, however tendentiously framed, as beyond the limitation period’s reach. In so far as the courts below have had to deal with Supreme Court precedent from *Heppel* and *Bruell*, the approaches taken have been fair attempts to grapple with the difficulties created. But I cannot regard this statute as having created the bright line between actions in tort and in contract outlined in *Lebed* and in the Court of Appeal in the instant case.

There is, broadly speaking, a third approach that has been taken in a series of Ontario cases. An excellent example is found in *Clost v. Colautti Construction Ltd.* (1985), 52 O.R. (2d) 339 (H.C.J.), substantially followed in *Renaud v. OC Transpo*

adoptée dans *Daviault c. Canadian Motorcycle Assn.* (1985), 49 O.R. (2d) 147 (H.C.J.). Dans l’affaire *Lebed*, assez similaire à *Heppel*, les demandeurs ont eu un accident automobile qu’ils imputent à la négligence dans la fabrication de leur véhicule. Ils intentent une action pour négligence contre le fabricant et une action pour violation de contrat et manquement à la *Sale of Goods Act*, L.R.O. 1970, ch. 421, contre le concessionnaire d’automobiles. Le juge Cory s’estime tenu, en raison de l’arrêt *Heppel*, d’appliquer le délai de prescription de la *Highway Traffic Act* à l’action pour négligence intentée contre le fabricant. Cependant, il conclut que l’action contractuelle contre le concessionnaire peut suivre son cours pour la même raison que la Cour d’appel en l’espèce, savoir que *Bruell* régit les actions contractuelles et que *Heppel* s’applique uniquement aux actions délictuelles.

Avec grand respect, je le répète, pour les efforts déployés par les tribunaux pour résoudre cette question complexe, ceci n’est pas non plus une interprétation adéquate de « dommages causés par un véhicule à moteur ». Je suis incapable de conclure que le législateur, en adoptant cette disposition, voulait que toutes les actions délictuelles, indépendamment de leur fondement véritable, soient visées par la prescription qui y est prévue du simple fait de la présence d’un véhicule à moteur dans la chaîne causale menant aux dommages subis. À l’inverse, je ne suis pas convaincu que le législateur aurait considéré toutes les actions contractuelles, même spécieusement présentées comme telles, comme échappant à la prescription. Compte tenu des précédents établis par la Cour suprême dans *Heppel* et *Bruell*, les approches que les tribunaux ont adoptées constituent des tentatives honnêtes de régler les difficultés créées. Mais, je ne peux pas considérer que la loi en cause trace la ligne de démarcation nette entre les actions délictuelles et les actions contractuelles que décrivent l’arrêt *Lebed* et l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce.

Généralement parlant, je dirais qu’une troisième approche est suivie dans une série d’affaires ontariennes. On en trouve un excellent exemple dans *Clost c. Colautti Construction Ltd.* (1985), 52 O.R. (2d) 339 (H.C.J.), largement suivie dans *Renaud c.*

27

28

(1992), 9 O.R. (3d) 726 (Gen. Div.), and *Clark v. 449136 Ontario Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 658 (Gen. Div.). In *Clost*, the plaintiff, a child, accidentally rode his toy truck into the street, where he was struck and injured by a motor vehicle. The plaintiff sued the manufacturer of the toy truck in negligence, with no allegation of any contractual relationship. The toy manufacturer argued that the limitation period in the Ontario *Highway Traffic Act* barred the claim, as it was filed as against this defendant more than two years after the accident occurred. In concluding that this was not the type of claim the Act intended to prescribe, Osborne J. made the following observations at p. 345:

What filters through the Supreme Court of Canada's decisions in *Argue* and *Bruell* is the need to examine the substance of the claim being advanced, as opposed to simply considering what actually caused the damage complained of. . . . In my view, the intellectual exercise required must focus on the claim being made against the defendant seeking the protection of the *Highway Traffic Act* limitation period. What claim is being made against that defendant? That is a far different exercise than asking the simplistic question, how was this plaintiff injured? or, did a motor vehicle occasion the physical injury referred to as the basis for the plaintiff's damage claims?

29 In that light, Osborne J. concluded that the substance of the claim against the toy manufacturer had nothing to do with a motor vehicle. The presence of a motor vehicle in the chain of causation was simply incidental to the essence of the claim. Therefore, he found that s. 180(1) of the Ontario *Highway Traffic Act* could not be relied on by the defendant.

30 What *Clost* attempts to make clear is that the mere fact that a claim is made in tort or in contract is not determinative. The action against the toy manufacturer was a products liability claim in tort. However, the action was so far removed from the involvement of a motor vehicle that Osborne J. could not have reasonably regarded the case as within the intended field of operation of the *Highway Traffic Act* limitation. Osborne J., instead of relying completely on the tort-contract dichotomy emanating from *Lebed's*

OC Transpo (1992), 9 O.R. (3d) 726 (Div. gén.), et *Clark c. 449136 Ontario Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 658 (Div. gén.). Dans *Clost*, le demandeur, un enfant, s'est accidentellement retrouvé dans la rue en s'amusant avec son camion jouet, où il a été heurté et blessé par un véhicule à moteur. Le demandeur intente une action pour négligence contre le fabricant du camion jouet, sans alléguer de relation contractuelle. Le fabricant du jouet soutient que la prescription du *Code de la route* de l'Ontario rend l'action irrecevable, parce qu'elle a été engagée contre lui plus de deux ans après l'accident. En concluant que le délai de prescription prévu par le Code n'est pas censé s'appliquer à ce type d'action, le juge Osborne fait les observations suivantes (à la p. 345) :

[TRADUCTION] Ce qui ressort des décisions *Argue* et *Bruell* de la Cour suprême du Canada, c'est la nécessité d'examiner le fond de l'action intentée au lieu de seulement ce qui a causé les dommages dont on se plaint. [. . .] À mon avis, l'exercice intellectuel requis doit être axé sur l'action intentée contre le défendeur se réclamant de la protection de la prescription prévue dans le *Code de la route*. Quelle sorte d'action est intentée contre le défendeur? Il s'agit d'un exercice très différent de celui de se poser la question simpliste de savoir comment le demandeur a été blessé. Ou encore, le préjudice corporel qui fonde son action en dommages-intérêts a-t-il été causé par un véhicule à moteur?

Dans cette optique, le juge Osborne conclut que l'action intentée contre le fabricant du jouet n'a rien à voir quant au fond avec un véhicule à moteur. La présence d'un véhicule à moteur dans la chaîne de causalité est simplement accessoire à l'essence de l'action. Il conclut donc que la défenderesse ne peut invoquer le par. 180(1) du *Code de la route* de l'Ontario.

La décision *Clost* tente d'expliquer que le simple fait qu'une action se présente comme délictuelle ou comme contractuelle n'est pas déterminant. L'action contre le fabricant du jouet est une action délictuelle fondée sur la responsabilité du fait du produit. Cependant, elle n'a tellement rien à voir avec un véhicule à moteur que le juge Osborne ne peut raisonnablement considérer que le délai de prescription du *Code de la route* est censé s'y appliquer. Plutôt que de s'en remettre entièrement à la

reconciliation of the conflicting cases in this Court, took a substantive approach to the interpretation of “damages occasioned by a motor vehicle”, and thus to the application of this type of limitation period. Although the decision in *Clost* does not so clearly follow from or accommodate the jurisprudence of this Court, I am of the view that there is substantial merit to the sort of approach Osborne J. took, which I shall now discuss.

C. *The Proper Approach to “Damages Occasioned by a Motor Vehicle”*

In my view, it is time for this Court to depart from the sharp distinction that has, in the opinion of some courts, been created by the effect of *Heppel* and *Bruell* between cases framed in contract and cases framed in tort. The legislation aims to have a reasonably wide effect and does not distinguish between these divergent forms of action. It says, simply, “[n]o action may be brought against a person for the recovery of damages occasioned by a motor vehicle” after the expiry of the limitation period (emphasis added).

At the same time, I would depart from the view expressed most forcefully in *Heppel* that, “[i]f a motor vehicle is the occasion for the damage, i.e., if it is the vehicle which brings it about, then the limitation period applies” (p. 710). In so far as this has been taken to be the core of the *Heppel* decision, that the presence of a motor vehicle in the chain of causation leading to damages for which the action is brought is sufficient to invoke the limitation, I think it must be said that *Heppel* should no longer be considered the law.

To deal with this issue, we must instead recognize the difficulty of setting out ironclad rules in the interpretation of this type of provision. The true intent of the legislature has often been left to the side in the debate over the phrase here in issue. The following comments made by the Court of Appeal in *Heppel*, and cited approvingly at p. 712 by the dissenting judge in this Court, remain relevant, in my opinion:

dichotomie délit civil-contrat née de la conciliation, dans *Lebed*, d’arrêts contradictoires de notre Cour, le juge Osborne fait une analyse au fond pour l’interprétation de l’expression « dommages causés par un véhicule automobile » et, partant, pour l’application de ce type de prescription. Bien que *Clost* ne suive pas la jurisprudence de notre Cour et ne concorde pas réellement avec elle, j’estime valable l’approche proposée par le juge Osborne, que je vais maintenant analyser.

C. *La façon d’aborder l’expression « dommages causés par un véhicule à moteur »*

À mon avis, le temps est venu pour la Cour de se distancier de la distinction radicale entre les actions ayant un fondement contractuel et celles ayant un fondement délictuel, qui, de l’avis de certains tribunaux, découle des arrêts *Heppel* et *Bruell*. La loi est censée avoir une application assez étendue et n’établit pas de distinction entre ces différents types d’actions. Elle dit simplement que « [n]ul ne peut intenter une action en dommages-intérêts contre une personne pour des dommages causés par un véhicule à moteur » après l’expiration du délai de prescription (je souligne).

Il serait également temps d’écarter le point de vue vigoureusement exprimé dans *Heppel*, selon lequel « [s]i un véhicule à moteur est la cause des dommages, c.-à-d. s’il les occasionne, le délai de prescription s’applique » (p. 710). Dans la mesure où on a considéré comme étant l’essence de l’arrêt *Heppel* que la présence d’un véhicule à moteur dans la chaîne de causalité menant aux dommages pour lesquels l’action est intentée suffit pour invoquer la prescription, j’estime qu’il faut dire que *Heppel* ne correspond plus à l’état du droit.

Pour traiter la question, nous devons plutôt reconnaître la difficulté d’établir des règles à toute épreuve dans l’interprétation de ce type de disposition. Dans le débat sur l’expression en cause, l’intention véritable du législateur a souvent été mise de côté. À mon avis, les commentaires suivants de la Cour d’appel dans *Heppel*, puis cités avec approbation par le juge dissident de notre Cour dans cette affaire (à la p. 712), demeurent pertinents :

31

32

33

The *Highway Traffic Act* regulates the use and operation of motor vehicles and I think that the scope of s. 147(1) consistently with its setting in the Act, is limited to cases in which damage is occasioned as the result of the use or operation of a motor car

While I do not wish to simply substitute a new test of whether the damage has been caused by the “use or operation” of a motor vehicle, I agree that the scope of the *Highway Traffic Act* must be kept in mind. The Act does not mean to regulate every aspect of contractual and delictual liability. It means to regulate highway traffic. While there may be instances in which a motor vehicle might be the central player in the causation of damages while not engaged in travelling on a highway, these instances will be somewhat rare.

34 Thus, in order to determine whether an action is for “damages occasioned by a motor vehicle”, and thus subject to the *Highway Traffic Act* limitation period, a substantive approach ought to be taken. The nature of the facts and the nature of the action ought to be considered together in order to make a determination as to the fundamental nature of the action. Are the damages sought to be recovered in the action, in their essence, damages that were occasioned by a motor vehicle? In light of the way in which the action is framed, and the facts giving rise to the damages claimed, is the action one that could be primarily classified as an action for damages occasioned by a motor vehicle? If the role of the motor vehicle in the causal chain is too insignificant, as in *Argue*, or if the causal chain is itself not the most illuminative way to characterize the claim, as in *Bruell* or as in *Clost*, the action ought not be regarded as subject to the limitation. If, on the other hand, the dominant feature of the damages is their relation to a motor vehicle accident, the limitation period ought to be applied.

35 In other words, the true intent of the statute is that “damages occasioned by a motor vehicle” requires that the presence of a motor vehicle be the dominant feature, or constitute the true nature, of the claim. Conversely, claims, whether framed in contract or in tort, where the presence of a motor vehicle is a fact

[TRANSLATION] La *Highway Traffic Act* régit l’utilisation et la conduite des véhicules à moteur, et j’estime que la portée du par. 147(1), vu sa place dans la loi, se limite aux cas où le dommage résulte de l’utilisation ou de la conduite d’un véhicule à moteur

Sans vouloir introduire un nouveau critère servant à déterminer si les dommages ont été causés par « l’utilisation ou la conduite » d’un véhicule à moteur, je conviens qu’il faut garder à l’esprit la portée de la *Highway Traffic Act*. Cette loi n’est pas censée régir tous les aspects de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Elle est censée réglementer la circulation routière. Il peut y avoir des cas où un véhicule à moteur ne circulant pas sur une route soit la cause principale de dommages, mais ces cas sont assez rares.

En conséquence, pour déterminer si une action se rapporte à des « dommages causés par un véhicule à moteur » et est donc soumise au délai de prescription de la *Highway Traffic Act*, il faut procéder à une analyse substantielle. Pour déterminer la nature fondamentale de l’action, il faut examiner conjointement la nature des faits et la nature de l’action. Les dommages pour lesquels on demande des dommages-intérêts sont-ils essentiellement des dommages causés par un véhicule à moteur? Compte tenu de la façon dont l’action est présentée et des faits qui ont donné naissance à la demande de dommages-intérêts, peut-on classer l’action comme étant principalement une action résultant de dommages causés par un véhicule à moteur? Si le rôle du véhicule à moteur dans la chaîne de causalité est trop insignifiant, comme dans *Argue*, ou si la chaîne de causalité n’est pas la façon la plus éclairée de qualifier l’action, comme dans *Bruell* et dans *Clost*, il faut considérer que le délai de prescription ne s’applique pas à l’action. Si par contre la caractéristique dominante des dommages est d’être liés à un accident automobile, la prescription doit s’appliquer.

Autrement dit, suivant l’intention véritable du législateur, l’expression « dommages causés par un véhicule à moteur » exige que la présence du véhicule à moteur constitue la caractéristique dominante ou la nature véritable de l’action. À l’inverse, que le fondement de l’action soit contractuel

ancillary to the essence of the action, ought not be regarded as within the scope of that phrase.

In many ways, the decided cases tend to the application of this principle in the result, although the principles they express may differ. In *Dufferin Paving*, the fact that the damage sued on was exclusively and directly caused by the operation of heavy cement mixers driving up and down the street characterizes the claim as, in essence, a claim about damages occasioned by a motor vehicle. *Heppel*, while perhaps closer to the line, involved the collision of two automobiles, and this clearly overwhelmed the fact that the action was brought against a mechanic in contract. By contrast, the cases going the other way tend to emphasize the ancillary role of the motor vehicle. In *Argue* the motor vehicle was merely an instrument upon which the stationary fuel pump that caused the eventual damage was conveyed. In *Bruell*, which is probably as close to the line as was *Heppel*, the essence of the claim was regarded as failure to deliver goods. The fact that a motor vehicle was involved in the performance was ancillary to this contract. The same can be said of the facts in *Clost*, *Clark*, *Daviault*, and most of the other decided cases.

In the light of the substantive approach herein adopted, it can also be seen that there will be some claims in contract that the statute will bar. Where a claim brought in contract is, essentially, an attempt to frame what is really a tort action in terms that mean to evade the operation of the limitation period, the period will operate nevertheless. Although there are a number of legitimate reasons to frame an action in both contract and in tort, with sufficient ingenuity almost any action in tort can be artificially converted into an action in contract by hypothesizing an implied contract with implied terms. Where the framing of the action in contract is a tendentious characterization of this sort, a court must not be afraid to interfere with alleged contract rights. While I agree in principle with the view expressed by Estey J.A. in *Bruell* that Parliament would have had to manifest a very clear intention to interfere with rights in contract by this section, this is no license to

ou délictuel, si la présence du véhicule à moteur est un fait accessoire, l'action n'est pas visée par cette expression.

À bien des égards, les décisions rendues jusqu'ici tendent à ce résultat, bien que les énoncés de principe aient pu différer. Dans *Dufferin Paving*, le fait que le préjudice qui fondait l'action résultait exclusivement et directement du fonctionnement de gros malaxeurs à béton circulant dans la rue permet de qualifier l'action comme se rapportant essentiellement à des dommages causés par un véhicule à moteur. Dans *Heppel*, bien qu'il s'agisse peut-être d'un cas plus limite, l'action visait une collision entre deux automobiles, ce qui a clairement occulté le fait que l'action était intentée contre un mécanicien sur la base d'un contrat. Au contraire, les cas qui vont dans l'autre sens tendent à mettre l'accent sur le rôle accessoire du véhicule à moteur. Dans *Argue*, le véhicule à moteur n'était que l'instrument qui transportait la pompe à mazout fixe qui a causé les dommages. Dans *Bruell*, qui est probablement un cas aussi limite que *Heppel*, le défaut de livrer les marchandises était considéré l'essence de l'action. La présence du véhicule à moteur était accessoire à l'exécution du contrat. On peut dire la même chose des faits dans *Clost*, *Clark* et *Daviault*, et la plupart des autres décisions.

Selon l'analyse substantielle adoptée en l'espèce, on peut voir aussi que la loi rendra irrecevables certaines actions contractuelles. Lorsqu'une action contractuelle est en réalité une tentative de présenter une action délictuelle de façon à la soustraire au délai de prescription, celui-ci s'appliquera quand même. S'il existe maintes raisons légitimes d'intenter une action sur un fondement à la fois contractuel et délictuel, presque toute action délictuelle peut être transformée artificiellement, avec suffisamment d'ingéniosité, en une action contractuelle en énonçant l'hypothèse d'un contrat implicite comportant des conditions implicites. Lorsqu'une action est présentée de façon aussi spécieuse comme une action contractuelle, les tribunaux ne doivent pas hésiter à intervenir à l'égard de ces prétendus droits contractuels. Je souscris en principe à l'opinion, exprimée par le juge Estey dans *Bruell*, que s'il voulait que cette disposition touche les droits contractuels le

frame actions in a less than natural manner merely to avoid the section's operation.

législateur aurait dû exprimer très clairement son intention, mais cela n'autorise pas à caractériser une action de façon artificielle dans le seul but de la soustraire à son application.

38 It is also clear that there are claims in tort which this section will not catch, as was the case in *Clost*. A party whose negligence leads to injury or damages should not be given the advantage of this period merely because that party had the good fortune of having the eventual damage proximately caused by a third-party motorist. It is true, of course, that where a motor vehicle is the immediate cause of the damage most actions in tort will be barred and most actions in contract will not. But in either case, the true question that must be asked is a question of what the essence of the claim really is.

Il est également clair que, comme dans le cas de *Clost*, cette disposition ne s'appliquera pas à certaines actions délictuelles. Une partie dont la négligence a occasionné une blessure ou des dommages ne devrait pas bénéficier de la prescription du simple fait que, par un heureux hasard pour elle, c'est un véhicule à moteur conduit par une tierce partie qui a été la cause immédiate des dommages. Il est vrai, bien entendu, que lorsqu'un véhicule à moteur est la cause immédiate des dommages, la plupart des actions délictuelles seront irrecevables alors que la plupart des actions contractuelles ne le seront pas. Mais dans les deux cas, il faut se demander quelle est véritablement l'essence de l'action.

39 The characterization of the claim is a matter best suited to the trial judge's position. The trial judge should exercise his discretion in deciding upon which factors, in a particular case, are the most relevant to the essential characterization. Generally both the cause of action itself and the facts surrounding the damages will be the most relevant. In carrying out this process, judges should also regard the decided cases as illuminative of what sort of actions fall within the statute's purview. For instance, I would not depart from the process followed in, e.g., *Argue* of also asking whether the motor vehicle is acting in the character of a motor vehicle, as it were, or whether its nature as a motor vehicle is quite irrelevant to the essence of the action.

Le juge de première instance est le mieux placé pour caractériser l'action. Il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour choisir quels facteurs dans un cas donné sont les plus pertinents pour caractériser l'essence de l'action. Généralement, la cause d'action et les faits relatifs aux dommages sont les facteurs les plus pertinents. Dans son analyse, le juge devrait également considérer la jurisprudence pour déterminer quel type d'action est visé par la loi. Par exemple, je ne dérogerais pas au processus suivi notamment dans *Argue* qui consiste à se demander également si le véhicule à moteur sert de véhicule à moteur en tant que tel ou si sa nature de véhicule à moteur est au contraire sans pertinence quant à l'essence de l'action.

D. *Application to this Appeal*

D. *Application en l'espèce*

40 In this appeal, the parties stipulated in their Agreed Statement of Facts that Fensom operated the bus "in such a manner as to cause the plaintiff's crutches to jar her right shoulder, thereby causing injury". The plaintiff framed her action both as a tort claim and a contract claim.

Dans le présent pourvoi, les parties disent dans leur exposé conjoint des faits que Fensom a conduit l'autobus « d'une façon telle que la demanderesse est blessée par les béquilles qui lui frappent l'épaule droite ». La demanderesse a présenté son action tant comme action délictuelle que comme action contractuelle.

41 In view of the parties' stipulation, it is clear that the direct cause of the injury was the operation of a motor vehicle. It is also true that the defendant

Compte tenu de l'affirmation des parties, il est clair que la cause immédiate de la blessure est la conduite d'un véhicule à moteur. Il est vrai aussi

Fensom secured the plaintiff's crutches between her underarm and the wheel well of the bus in a way that might also have been considered negligent. However, the potential negligence of this manner of seating the plaintiff would never have caused damage either, except for the fact that she was being seated in a motor vehicle, and that this motor vehicle would soon begin to move and to jar the occupants as the vehicle encountered bumps and other flaws in the road.

The contract between the plaintiff and Trailways was alleged to contain an implied term of safe passage. I would note immediately that this alleged implied term itself is directly contingent on the proper operation of a motor vehicle. In other words, most of the imaginable breaches of this implied term would of necessity be "damages occasioned by a motor vehicle", save perhaps accidents occurring while the driver was assisting the plaintiff down the sidewalk or into her home. In any event, it appears to me that the purpose of this alleged implied term is to transfer what is, in essence, a tort claim into the realm of contract law. A term of safe passage is not unusual or inappropriate, but in the context of the facts of this case, it amounts to an attempt to find a contractual obligation to act in accordance with the standard of care.

With respect to each claim, then, the dominant feature of the facts is that the damage here was caused by a motor vehicle. The presence of the vehicle was not in any way ancillary to the damage complained of. Instead, it was the very operation of the motor vehicle itself that, by the parties' mutual admission, centrally caused the damage. The alternative cause — the placement of the plaintiff's crutches — is so highly contingent on the context of the plaintiff's presence in a motor vehicle about to engage in motion, that I can find no distinction of significance there. In my view, therefore, the claims brought by the plaintiff are claims for "damages occasioned by a motor vehicle".

que le défendeur Fensom a placé les béquilles de la demanderesse entre son aisselle et le passage de roue d'une manière qui pourrait également être considérée négligente. Cependant, cette possible négligence dans la façon d'installer la demanderesse n'aurait jamais causé les dommages si la demanderesse n'avait pas été assise dans un véhicule à moteur qui a été mis en marche peu après et a violemment secoué les passagers sur les cahots de la route.

On allègue que le contrat entre la demanderesse et Trailways contenait la condition implicite qu'elle serait transportée en sécurité. Je noterais immédiatement que cette prétendue condition implicite dépend directement de la conduite appropriée du véhicule à moteur. Autrement dit, la plupart des violations imaginables de cette condition implicite donneraient nécessairement lieu à des « dommages causés par un véhicule à moteur », à l'exception peut-être d'accidents survenant quand le conducteur aide la passagère à descendre sur le trottoir ou à rentrer chez elle. Quoi qu'il en soit, j'estime que cette prétendue condition implicite vise à transférer ce qui est essentiellement une action délictuelle dans le domaine contractuel. Une condition de transport en sécurité n'est pas inhabituelle ou inappropriée, mais dans le contexte des faits de l'espèce, elle équivaut à une tentative de donner un fondement contractuel à l'obligation d'agir avec toute la diligence appropriée.

La caractéristique dominante des faits de chacune des actions est que les dommages en l'espèce ont été causés par un véhicule à moteur. La présence du véhicule n'était en aucune façon accessoire au dommage dont on se plaint. Au contraire, les parties conviennent que c'est la conduite même du véhicule à moteur qui est la cause principale des dommages. La cause subsidiaire des dommages — la façon dont ont été placées les béquilles de la demanderesse — est tellement liée au contexte de la présence de la demanderesse dans un véhicule à moteur qui va être mis en marche, que je ne peux trouver aucune distinction importante en l'espèce. À mon avis, les actions intentées par la demanderesse se rapportent donc à des « dommages causés par un véhicule à moteur ».

42

43

VI. Conclusion

44

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, and answer the stated question by finding that s. 88(1) of the Saskatchewan *Highway Traffic Act* applies to the plaintiff's case against the appellants Fensom and Trailways. The appellants will have their costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Saskatchewan Government Insurance, Regina.

Solicitor for the respondents: Saskatchewan Lawyer's Insurance Association, Regina.

VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de répondre à la question énoncée en concluant que le par. 88(1) de la *Highway Traffic Act* de la Saskatchewan s'applique à l'action qu'a intentée la demanderesse contre les appelants Fensom et Trailways. Les appelants ont droit aux dépens devant notre Cour et devant toutes les autres instances.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Saskatchewan Government Insurance, Regina.

Procureur des intimés : Saskatchewan Lawyer's Insurance Association, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Antonio Portante *Respondent***INDEXED AS: R. v. PERCIBALLI****Neutral citation: 2002 SCC 51.**

File No.: 28628.

2002: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 346, 146 O.A.C. 1, 154 C.C.C. (3d) 481, [2001] O.J. No. 1712 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for robbery and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Scott C. Hutchison, for the appellant.*Philip Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCLACHLIN C.J. — This is an appeal as of right. We are all of a view to dismiss the appeal, substantially for the reasons of Charron J.A. in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Antonio Portante *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. PERCIBALLI****Référence neutre : 2002 CSC 51.**

N° du greffe : 28628.

2002 : 11 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 346, 146 O.A.C. 1, 154 C.C.C. (3d) 481, [2001] O.J. No. 1712 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Scott C. Hutchison, pour l'appelante.*Philip Campbell*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF MCLACHLIN — Le présent appel a été interjeté de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés par madame le juge Charron de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

The Attorney General of Quebec *Applicant*

v.

R.C. *Respondent*

and

The Minister of Justice *Mis en cause*

and between

The Attorney General of Quebec *Applicant*

v.

**Sébastien Beauchamps, Kenny Bédard,
Normand Bélanger, Francis Boucher,
André Couture, Éric Fournier, Stéphane
Jarry, Vincent Lamer, Sylvain Moreau,
Ronald Paulin, Dany St-Pierre and Pierre
Toupin** *Respondents*

and

The Minister of Justice *Mis en cause*

**INDEXED AS: R.C. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL);
R. v. BEAUCHAMPS**

Neutral citation: 2002 SCC 52.

File Nos.: 28923, 29121.

Hearing and judgment: May 13, 2002.

Reasons delivered: June 20, 2002.

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

APPLICATIONS FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeal re costs — Counsel's fees — Quebec Superior Court judgments ordering Attorney General of province to pay defence counsel's fees and disbursements for trials already underway or to begin shortly — Whether Attorney General can appeal judgments directly to Supreme Court of Canada — Definition

Le procureur général du Québec *Demandeur*

c.

R.C. *Intimé*

et

Le ministre de la Justice *Mis en cause*

et entre

Le procureur général du Québec *Demandeur*

c.

**Sébastien Beauchamps, Kenny Bédard,
Normand Bélanger, Francis Boucher,
André Couture, Éric Fournier, Stéphane
Jarry, Vincent Lamer, Sylvain Moreau,
Ronald Paulin, Dany St-Pierre et Pierre
Toupin** *Intimés*

et

Le ministre de la Justice *Mis en cause*

**RÉPERTORIÉ : R.C. c. QUÉBEC (PROCUREUR
GÉNÉRAL); R. c. BEAUCHAMPS**

Référence neutre : 2002 CSC 52.

N^{os} du greffe : 28923, 29121.

Audition et jugement : 13 mai 2002.

Motifs déposés : 20 juin 2002.

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

DEMANDES D'AUTORISATION D'APPEL

Droit criminel — Appel quant aux frais — Honoraires des avocats — Jugements de la Cour supérieure du Québec ordonnant au procureur général de la province de payer les honoraires et les débours des avocats de la défense pour des procès déjà en cours ou qui débiteront prochainement — Le procureur général peut-il interjeter

of “costs” in s. 676.1 of *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

In criminal cases, judges of the Quebec Superior Court ordered the Attorney General of the province to pay defence counsel’s future professional fees based on tariffs or eligibility criteria that are contrary to those of the legal aid plan in effect in Quebec. In the event the fees were not paid, the decisions directed a stay of proceedings. The Attorney General agreed to pay the fees directed in the decisions, but reserved his rights. He then filed applications for leave to appeal from those decisions directly to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, arguing that there are no provisions in the *Criminal Code* that allow him to appeal to the Court of Appeal.

Held: The applications for leave to appeal should be referred to the Quebec Court of Appeal.

A direct appeal does not lie to this Court since s. 676.1 of the *Criminal Code* provides for an appeal from the type of decision made by the Superior Court, with leave, to an intermediate court of appeal. The term “costs” in s. 676.1 covers not only the payment of disbursements and fees incurred in the course of proceedings and interlocutory matters in the courts that have already concluded but also obligations to make future payments imposed by judicial decision. The applications must therefore be referred to the Court of Appeal so that it may dispose of them under s. 676.1.

Cases Cited

Referred to: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Cole* (2000), 143 C.C.C. (3d) 417; *R. v. LeBlanc*, [1999] N.S.J. No. 179 (QL); *R. v. Pottier*, [1999] N.S.J. No. 95 (QL); *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676, 676.1 [ad. 1997, c. 18, s. 94], 784.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 94.
Legal Aid Act, R.S.Q., c. A-14.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; am. 1990, c. 8, s. 37].

appel de ces jugements directement à la Cour suprême du Canada? — Définition du mot « frais » à l’art. 676.1 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Dans des affaires criminelles, des juges de la Cour supérieure du Québec ordonnent au procureur général de la province de payer les honoraires professionnels à venir des avocats de la défense selon des barèmes ou des conditions d’admissibilité qui dérogent au régime d’aide juridique en vigueur au Québec. Faute de paiement de ces honoraires, les décisions prévoient un arrêt des procédures. Sous réserve de ses droits, le procureur général accepte de payer les honoraires fixés par les décisions. Il dépose ensuite des demandes d’autorisation d’appel contre ces décisions directement à notre Cour en vertu de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, alléguant qu’aucune disposition du *Code criminel* ne lui permet un appel devant la Cour d’appel.

Arrêt: Les demandes d’autorisation d’appel sont déferées à la Cour d’appel du Québec.

L’appel direct à notre Cour est irrecevable puisque l’art. 676.1 du *Code criminel* prévoit un appel sur autorisation à une cour d’appel intermédiaire à l’égard du type de décisions rendues par la Cour supérieure. Le mot « frais » à l’art. 676.1 vise non seulement le paiement des débours et honoraires engagés dans le cadre de débats et d’incidents judiciaires qui sont terminés, mais aussi les obligations de paiements futurs imposées par des décisions judiciaires. Les requêtes doivent donc être déferées à la Cour d’appel pour qu’elle en dispose sous l’autorité de l’art. 676.1.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Cole* (2000), 143 C.C.C. (3d) 417; *R. c. LeBlanc*, [1999] N.S.J. No. 179 (QL); *R. c. Pottier*, [1999] N.S.J. No. 95 (QL); *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676, 676.1 [aj. 1997, ch. 18, art. 94], 784.
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18, art. 94.
Loi sur l’aide juridique, L.R.Q., ch. A-14.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

Authors Cited

Crane, Brian, and Henry Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Toronto: Carswell, 1999.

APPLICATIONS FOR LEAVE TO APPEAL from decisions of the Quebec Superior Court, [2001] R.J.Q. 2294, [2001] Q.J. No. 3814 (QL), and [2002] R.J.Q. 375, [2002] Q.J. No. 95 (QL). Applications referred to the Quebec Court of Appeal.

Daniel Grégoire and *Gilles Laporte*, for the applicant in the *R.C.* application.

Pierre Gagnon, for the respondent in the *R.C.* application.

Daniel Grégoire, *Gilles Laporte*, *Patrice Peltier-Rivest* and *Sébastien Bergeron-Guyard*, for the applicant in the *Beauchamps* application.

Christian Desrosiers and *Alexandre Boucher*, for the respondents in the *Beauchamps* application.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ The applications for leave to appeal from the judgments of the Superior Court of Quebec in these two cases were joined for hearing. Those judgments ordered the Attorney General of Quebec to pay defence counsel's professional fees, on terms, or based on tariffs or eligibility criteria, that are contrary to those of the legal aid plan in effect in Quebec under the *Legal Aid Act*, R.S.Q., c. A-14. In the leave applications, the Attorney General argued that a direct appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is the only remedy available to him.

² Before considering the applications for leave to appeal, this Court decided to hear the parties in order to determine whether there were other avenues of appeal to an intermediate court of appeal, and accordingly whether a direct appeal lay to this

Doctrine citée

Crane, Brian, and Henry Brown. *Supreme Court of Canada Practice 2000*. Toronto : Carswell, 1999.

DEMANDES D'AUTORISATION D'APPEL contre des décisions de la Cour supérieure du Québec, [2001] R.J.Q. 2294, [2001] J.Q. n° 3814 (QL), et [2002] R.J.Q. 375, [2002] J.Q. n° 95 (QL). Demandes déferées à la Cour d'appel du Québec.

Daniel Grégoire et *Gilles Laporte*, pour le demandeur dans l'affaire *R.C.*

Pierre Gagnon, pour l'intimé dans l'affaire *R.C.*

Daniel Grégoire, *Gilles Laporte*, *Patrice Peltier-Rivest* et *Sébastien Bergeron-Guyard*, pour le demandeur dans l'affaire *Beauchamps*.

Christian Desrosiers et *Alexandre Boucher*, pour les intimés dans l'affaire *Beauchamps*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Dans ces deux dossiers, des requêtes en autorisation de pourvoi contre des jugements de la Cour supérieure du Québec ont été réunies pour audition. Ces jugements ont ordonné au procureur général du Québec de payer des honoraires professionnels des avocats de la défense, selon des modalités, des barèmes ou des conditions d'admissibilité qui dérogent au régime d'aide juridique en vigueur au Québec en vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., ch. A-14. Dans ces demandes d'autorisation, le procureur général soutient que l'appel direct à notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, constitue la seule voie de recours qui lui soit offerte.

Avant d'étudier les requêtes en autorisation de pourvoi, notre Cour a décidé d'entendre les parties pour examiner s'il existait d'autres voies d'appel devant une cour d'appel intermédiaire et, partant, si un appel direct devant elle était recevable. À

Court. At the conclusion of the hearing, this Court unanimously held that s. 676.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provided for an appeal from the type of decision made by the Superior Court, with leave, to an intermediate court of appeal. For the following reasons, the applications have been referred to the Quebec Court of Appeal to be disposed of by that court under s. 676.1 of the *Code*.

II. Issues and Their Context

Both of these cases raise the same problem: the definition of the jurisdiction of the intermediate courts of appeal and this Court, respectively. However, the issues they raise in respect of the application or adaptation of Quebec's public legal aid plan in the context of defending criminal charges are different.

In *R.C. (S.C.C., No. 28923)*, the respondent had been charged with multiple counts of sexual assault and forcible confinement. He then tried to obtain legal aid in order to defend himself. Because he was at that time in receipt of compensation payments from the Société d'assurance automobile du Québec as a result of an automobile accident, his income, while modest, exceeded the eligibility cut-off under the legal aid plan. The legal aid plan authorities considered him ineligible and had to refuse his application. In the Court of Québec (Criminal and Penal Division), R.C. requested adjournments and sought recognition of his entitlement to the assistance of a state-funded lawyer. According to him, the complexity and difficulty of his case made it impossible for him to defend himself properly without the assistance of counsel. He had also found a lawyer who said that he was prepared to represent him, if he were paid at the legal aid tariff rate. After some argument in the Court of Québec, R.C. applied to the Superior Court under ss. 7 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Bellavance J. of the Superior Court allowed R.C.'s application: [2001] R.J.Q. 2294. He found that the importance of the questions of fact and law raised by the charges made the assistance of counsel essential and that the accused's low income and lack

l'unanimité, au terme de l'audience, notre Cour a conclu que l'art. 676.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoyait un appel sur autorisation à une cour d'appel intermédiaire à l'égard du type de décisions rendues par la Cour supérieure. Pour les motifs qui suivent, les requêtes ont été renvoyées à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en dispose sous l'autorité de l'art. 676.1 du *Code*.

II. Les questions en litige et leur contexte

Ces deux dossiers soulèvent le même problème de définition des compétences d'appel respectives des cours d'appel intermédiaires et de notre Cour. Ils posent toutefois des questions différentes d'application ou d'adaptation du régime public d'aide juridique du Québec, dans le contexte d'une défense à des accusations criminelles.

Dans l'affaire *R.C. (C.S.C., n° 28923)*, l'intimé avait été accusé de chefs multiples d'agression sexuelle et de séquestration. Il tenta alors d'obtenir de l'aide juridique pour se défendre. Parce qu'il touchait alors des indemnités de la Société d'assurance automobile du Québec à la suite d'un accident d'automobile, ses revenus, bien que modestes, excédaient le seuil d'admissibilité au régime d'aide juridique. L'administration du régime d'aide juridique le considéra comme inadmissible et dut rejeter sa demande. Devant la chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec, R.C. demanda des ajournements et réclama qu'on reconnaisse son droit à l'assistance d'un avocat payé par les fonds publics. Selon lui, la complexité et la difficulté de son dossier l'empêchaient de se défendre adéquatement sans l'aide d'un avocat. Il avait de plus trouvé un avocat qui se déclarait disposé à le représenter, sur paiement du tarif prévu par l'aide juridique. Après divers débats devant la Cour du Québec, R.C. présenta devant la Cour supérieure une requête fondée sur l'art. 7 et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge Bellavance, de la Cour supérieure, fit droit à la requête de R.C. : [2001] R.J.Q. 2294. Il reconnut que l'importance des questions de fait et de droit soulevées par les accusations exigeait l'assistance d'un avocat et que la faiblesse des revenus

3

4

5

of resources made it impossible for him to cover the costs himself. The Superior Court was of the opinion that this situation jeopardized R.C.'s fundamental rights, and ordered the Minister of Justice and Attorney General of Quebec to pay a defence lawyer's fees, at the legal aid tariff rates, notwithstanding the fact that his income was above the eligibility cut-off. The judge directed a conditional stay of proceedings if those fees were not paid. While the Attorney General did not acknowledge that this decision was correct, and reserved his remedies on appeal, he has since that time paid the fees of the lawyer chosen by the respondent. At the hearing, this Court was informed that R.C. had been eligible for legal aid since May 3, 2002, the date when the automobile insurance plan compensation payments ceased.

et des ressources de l'accusé ne lui permettaient pas de payer lui-même. D'avis que cette situation mettait en péril les droits fondamentaux de R.C., la Cour supérieure ordonna au ministre de la Justice et procureur général du Québec de payer les honoraires d'un avocat de la défense, selon les barèmes du tarif d'aide juridique, malgré le dépassement du seuil d'admissibilité. Faute de paiement de ces honoraires, le jugement prévoyait une suspension conditionnelle des procédures. Sans admettre le bien-fondé de cette décision et sous réserve de ses recours en appel, le procureur général a acquitté depuis les honoraires de l'avocat choisi par l'intimé. À l'audience, notre Cour a été informée que R.C. était devenu admissible à l'aide juridique depuis le 3 mai 2002, le versement des indemnités du régime d'assurance automobile ayant pris fin à cette date.

⁶ In *Beauchamps* (S.C.C., No. 29121) and in the related case 29180 (*Attorney General of Quebec v. Brisebois; Commission des services juridiques v. Brisebois*), the problem of the payment of the defence lawyers' fees arose from a different angle. The respondents were charged with multiple serious offences, as part of the major trials initiated in Montréal against a number of individuals who, according to the applicant, belong to large-scale international criminal organizations. Boilard J. and Paul J. of the Superior Court are presiding at the sittings of the trials in which the respondents are involved. The respondents' eligibility for legal aid has apparently been recognized, from the information that was available about them when the matter was discussed at trial. However, these accused argued that the lawyers they had retained refused to conduct their defence at the rate provided by the legal aid tariffs, because of the complexity and what they anticipated to be the length of the trials. The lawyers in question confirmed that they would withdraw from the cases if they did not receive the fees justified by the scale and difficulty of these cases and by the fact that these cases required that they be completely available for a long period of time. In spite of the prosecution's opposition, Boilard J. and Paul J. gave judgments which, while different in respect of some details, ordered the Attorney General to pay the respondents' lawyers fees substantially in excess

Dans le dossier *Beauchamps* (C.S.C., n° 29121) et dans le dossier connexe 29180 (*Procureur général du Québec c. Brisebois; Commission des services juridiques c. Brisebois*), le problème du paiement des honoraires des avocats de la défense s'est posé sous un angle différent. Les intimés ont été inculpés de chefs d'accusation multiples et graves, dans le cadre de grands procès entamés à Montréal contre plusieurs individus qui appartiennent, selon le requérant, à des organisations criminelles internationales de grande envergure. Les juges Boilard et Paul de la Cour supérieure président aux assises des procès dans lesquels sont impliqués les intimés. L'admissibilité de ceux-ci à l'aide juridique est apparemment reconnue, dans l'état des informations disponibles à leur sujet lorsque la question a été discutée en première instance. Ces accusés ont cependant fait valoir que les avocats qu'ils avaient engagés refusaient d'assumer leur défense au tarif prévu par les barèmes d'aide juridique, en raison de la complexité et de la durée prévisible des procès. Les avocats concernés ont confirmé qu'ils se retireraient des dossiers, faute de recevoir les honoraires justifiés par l'importance et les difficultés de ces affaires et par la disponibilité complète qu'elles exigent de leur part pour une longue période. Malgré l'opposition de la poursuite, les juges Boilard et Paul ont rendu des jugements qui, sous des modalités différentes, ordonnent au

of the legal aid tariffs. If such fees were not paid, the judgments provided for a conditional stay of the proceedings against the accused: [2002] R.J.Q. 375 and (2002), 50 C.R. (5th) 152.

The Attorney General agreed to pay the fees directed in the judgments of Boilard J. and Paul J., but reserved all his rights. Since then, the trials have continued in Montréal. However, in the applicant's application for leave to appeal, as in R.C.'s case, he seeks an opportunity to have all these decisions reviewed; in his view, they raise important issues in relation to respect for and the funding of the defence of accused persons in criminal cases. Whatever interest the issues raised may hold, we must first determine whether there are remedies, and in what court they will have to be exercised. It should be noted, however, that only file 29121 concerning the judgment rendered by Boilard J. was before the Court at the hearing; the proceedings in file 29180, relating to the applications for leave to appeal from the decision of Paul J., were not yet complete at that time.

III. Analysis

A. *Appellate Jurisdiction*

In these cases, the Attorney General submits that there are no provisions in the *Criminal Code* that allow him to appeal to the Quebec Court of Appeal. The judgments in issue do not, in his submission, fall within any of the cases set out in s. 676 of the *Criminal Code*. Moreover, he submits, the judgments in issue cannot be regarded as comparable to decisions in respect of prerogative writs under s. 784 of the *Criminal Code*. Lastly, he submits that s. 676.1, to which I shall return, does not apply in the case of a judgment directing payment of future fees. The only way to resolve the matter, he submits, is by way of a direct appeal to this Court, in accordance with the principles laid down in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

procureur général de payer aux avocats des intimés des honoraires qui excèdent substantiellement les barèmes de l'aide juridique. À défaut, les jugements rendus prévoient un arrêt conditionnel des procédures engagées contre les intimés : [2002] R.J.Q. 375 et (2002), 50 C.R. (5th) 152.

Sous réserve de tous ses droits, le procureur général a accepté de payer les honoraires fixés par les jugements des juges Boilard et Paul. Les procès se continuent depuis à Montréal. Cependant, par sa requête en autorisation de pourvoi, comme dans le dossier R.C., le requérant veut obtenir l'occasion de faire réviser toutes ces décisions qui, selon lui, soulèvent des questions importantes quant au respect et à l'égard du financement de la défense des accusés dans les affaires criminelles. Quel que soit l'intérêt des questions soulevées, il faut tout d'abord déterminer s'il existe des voies de recours et la juridiction devant laquelle elles devront être exercées. Il est à noter toutefois que seul le dossier 29121 visant le jugement prononcé par le juge Boilard a été porté à l'audience devant la Cour, les procédures dans le dossier 29180, relatif aux demandes d'autorisation de pourvoi contre la décision du juge Paul, n'étaient pas encore complètes à ce moment.

III. Analyse

A. *La compétence d'appel*

Dans ces dossiers, le procureur général plaide qu'aucune disposition du *Code criminel* ne lui permet un appel devant la Cour d'appel du Québec. Les jugements rendus ne se situent, selon lui, dans aucun des cas prévus par l'art. 676 du *Code criminel*. Par ailleurs, toujours selon le requérant, les jugements rendus ne sauraient être assimilés à des décisions rendues en matière de brefs de prérogative en vertu de l'art. 784 du *Code criminel*. Enfin, l'article 676.1, sur lequel je reviendrai, ne trouverait pas application dans le cas d'un jugement prescrivant le paiement d'honoraires pour l'avenir. La seule issue se trouverait alors dans un pourvoi direct devant cette Cour, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

9 The respondents took a very finely defined position. They preferred to treat the decisions *a quo* as interlocutory decisions, from which no appeal lies. However, they did not appear to entirely rule out the possibility that s. 676.1 applies, while at the same time pointing out the imbalance that this would create between the respective rights of the prosecution and the defence.

10 The issue to be determined here is whether Parliament has given the intermediate courts of appeal jurisdiction over the type of judgment rendered by the Superior Court in these cases. First, those decisions impose an obligation on the Attorney General to pay the defence's future fees and disbursements, in a trial that will be held or is already underway. Second, as noted earlier, they direct a stay of proceedings in the event that those payments are not made.

11 Because appellate jurisdiction is a creature of statute, we must refer first to the *Criminal Code*. None of the situations listed in s. 676, which defines the prosecution's appeal rights, applies here. At the hearing, the Court directed the discussion to s. 676.1. That section creates a right of appeal, with leave, in a party who is ordered to pay costs:

676.1 [Appeal re costs] A party who is ordered to pay costs may, with leave of the court of appeal or a judge of a court of appeal, appeal the order or the amount of costs ordered.

12 This provision was added to the *Criminal Code* recently, by an Act that amended various provisions of the *Code* (*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 94). The legislative history of this provision sheds no light on either its objectives or its sources. We might even find it surprising that it was thought necessary to create a special right of appeal in this respect, given that it is the exception for costs to be awarded in criminal law. The Attorney General then argued that this provision created only a narrow jurisdiction, and that the only appeals for which it provided were appeals in relation to an obligation to pay costs for services already rendered, or as a penalty for abuse of process, for example. Section 676.1

Les intimés ont adopté une position très nuancée. Ils préféreraient traiter les décisions attaquées comme des décisions interlocutoires à l'égard desquelles aucun appel ne serait possible. Cependant, ils ne paraissent pas écarter toute possibilité d'application de l'art. 676.1, tout en soulignant le déséquilibre que celui-ci créerait entre les droits de la poursuite et ceux de la défense.

La question à régler ici consiste à déterminer si le Parlement a attribué une compétence aux cours d'appel intermédiaires sur le type de jugement rendu par la Cour supérieure dans ces dossiers. Ces décisions imposent d'abord l'obligation au procureur général de payer les honoraires et les débours de la défense pour l'avenir, au cours d'un procès qui aura lieu ou qui est déjà en cours. Ensuite, tel que mentionné précédemment, à défaut de ces paiements, un arrêt des procédures est prévu.

La compétence d'appel étant créée par la loi, il faut s'en rapporter en premier lieu au *Code criminel*. Aucun des cas énumérés à l'art. 676, qui définit les droits d'appel du ministère public, ne trouve application. À l'audience, la Cour a fait porter la discussion sur l'art. 676.1. Celui-ci crée un droit d'appel, sur permission, en faveur de la partie condamnée à payer des frais :

676.1 [Appel quant aux frais] La partie à qui il est ordonné d'acquitter les frais peut appeler à la cour d'appel, avec son autorisation ou celle de l'un de ses juges, de l'ordonnance ou du montant en cause.

Cette disposition a été ajoutée récemment au *Code criminel*, par une loi qui modifiait de nombreuses dispositions de celui-ci (*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 94). L'histoire législative de cette disposition ne jette de lumière ni sur ses objectifs ni sur ses sources. On pourrait même sans doute s'étonner que l'on ait cru nécessaire de créer un droit d'appel particulier en ces matières, alors que l'attribution de frais demeure une exception en droit pénal. Le procureur général plaide alors que cette disposition n'a créé qu'une compétence de portée limitée. Celle-ci ne permettrait ainsi d'entendre que des appels relatifs à l'obligation de payer des frais

of the *Criminal Code*, he submits, does not in any way provide for decisions directing that future fees be paid.

B. *The Concept of Costs*

I am of the view that the Attorney General's interpretation of the concept of costs in the provision in question is too narrow. Costs do indeed include the disbursements and fees incurred in the course of proceedings and interlocutory matters in the courts that have already concluded. In fact, this type of problem has been examined in several decisions of the Nova Scotia Court of Appeal in the past, in appeals brought under s. 676.1 of the *Criminal Code*. (See: *R. v. Cole* (2000), 143 C.C.C. (3d) 417; *R. v. LeBlanc*, [1999] N.S.J. No. 179 (QL); and *R. v. Pottier*, [1999] N.S.J. No. 95 (QL).)

The concept of costs is broader than this, however. It includes obligations to make future payments imposed by judicial decision. For example, the provisions made for costs in family law matters often cover payment of future professional services. In criminal law, it has been common for several years for *Rowbotham* orders to be made by the criminal courts, to provide for future legal services to be funded and made available; see: *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 91 and 107, this Court recognized that a state-funded lawyer could be made available to a party in appropriate cases. As well, this Court has sometimes directed, when granting leave to appeal, that regardless of the outcome of the appeal, a party's costs should be paid or reimbursed, within the limits defined by the Court; see: *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; and also B. A. Crane and H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), at p. 98. Whether payable in respect of past services or in consideration of services to be provided in future, they are still costs. Judgments ordering that they be paid

pour des services déjà rendus ou à titre de sanction pour des abus de procédure, par exemple. L'article 676.1 du *Code criminel* ne viserait en aucun cas des décisions qui imposeraient le paiement d'honoraires pour l'avenir.

B. *La notion de frais*

Je suis d'avis que l'interprétation donnée par le procureur général à la notion de frais donne une portée trop étroite à la disposition en discussion. Les frais ou « costs », dans la version anglaise du *Code*, comportent certes les débours et honoraires engagés dans le cadre de débats et d'incidents judiciaires désormais terminés. Quelques arrêts de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ont d'ailleurs déjà étudié ce type de problèmes dans le cadre d'appels interjetés sous l'autorité de l'art. 676.1 du *Code criminel*. (Voir : *R. c. Cole* (2000), 143 C.C.C. (3d) 417; *R. c. LeBlanc*, [1999] N.S.J. No. 179 (QL); et *R. c. Pottier*, [1999] N.S.J. No. 95 (QL).)

La notion de frais demeure toutefois plus large. Elle inclut des obligations de paiements futurs imposées par des décisions judiciaires. Par exemple, les provisions pour frais accordées en matière familiale pouvoient souvent au paiement de services professionnels à venir. En droit criminel, les ordonnances de type *Rowbotham*, que la jurisprudence pénale connaît depuis plusieurs années, visent d'abord le financement et la disponibilité de services juridiques pour l'avenir, voir : *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). L'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 91 et 107, de notre Cour a d'ailleurs reconnu la possibilité d'ordonner, dans certains cas, de mettre à la disposition d'une partie un avocat payé à l'aide des fonds publics. De plus, notre Cour a parfois prévu, au moment d'une autorisation de pourvoi, que, sans égard au sort de l'appel, les frais d'une partie devraient être acquittés ou remboursés, dans les limites qu'elle définit, voir : *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; et aussi B. A. Crane et H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2000* (1999), p. 98. Qu'ils soient payables à l'égard de services passés ou en considération de ceux qui

13

14

may accordingly be appealed with leave under s. 676.1.

C. *Role of Courts of Appeal*

15 In these matters, it is important to respect the role of the intermediate courts of appeal in Canada. Those courts play an essential role in the Canadian legal system to ensure, within their respective spheres of jurisdiction, that the law develops and is applied consistently. In a case that may involve important problems of the fundamental fairness of criminal trials, and difficult questions of judicial administration and policy, we must be careful not to short-circuit the provincial courts of appeal. Those courts, which are more familiar with regional and local situations, bring an invaluable perspective to the analysis of problems such as the ones that the applicant wanted to bring immediately to this Court.

16 However, it must be recognized that s. 676.1 of the *Criminal Code* creates a right of appeal that will, in practice, benefit only the Attorney General. In circumstances such as the ones that arose in these cases, the party against whom a court awards costs for the purposes of a defence will be the Attorney General, representing the state. An accused whose application for payment of costs were denied by the court could not rely on s. 676.1 of the *Criminal Code*. An analysis of his or her situation, however, is outside the context of the issue as it has been defined here. At most, the disposition of that issue enabled us to determine who will hear these applications. In this case, it is the Quebec Court of Appeal.

IV. Conclusion

17 For these reasons, like my colleagues at the hearing, I agreed to refer the Attorney General's applications to the Quebec Court of Appeal to be disposed of by that court under s. 676.1 of the *Criminal Code*.

Judgment accordingly.

Solicitor for the applicant in the R.C. application: The Department of Justice, Ste-Foy.

seront rendus dans l'avenir, il s'agit toujours de frais. Les jugements qui en ordonnent le paiement sont alors susceptibles d'appel sur autorisation en vertu de l'art. 676.1.

C. *Le rôle des cours d'appel*

En ces questions, il importe de respecter le rôle des cours d'appel intermédiaires au Canada. Celles-ci jouent un rôle indispensable dans le système juridique canadien pour assurer, à l'intérieur de leur sphère de juridiction respective, le respect de l'application régulière du droit et le développement de celui-ci. En une matière qui peut impliquer des problèmes importants d'équité fondamentale du procès pénal et des questions difficiles d'administration et de politique judiciaire, il faut se garder de court-circuiter les cours d'appel provinciales. Plus au fait des situations régionales et locales, elles apporteront un concours précieux à l'analyse de problèmes comme ceux que le requérant souhaitait porter immédiatement devant notre Cour.

Il faut toutefois reconnaître que l'art. 676.1 du *Code criminel* crée un droit d'appel dont seul, en pratique, le procureur général bénéficiera. Dans des circonstances comme celles qui se présentaient dans ces dossiers, la partie à laquelle une cour impose des frais pour les fins d'une défense sera le procureur général, représentant l'État. Le prévenu qui verrait sa demande de paiement d'honoraires rejetée par le tribunal ne pourrait invoquer l'art. 676.1 du *Code criminel*. L'étude de sa situation se situe toutefois hors du cadre du débat tel qu'il a été engagé. Celui-ci permettrait tout au plus de déterminer qui entendra ces requêtes. En l'espèce, il s'agit de la Cour d'appel du Québec.

IV. Conclusion

Pour ces raisons, comme mes collègues à l'audience, j'ai été d'accord pour déférer les requêtes du procureur général à la Cour d'appel du Québec, pour que celle-ci se prononce à leur sujet, sous l'autorité de l'art. 676.1 du *Code criminel*.

Jugement en conséquence.

Procureur du demandeur dans l'affaire R.C. : Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent in the R.C. application: Fradette, Gagnon, Têtu, Le Bel, Ste-Marie, Chicoutimi.

Solicitor for the applicant in the Beauchamps application: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents in the Beauchamps application: Gagné Boucher, Montréal.

Procureurs de l'intimé dans l'affaire R.C. : Fradette, Gagnon, Têtu, Le Bel, Ste-Marie, Chicoutimi.

Procureur du demandeur dans l'affaire Beauchamps : Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs des intimés dans l'affaire Beauchamps : Gagné Boucher, Montréal.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 2002 Vol. 2

and Tables

Cited as [2002] 2 S.C.R. { i-xli
773-974

5^e cahier, 2002 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2002] 2 R.C.S. { i-xli
773-974

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	SALLY GRIFFIN	NICOLA SUTTON
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	ARCHIBALD MCDONALD	CAMERON TAYLOR
RODRIGO ESCAYOLA	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
ANDRES GARIN	IDA SMITH	
LEE ANN GORMAN	JACQUELINE STENCEL	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions du gouvernement du Canada, Communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xi
Table of Cases Cited	xv
Statutes and Regulations Cited	xxxiii
Authors Cited	xxxvii
Index	963

Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)773

Privacy — Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

Official languages — Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner's right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

R. v. Burke857

Criminal law — Trial — Verdict — Validity — Foreman announcing a verdict — Court recording verdict as "not guilty" — Jury dismissed and accused discharged — Trial

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xiii
Table de la jurisprudence	xv
Lois et règlements cités	xxxv
Doctrine citée	xxxvii
Index	969

Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)773

Renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

Langues officielles — Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d'un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

judge informed shortly thereafter that court may have erred in recording verdict — True verdict intended by jury may have been “guilty as charged” — Trial judge subsequently conducting limited inquiry into verdict and changing recorded verdict from “not guilty” to “guilty” — Whether trial judge had jurisdiction to conduct inquiry into verdict and alter it after discharge of jury — Whether rule in *Head* should be re-examined.

R. v. Handy908

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether evidence by accused’s former wife of alleged past assaults against her should have been admitted as similar fact evidence.

Evidence — Collusion — Admissibility of testimony of witness — Whether determination that complainant and witness had not colluded should have been condition precedent to admitting similar fact evidence of witness.

Ross River Dena Council Band v. Canada.....816

Indians — Reserves — Creation of reserves in non-treaty context — Indian Band occupying lands in Yukon Territory since 1950s — Lands set aside by officials — Legal requirements for establishment of a reserve — Whether lands set aside have reserve status — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve” — Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18(d).

SOMMAIRE (Fin)

ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

R. c. Burke857

Droit criminel — Procès — Verdict — Validité — Annonce du verdict par le président du jury — Verdict « non coupable » inscrit par le tribunal — Libération du jury et remise en liberté de l’accusé — Signalement peu de temps après au juge du procès de la possibilité que le tribunal ait commis une erreur en inscrivant le verdict — Possibilité que le véritable verdict qu’entendait rendre le jury soit « coupable de l’infraction reprochée » — Enquête limitée sur le verdict menée subséquemment par le juge du procès et substitution du verdict « coupable » au verdict « non coupable » qui avait été inscrit — Le juge du procès avait-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et le modifier? — Y a-t-il lieu de revoir la règle énoncée dans l’arrêt *Head*?

R. c. Handy908

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé inculpé d’agression sexuelle — Le témoignage de l’ex-épouse de l’accusé concernant les agressions dont elle aurait été victime dans le passé aurait-il dû être admis en tant que preuve de faits similaires?

Preuve — Collusion — Admissibilité d’un témoignage — La décision qu’il n’y a pas eu collusion entre la plaignante et un témoin aurait-elle dû être une condition préalable à l’admission de la preuve de faits similaires produite par le témoin?

Conseil de la bande dénée de Ross River c.

Canada816

Indiens — Réserves — Création de réserves en l’absence de traité régissant la question — Terres occupées par une bande indienne au Yukon depuis les années 1950 — Terres mises de côté par des fonctionnaires — Conditions légales d’établissement des réserves — Les terres mises de côté ont-elles la qualité de réserve? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve » — Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18d).



2002 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY

CHANTAL DEMERS

VALERIE DESJARLAIS

RODRIGO ESCAYOLA

ANDRÉS GARIN

LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD

MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON

LESLI TAKAHASHI

CAMERON TAYLOR

TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI

LOUISE SAVARD

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET

PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LeBEL

ERRATA

[1988] 2 S.C.R., p. 370, line *c*-1 of the English version.
Read “the mere fact” instead of “that mere fact”.

[1997] 1 S.C.R., p. 777, para. 57, line 1 of the French version. Read “La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable»” instead of “La différence entre «déraisonnable» et de «manifestement déraisonnable»”.

[1988] 2 R.C.S., p. 370, ligne *c*-1 de la version anglaise.
Lire « the mere fact » au lieu de « that mere fact ».

[1997] 1 R.C.S., p. 777, par. 57, ligne 1 de la version française. Lire « La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable» » au lieu de « La différence entre «déraisonnable» et de «manifestement déraisonnable» ».

MOTIONS — REQUÊTES

(April 1 to June 30, 2002 – 1^{er} avril au 30 juin 2002)

410675 Alberta Ltd. v. Trail South Developments Inc. (Alta.), 28938, leave to appeal refused with costs, 30.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ahani v. Minister of Citizenship and Immigration (Ont.), 29058, leave to appeal refused, 16.5.02, autorisation d'appel refusée.

Apotex Inc. v. Bayer (F.C.), 28915, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

AstraZeneca v. Novopharm Ltd. (F.C.), 28972, leave to appeal refused with costs, 6.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of British Columbia v. Paul (B.C.), 28974, leave to appeal granted, 13.6.02, autorisation d'appel accordée.

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia (B.C.), 29048, notice of discontinuance filed, 22.5.02, avis de désistement produit.

Ayangma v. Government of Prince Edward Island (P.E.I.), 29002, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baptist v. The Queen (F.C.), 28962, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bassis v. Century 21 Parkland Ltd. (Ont.), 28986, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bell Globemedia Inc. v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28961, leave to appeal refused, 18.4.02, autorisation d'appel refusée.

Black v. Canada Employment Insurance Commission (F.C.), 28876, leave to appeal refused, 30.5.02, autorisation d'appel refusée.

BMW Canada Inc. c. Automobile Jalbert Inc. (Qué.), 28832, leave to appeal refused with costs, 11.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boucher c. Longtin (Qué.), 28792, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Briggs v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28996, leave to appeal refused, 4.4.02, autorisation d'appel refusée.

Canadian Cable Television Assn. v. Barrie Public Utilities (F.C.), 28826, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 16.5.02, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demanderessees quelle que soit l'issue de l'appel.

Canadian Union of Public Employees, Local 79 v. City of Toronto (Ont.), 28840, leave to appeal granted with costs, 18.4.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Carter v. Town Council of the Town of Pasadena (N.L.), 29012, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Catarat (deceased) v. The Queen (Sask.), 28702, leave to appeal refused, 18.4.02, autorisation d'appel refusée.

- Centre hospitalier St-Mary's c. Chouinard* (Qué.), 29066, notice of discontinuance filed, 24.6.02, avis de désistement produit.
- Chateau Lafleur Development Corp. v. Maritime Telegraph and Telephone Co.* (N.S.), 29020, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clancey v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29033, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Clarke v. Rossburger* (Alta.), 28924, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Compagnie Pétrolière Imperial Oil c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28835, leave to appeal granted with costs, 18.4.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Coopérative d'habitation Jeanne-Mance c. Choueke* (Qué.), 28804, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crédit Commercial de France c. Ville de Montréal* (Qué.), 28771, leave to appeal refused with costs, 18.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.S. c. J.M.D.* (Qué.), 29069, leave to appeal refused, 25.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Daniel c. Lescop* (Qué.), 28779, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dejardin c. Ville de Varennes* (Qué.), 29005, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Deutsch v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29032, leave to appeal refused, 2.5.02, autorisation d'appel refusée.
- DiGiusseppe v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29057, notice of discontinuance filed, 5.4.02, avis de désistement produit.
- Falls Creek Falling Contractors Ltd. v. Pat Carson Bulldozing Ltd.* (B.C.), 28969, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Finck v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28694, leave to appeal refused, 2.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Fleming v. Starson* (Ont.), 28799, leave to appeal granted, 18.4.02, autorisation d'appel accordée.
- Fong v. United States of America* (B.C.) (Crim.), 28999, leave to appeal refused, 30.5.02, autorisation d'appel refusée.
- FWS Joint Sports Claimants Inc. v. Border Broadcasters Inc.* (F.C.), 28993, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ghanotakis c. Imprimerie régionale Arl Ltée* (Qué.), 28684, leave to appeal refused, 25.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Gore Mutual Insurance Co. v. Churchland* (B.C.), 28821, leave to appeal granted, 25.4.02, autorisation d'appel accordée.
- Greco v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28885, leave to appeal refused, 18.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Grotheim v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 29009, leave to appeal refused, 23.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Hall v. Vogel* (Alta.), 28844, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H.M.V. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28985, leave to appeal refused, 11.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Information Commissioner of Canada v. Minister of Industry Canada* (F.C.), 28883, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.C. c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28954, leave to appeal refused, 4.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Kapitany v. Thomson Canada Ltd.* (Man.), 28977, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keats v. Arditti* (N.B.), 28982, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Keepness v. The Queen* (Sask.), 28939, leave to appeal refused, 20.6.02, autorisation d'appel refusée.
- King v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28852, leave to appeal refused, 18.4.02, autorisation d'appel refusée.
- KP Pacific Holdings Ltd. v. Guardian Insurance Co.* (B.C.), 28815, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.4.02, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Lajeunesse v. Wahpeton Dakota First Nation* (Sask.), 29070, leave to appeal refused with costs, 23.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lameque Quality Group Ltd. v. A/S Nyborg Plast* (N.B.), 28929, leave to appeal refused with costs, 23.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laurendeau c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28965, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Lavolette c. Bouchard* (Qué.), 28837, leave to appeal refused with costs, 25.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Le v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29011, leave to appeal refused, 11.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Liuni v. Peters* (Ont.), 29038, leave to appeal refused with costs, 18.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lucas v. Attorney General of Canada* (Ont.), 28927, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacEachern v. Bishop & McKenzie* (Ont.), 28861, leave to appeal refused with costs, 18.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mahabir v. O'Connor* (Alta.), 28963, notice of discontinuance filed, 10.4.02, avis de désistement produit.
- Manitoba Association of Optometrists v. Mondesir* (Man.), 29030, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Maranda c. Leblanc* (Qué.) (Crim.), 28964, leave to appeal granted, 16.5.02, autorisation d'appel accordée.
- M.C.G. v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29014, leave to appeal refused, 23.5.02, autorisation d'appel refusée.
- McNeil v. Kansa General International Insurance* (Ont.), 29199, notice of discontinuance filed, 8.5.02, avis de désistement produit.
- Michener v. United Grain Growers Ltd.* (F.C.), 28544, notice of discontinuance filed, 15.5.02, avis de désistement produit.
- Mitchinson v. Solicitor General and Minister of Correctional Services* (Ont.), 28853, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- M.L. c. A.C.* (Qué.), 29055, leave to appeal refused with costs, 11.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mryglod v. Kotrla* (Sask.), 28914, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mryglod v. Mryglod* (Sask.), 28913, leave to appeal refused with costs, 25.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mulak v. The Queen* (F.C.), 28951, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nordquist v. Gurniak* (B.C.), 28898, leave to appeal granted, 13.6.02, autorisation d'appel accordée.
- Ofume v. Nova Scotia Department of Education* (N.S.), 28956, leave to appeal refused, 23.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Ofume v. Southwest Apartment Ltd.* (N.S.), 28741, leave to appeal refused, 2.5.02, autorisation d'appel refusée.

- Ontario Corporate Number 102856 v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29059, notice of discontinuance filed, 5.4.02, avis de désistement produit.
- Ontario Public Service Employees Union v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 29135, leave to appeal refused with costs, 6.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Public Service Employees Union v. The Queen* (Ont.), 28849, leave to appeal granted with costs, 18.4.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- OSFC Holdings Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28860, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Palmer v. Wheaton* (N.L.), 28917, leave to appeal refused with costs, 23.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Poirier v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 29039, leave to appeal refused, 13.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général du Québec c. Beauchamps* (Qué.) (Crim.), 29121, this case is referred to the Quebec Court of Appeal so that it may rule on the application for leave to appeal the judgments rendered by the Superior Court pursuant to s. 676.1 of the *Criminal Code* ([2002] 2 S.C.R. 762, 2002 SCC 52), 13.5.02, la présente affaire est déferée à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur la demande d'autorisation d'en appeler des jugements rendus par la Cour supérieure en application de l'art. 676.1 du *Code criminel* ([2002] 2 R.C.S. 762, 2002 CSC 52).
- Procureur général du Québec c. Compagnie d'assurance Standard Life* (Qué.), 28781, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. R.C.* (Qué.) (Crim.), 28923, this case is referred to the Quebec Court of Appeal so that it may rule on the application for leave to appeal the judgments rendered by the Superior Court pursuant to s. 676.1 of the *Criminal Code* ([2002] 2 S.C.R. 762, 2002 SCC 52), 13.5.02, la présente affaire est déferée à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur la demande d'autorisation d'en appeler des jugements rendus par la Cour supérieure en application de l'art. 676.1 du *Code criminel* ([2002] 2 R.C.S. 762, 2002 CSC 52). This new entry replaces the entry at [2002] 1 S.C.R. ix. Cette nouvelle entrée remplace l'entrée correspondante publiée à [2002] 1 R.C.S. ix.
- Progress Doors Ltd. v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 28757, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Propak Systems Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (Alta.), 28708, leave to appeal refused with costs, 25.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Puentes v. McNichol* (Ont.), 28934, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Allen* (F.C.), 28273, leave to appeal refused with costs, 23.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Fraser* (Ont.) (Crim.), 29015, leave to appeal refused, 20.6.02, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Kelly* (B.C.) (Crim.), 29140, leave to appeal granted, 16.5.02, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Mitchell* (B.C.) (Crim.), 29083, leave to appeal granted, 16.5.02, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Smith* (B.C.) (Crim.), 29043, leave to appeal granted, 18.4.02, autorisation d'appel accordée.
- Racicot c. Alajarin Senior* (Qué.), 28803, leave to appeal refused with costs, 4.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Re-Con Building Products Inc. v. Western Union Insurance Co.* (B.C.), 28912, leave to appeal refused, 9.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Reifel v. Halagan* (B.C.), 28811, leave to appeal refused with costs, 6.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Rowland v. The Roman Catholic Archdiocese of Vancouver* (B.C.), 29000, leave to appeal refused, 23.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Saldanha v. Beals III* (Ont.), 28829, leave to appeal granted, 16.5.02, autorisation d'appel accordée.
- Schellenberg v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28788, leave to appeal refused, 9.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Servier Canada Inc. c. Hotte* (Qué.), 29115, notice of discontinuance filed, 2.5.02, avis de désistement produit.
- Sheppard v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29019, leave to appeal refused, 23.5.02, autorisation d'appel refusée.
- Siemens Westinghouse Inc. v. Minister of Public Works and Government Services Canada* (F.C.), 28831, leave to appeal refused with costs, 18.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simanek v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28932, leave to appeal refused, 20.6.02, autorisation d'appel refusée.
- Singh v. British Columbia Hydro and Power Authority* (B.C.), 29044, leave to appeal refused with costs, 9.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Singh Saini v. The Queen* (F.C.), 28976, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smart v. Society of Lloyd's* (Ont.), 28877, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société du Grand Théâtre de Québec c. Communauté urbaine de Québec* (Qué.), 28825, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Speer c. Corriveau* (Qué.), 28848, notice of discontinuance filed, 3.5.02, avis de désistement produit.
- Szebenyi Jr v. The Queen* (F.C.), 28902, leave to appeal refused with costs, 23.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Estate of Claude John v. Eaton Yale Ltd.* (Ont.), 28739, leave to appeal refused with costs, 2.5.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Information Commissioner of Canada v. The Queen* (F.C.), 28884, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen in Right of the Province of Nova Scotia v. O'Connor* (N.S.), 28886, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.M.B. v. Children's Aid Society of Halifax* (N.S.), 29029, leave to appeal refused, 11.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn.* (Ont.), 28935, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Transcanada Pipeline Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28970, leave to appeal refused with costs, 20.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tri Gro Enterprises Ltd. v. Pyke* (Ont.), 28789, leave to appeal refused with costs, 13.6.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wakeford v. Attorney General of Canada* (Ont.), 29071, leave to appeal refused, 18.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Waldman v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 28756, leave to appeal refused, 11.4.02, autorisation d'appel refusée.
- Wightman c. Stolzenberg* (Qué.), 28773, leave to appeal refused with costs, 25.4.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workplace Health, Safety and Compensation Commission v. Burridge* (N.L.), 28941, leave to appeal refused, 20.6.02, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		F	
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd. .	695
		Fensom, Heredi v.	741
		Fensom v. Kendall	741
		First Vancouver Finance v. M.N.R.	720
B		G	
Bank of America Canada v. Clarica Trust Co.	601	Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Théberge v.	336
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	601	Gronnerud Estate, Gronnerud (Litigation Guard- ians of) v.	417
Beauchamps, R. v.	762	Gronnerud (Litigation Guardians of) v. Gronnerud Estate	417
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex.....	559		
Benson v. Brown	185	H	
Berry v. Pulley	493	Handy, R. v.	908
British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture), Kitkatla Band v.	146	Heredi v. Fensom	741
Brown, Benson v.	185	Hibbert, R. v.	445
Brown, R. v.	185	Housen v. Nikolaisen	235
Burke, R. v.	857	Housen v. Rural Municipality of Shellbrook No. 493	235
C		K	
Canada (Minister of Finance), Sierra Club of Canada v.	522	Kendall, Fensom v.	741
Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), Lavigne v.	773	Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	146
Canada, Ross River Dena Council Band v.	816		
Canada, Stewart v.	645	L	
Canada, Walls v.	684	Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages).....	773
Carlos, R. v.	411		
Cinous, R. v.	3		
Clarica Trust Co., Bank of America Canada v.	601		
Commission see also "Canada" or the name of province			
Co-operators General Insurance Co., Smith v.	129		

	PAGE		PAGE
Lavigne v. Office of the Commissioner of Official Languages	773	R. v. Cinous	3
Lombard Canada Ltd., Family Insurance Corp. v.	695	R. v. Handy	908
M		R. v. Hibbert	445
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Perciballi	761
Minister of National Revenue, Stewart v.	645	R. v. Portante	761
M.N.R., First Vancouver Finance v.	720	R. v. Robicheau	643
Mutual Trust Co., Bank of America Canada v.	601	R. v. S.G.F.	416
N		R. v. S. (V.C.A.)	414
Nikolaisen, Housen v.	235	R. v. V.C.A.S.	414
O		S	
Office of the Commissioner of Official Languages, Lavigne v.	773	S.G.F., R. v.	416
Office see also "Canada" or the name of province		Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)	522
P		Smith v. Co-operators General Insurance Co.	129
Perciballi, R. v.	761	Stewart v. Canada	645
Portante, R. v.	761	Stewart v. Minister of National Revenue	645
Pulley, Berry v.	493	S. (V.C.A.), R. v.	414
Q		Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57, Tremblay v.	627
Quebec (Attorney General), R.C. v.	762	T	
Queen see also "R."		Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	336
R		The Queen see also "R."	
R.C. v. Quebec (Attorney General).....	762	Tremblay v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57	627
Rex, Bell ExpressVu Limited Partnership v.	559	U	
Robicheau, R. v.	643	Union see also under abbreviated name	
Ross River Dena Council Band v. Canada	816	V	
Rural Municipality of Shellbrook No. 493, Housen v.	235	V.C.A.S., R. v.	414
R. v. Beauchamps	762	W	
R. v. Brown	185	Walls v. Canada	684
R. v. Burke	857		
R. v. Carlos	411		

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			
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	146	Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada	816
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Clarica	601	F	
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle	601	Family Insurance Corp. c. Lombard du Canada ltée	695
Beauchamps, R. c.	762	Fensom c. Kendall	741
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	559	Fensom, Heredi c.	741
Benson c. Brown	185	First Vancouver Finance c. M.R.N.	720
Berry c. Pulley	493	G	
Brown, Benson c.	185	Galerie d'Art du Petit Champlain inc., Théberge c.	336
Brown, R. c.	185	Gronnerud (Tuteurs à l'instance de) c. Succession Gronnerud	417
Burke, R. c.	857	H	
C			
Canada (Commissariat aux langues officielles), Lavigne c.	773	Handy, R. c.	908
Canada, Conseil de la bande dénée de Ross River c.	816	Heredi c. Fensom	741
Canada (Ministre des Finances), Sierra Club du Canada c.	522	Hibbert, R. c.	445
Canada, Stewart c.	645	Housen c. Nikolaisen	235
Canada, Walls c.	684	Housen c. Municipalité rurale de Shellbrook n ^o 493	235
Carlos, R. c.	411	K	
Cinous, R. c.	3	Kendall, Fensom c.	741
Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), Bande Kitkatla c.	146	L	
Commissariat aux langues officielles, Lavigne c. .	773	La Reine voir aussi « R. »	
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province		Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	773
Compagnie d'assurance générale Co-operators, Smith c.	129		

	PAGE		PAGE
Lavigne c. Commissariat aux langues officielles...	773	R. c. Portante.....	761
Lombard du Canada Itée, Family Insurance Corp.		R. c. Robicheau.....	643
c.	695	R. c. S.G.F.	416
		R. c. S. (V.C.A.).....	414
M		R. c. V.C.A.S.	414
Minister of National Revenue, Stewart c.	645	Reine voir aussi « R. »	
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province		Rex, Bell ExpressVu Limited Partnership c.	559
M.R.N., First Vancouver Finance c.	720	Robicheau, R. c.	643
Municipalité rurale de Shellbrook n° 493, Housen			
c.	235	S	
		S.G.F., R. c.	416
N		Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)	522
Nikolaisen, Housen c.	235	Smith c. Compagnie d'assurance générale Co-operators	129
		Société de Fiducie Clarica, Banque d'Amérique du Canada c.	601
O		Société de Fiducie Mutuelle, Banque d'Amérique du Canada c.	601
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province		Stewart c. Canada.....	645
		Stewart c. Minister of National Revenue	645
P		Succession Gronnerud, Gronnerud (Tuteurs à l'instance de) c.	417
Perciballi, R. c.	761	S. (V.C.A.), R. c.	414
Portante, R. c.	761	Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57, Tremblay c.	627
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Pulley, Berry c.	493		
		T	
Q		Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	336
Québec (Procureur général), R.C. c.	762	Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57	627
R		V	
R. c. Beauchamps	762	V.C.A.S., R. c.	414
R. c. Brown	185		
R. c. Burke	857	W	
R. c. Carlos	411		
R. c. Cinous	3		
R.C. c. Québec (Procureur général).....	762		
R. c. Handy	908		
R. c. Hibbert.....	445		
R. c. Perciballi	761	Walls c. Canada	684

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
2946-1993 Québec inc. v. Sysbyte Telecom inc.	J.E. 2001-1143	383
A		
AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	[2000] 3 C.F. 360	533
AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	[2000] 3 F.C. 360	533
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)	[1997] 2 R.C.S. 581	618
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)	[1997] 2 S.C.R. 581	618
Ajax (Town) v. CAW, Local 222	[2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23	115
Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222	[2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23	115
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963	727
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963	727
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536	230
Allen c. Canada	[1999] A.C.I. n° 499 (QL)	665
Allen v. The Queen	99 D.T.C. 968	665
Alward c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 559	73
Alward v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 559	73
American Family Insurance v. National Casualty Co.	515 N.W.2d 741 (1994)	709
Anderson v. Bessemer City	470 U.S. 564 (1985)	249
Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.	[1987] 1 F.C. 173	360, 388, 391
Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine	[1985] 2 C.F. 84	638
Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes	[1979] 1 R.C.S. 120	509
Astgen v. Smith	[1970] 1 O.R. 129	501
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	172
Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.	[1920] A.C. 508	821, 844
Auto Owners Insurance Co. v. Northstar Mutual Insurance Co.	281 N.W.2d 700 (1979)	709
B		
Backman v. Canada	[2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10	694
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 657	851
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	672, 730
Baron v. Canada	[1993] 1 S.C.R. 416	595
Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544	[1998] 1 R.C.S. 1118	115

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544.....	[1998] 1 S.C.R. 1118	115
Bélec c. Canada	[1994] A.C.I. n° 595 (QL)	665
Bélec v. The Queen	95 D.T.C. 121.....	665
Bergstrom c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 539	87
Bergstrom v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 539	87
Bimson v. Johnston	[1957] O.R. 519	501
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	595
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	345, 387
Bonsor v. Musicians' Union	[1955] 3 All E.R. 518.....	506
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342	596
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342	596
Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.	466 U.S. 485 (1984).....	298
Boucher c. La Reine	[1955] R.C.S. 16	219
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	219
Bricmont v. Mathieu	(1987), 7 Q.A.C. 199	886
Brisson c. La Reine.....	[1982] 2 R.C.S. 227	33, 86
Brisson v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 227	33, 86
British Columbia Development Corp. v. Friedmann.....	[1984] 2 S.C.R. 447	798
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	226
Brock v. Cole	(1983), 142 D.L.R. (3d) 461	618
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie).....	[1994] 1 R.C.S. 420	334
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)	[1994] 1 S.C.R. 420	333
Brown v. Travelers Insurance Co.	610 A.2d 127 (1992).....	710
Bruell Float Service Ltd. v. Ontario Hydro	[1976] 1 S.C.R. 9	746
Burchett v. Commonwealth	734 S.W.2d 818 (1987).....	884
Byrne v. Goodyear Canada Inc.	(1981), 33 O.R. (2d) 800	752
C		
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	114
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	576
Canada (Attorney General) v. Viola.....	[1991] 1 F.C. 373	788
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)	[1997] A.C.F. n° 1812 (QL).....	784
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)	[1988] 3 C.F. 551	791
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail).....	[1996] 3 C.F. 609	789
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	256, 292
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	256, 292
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)	(1997) 140 F.T.R. 140	784
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)	[1988] 3 F.C. 551	791
Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 3 F.C. 609	789
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554	576
Canada (Procureur général) c. Viola.....	[1991] 1 C.F. 373	788

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canada (Procureure générale) c. Pearlman.....	[2001] R.J.Q. 2026.....	578
Canada (Procureure générale) v. Pearlman.....	[2001] R.J.Q. 2026.....	578
Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454.....	[1998] 1 R.C.S. 1079.....	114
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454.....	[1998] 1 S.C.R. 1079.....	114
Canada v. Antosko.....	[1994] 2 S.C.R. 312.....	694
Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen.....	[1985] 2 F.C. 84.....	638
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)..	[1996] 3 S.C.R. 480.....	536
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général).....	[1999] 1 R.C.S. 743.....	581
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General).....	[1999] 1 S.C.R. 743.....	581
Canadian Pacific Ltd. v. Paul.....	[1988] 2 S.C.R. 654.....	850
Canadien Pacifique Ltée c. Paul.....	[1988] 2 R.C.S. 654.....	850
Canderel Ltd. v. Canada.....	[1998] 1 S.C.R. 147.....	670
Canderel Ltée c. Canada.....	[1998] 1 R.C.S. 147.....	670
Canning c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 991.....	479
Canning v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 991.....	479
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta.....	[1974] R.C.S. 695.....	177
Cardinal v. Attorney General of Alberta.....	[1974] S.C.R. 695.....	177
Carriers Insurance Co. v. American Policyholders' Insurance Co.	404 A.2d 216 (1979).....	710
Cartwright v. Wharton.....	(1912), 25 O.L.R. 357.....	387
Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville).....	[1996] 3 R.C.S. 84.....	115
Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City).....	[1996] 3 S.C.R. 84.....	115
Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail.....	[1990] 1 R.C.S. 1330.....	639
Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court.....	[1990] 1 S.C.R. 1330.....	639
Chambers v. Mississippi.....	410 U.S. 284 (1973).....	204
Chandler v. Alberta Association of Architects.....	[1989] 2 S.C.R. 848.....	886
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3.....	580
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3.....	580
Civ. 1 ^{re} , 19 avril 1988.....	Bull. civ., n ^o 112, p. 76.....	368
Civ. 1 ^{re} , 5 mai 1976.....	Bull. civ., n ^o 161, p. 128.....	368
Civ. 1st, April 19, 1988.....	Bull. civ., No. 112, p. 76.....	368
Civ. 1st, May 5, 1976.....	Bull. civ., No. 161, p. 128.....	368
Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada.....	(1989), 59 D.L.R. (4th) 533.....	618
Clark v. 449136 Ontario Inc.	(1996), 27 O.R. (3d) 658.....	754
Clost v. Colautti Construction Ltd.	(1985), 52 O.R. (2d) 339.....	753
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	596
Cloutier c. La Reine.....	[1979] 2 R.C.S. 709.....	940
Cloutier v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 709.....	940
C. M. Paula Co. v. Logan.....	355 F.Supp. 189 (1973).....	369
C.N.R. v. Muller.....	[1934] 1 D.L.R. 768.....	259
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739.....	476
Commercial Union Assurance Co. v. Hayden.....	[1977] 1 Q.B. 804.....	717
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369.....	864, 889
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	864, 889
Commonwealth v. Brown.....	323 N.E.2d 902 (1975).....	884
Commonwealth v. Webster.....	59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850).....	50
Compagnie Générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada).....	[1997] 2 F.C. 306.....	361, 396

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Compagnie Générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)	[1997] 2 C.F. 306	361, 396
Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.	[1980] 1 S.C.R. 357	345, 387
Comté de Parkland n° 31 c. Stetar	[1975] 2 R.C.S. 884	303
Confederation Life Insurance Co. v. Shepherd.....	(1996), 88 O.A.C. 398	618
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15 ...	[1997] 1 R.C.S. 487	115, 296
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 504	249
Corbett v. Canada.....	[1997] 1 F.C. 386	663
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	595
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	595
Cork v. Kirby MacLean, Ltd.	[1952] 2 All E.R. 402.....	279
Costello v. Calgary (City).....	(1997), 152 D.L.R. (4th) 453.....	615
County of Parkland No. 31 v. Stetar	[1975] 2 S.C.R. 884	303
Crim., 28 janvier 1888	Bull. crim., n° 46, p. 68	368
Crim., 2 décembre 1964.....	Bull. crim., n° 320, p. 672	368
Crim., 20 octobre 1977	Bull. crim., n° 315, p. 801	368
Crim., January 28, 1888.....	Bull. crim., No. 46, p. 68	368
Crim., December 2, 1964.....	Bull. crim., No. 320, p. 672	368
Crim., October 20, 1977	Bull. crim., No. 315, p. 801	368
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	230, 537, 767
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	230, 537, 767
Dagg c. Canada (Ministre des Finances).....	[1997] 2 R.C.S. 403	789
Dagg v. Canada (Minister of Finance).....	[1997] 2 S.C.R. 403	789
Danson c. Ontario (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1086	595
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086	595
Daviault v. Canadian Motorcycle Assn.	(1985), 49 O.R. (2d) 147	753
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	156
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	156
Dersch c. Canada (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1505	232
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505	232
Dick c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 309	157
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	157
Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality).....	(1996), 149 Sask. R. 68	303
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	923
Director of Public Prosecutions v. Kilbourne	[1973] A.C. 729	941
Director of Public Prosecutions v. P.	[1991] 2 A.C. 447	960
Dominion of Canada General Insurance Co. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	(1985), 64 B.C.L.R. 122	702
Dorfman c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.).....	[1972] A.C.F. n° 200 (QL).....	666
Dorfman v. M.N.R.	[1972] C.T.C. 151	666
Dube v. Labar.....	[1986] 1 S.C.R. 649	259
Dufferin Paving and Crushed Stone Ltd. v. Anger	[1940] S.C.R. 174	748

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	534
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	534
Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa ...	[1982] 2 R.C.S. 616.....	809
Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.	[1998] 2 S.C.R. 129.....	715
Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.	(1994), 56 C.P.R. (3d) 437.....	545
Engler c. Canada.....	[1994] A.C.F. n° 483 (QL).....	674
Engler v. The Queen	94 D.T.C. 6280.....	674
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	[2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62 ...	669, 694
Erichsen v. Last.....	(1881), 4 T.C. 422.....	667
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	100
Ethyl Canada Inc. v. Canada (Attorney General).....	(1998), 17 C.P.C. (4th) 278.....	533
ExpressVu Inc. v. NII Norsat International Inc.	[1998] 1 F.C. 245	578
F		
Fafard v. City of Quebec.....	(1917), 39 D.L.R. 717.....	303
Fetherling v. Boughner	(1978), 40 C.P.R. (2d) 253.....	359, 381
F.N. (Re).....	[2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35	544
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique	[1980] 1 R.C.S. 1031	177
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America....	[1980] 1 S.C.R. 1031	177
Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34	619
Frost v. Olive Series Publishing Co.	(1908), 24 T.L.R. 649	368
F. W. Argue Ltd. v. Howe.....	[1969] S.C.R. 354	747
G		
Galaske v. O'Donnell.....	[1994] 1 S.C.R. 670	260
Galbiati v. City of Regina	[1972] 2 W.W.R. 40	289
Garrick v. Northland Insurance Co.	469 N.W.2d 709 (1991)	709
Geffen c. Succession Goodman	[1991] 2 R.C.S. 353	252, 296
Geffen v. Goodman Estate	[1991] 2 S.C.R. 353	252, 296
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641	172
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Com- mission).....	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	171
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	171
Godin v. London Assurance Co.	(1758), 1 Burr. 489, 97 E.R. 419	705
Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)	(1998), 162 D.L.R. (4th) 574.....	245
Guardian Insurance of Canada v. New Hampshire Insurance Co.	(1997), 193 N.B.R. (2d) 111.....	716
H		
Haack v. Martin.....	[1927] S.C.R. 413	613
Hadley v. Baxendale	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145	620
Harrison's Trial	(1862), 12 How. St. Tr. 833	925

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Hartford Steam Boiler Inspection & Ins. Co. v. Cochran Oil Mill & Ginnery Co.	105 S.E. 856 (1921).....	708
Heppel v. Stewart.....	[1968] S.C.R. 707.....	747
Herbert v. Misuga.....	(1994), 116 Sask. R. 292.....	746
Hickman Motors Ltd. v. Canada.....	[1997] 2 S.C.R. 336.....	668
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	597
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	597
Hodge's Case.....	(1838), 2 Lewin 227.....	945
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	252
Hoffmaster v. Harleysville Insurance Co.	657 A.2d 1274 (1995).....	710
Holmes v. Director of Public Prosecutions.....	[1946] A.C. 588.....	70
Hornak v. Paterson.....	(1966), 58 D.L.R. (2d) 175.....	510
Hovener/Poortvliet.....	HR 19 janvier 1979, NJ 412.....	368
Hovener/Poortvliet.....	HR January 19, 1979, NJ 412.....	368
Hugill c. Canada.....	[1995] A.C.F. n° 655 (QL).....	661
Hugill v. The Queen.....	95 D.T.C. 5311.....	661
Hungerfords v. Walker.....	(1989), 171 C.L.R. 125.....	613

I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1992] 3 R.C.S. 631.....	595
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	595
Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12.....	248
International Brotherhood of Teamsters v. Therien.....	[1960] S.C.R. 265.....	509
International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association.....	[1979] 1 S.C.R. 120.....	509
Interstate Fire & Casualty Co. v. Auto-Owners Insurance Co.	433 N.W.2d 82 (1988).....	709
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	550
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	550
Ivanhoe Inc. c. TUAC, section locale 500.....	[2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47.....	115
Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500.....	[2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47.....	114

J

Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor.....	[1981] 2 S.C.R. 2.....	259, 300
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol.....	[1978] 1 S.C.R. 491.....	321
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	291
Just v. British Columbia.....	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	291

K

Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	333
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	333
Kaye c. Canada.....	[1994] A.C.I. n° 265 (QL).....	665
Kaye v. The Queen.....	98 D.T.C. 1659.....	665

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220	41, 75
King Features Syndicate, Inc. v. O. and M. Kleeman, Ltd.	[1941] A.C. 417	373
Kirkham v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	1998 CarswellOnt 2811	142
Kruger c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 104.....	177
Kruger v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 104.....	177
Kwaku Mensah v. The King	[1946] A.C. 83	73

L

Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.	[1964] 1 W.L.R. 273	399
Lamb-Weston, Inc. v. Oregon Automobile Insurance Co.	341 P.2d 110 (1959).....	711
Landry c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 552	73
Landry v. Ministre du Revenu national	(1994), 173 N.R. 213	660
Landry v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 552.....	73
Latour v. The King.....	[1951] S.C.R. 19	71
L. B. (Plastics) Ltd. v. Swish Products Ltd.	[1979] R.P.C. 551.....	388
Leary c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 29	73
Leary v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 29	73
Lebed v. Chrysler Canada Ltd.	(1979), 25 O.R. (2d) 161	752
Leblanc c. La Reine	[1977] 1 R.C.S. 339	928
Leblanc v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 339	928
Lee v. A.R.T. Co.	125 F.3d 580 (1997).....	371
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740	[1990] 3 R.C.S. 644	114
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.	[1990] 3 S.C.R. 644	114
Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133	[1921] 3 W.W.R. 764	303
Linney c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 646	73
Linney v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 646.....	73
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada.....	[2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62	669, 694

M

M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	542
MacDonald v. Vapor Canada Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 134.....	172
Mahoney c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 834.....	486
Mahoney v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 834.....	486
Makin v. Attorney-General for New South Wales	[1894] A.C. 57	925
Mancini v. Director of Public Prosecutions	[1942] A.C. 1	69
Marchand v. Dominion of Canada General Insurance Co.	[1999] O.J. No. 329 (QL)	711
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada	[1976] 1 R.C.S. 108	581
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada	[1976] 1 S.C.R. 108	581
Martin v. State.....	1732 So.2d 847 (1998)	885
Massie & Renwick, Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau, Ltd.	[1940] S.C.R. 218	359
Mastri c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 C.F. 66	692

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mastri v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 F.C. 66.....	692
Matthews v. MacLaren	(1969), 4 D.L.R. (3d) 557.....	279
Mazza c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 907.....	73
Mazza v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 907.....	73
McCannell v. McLean	[1937] S.C.R. 341.....	259
McGeough v. Stay 'N Save Motor Inns Inc.	(1994), 116 D.L.R. (4th) 137.....	701
Metropolitan Railway Co. v. Jackson.....	(1877), 3 App. Cas. 193.....	52
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802.....	100, 478
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802.....	100, 478
Millar v. Taylor	(1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201.....	355
Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.	856 F.2d 1341 (1988).....	364
Mitchell c. M.R.N.	[2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33.....	168
Mitchell v. M.N.R.	[2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33.....	168
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	297
Mohammad v. Canada	[1998] 1 F.C. 165.....	654
Moldowan c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 480.....	649, 690
Moldowan v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 480.....	649, 690
Molloy v. Bouchard	[1990] R.J.Q. 1941.....	385
Moloney v. The Queen.....	92 D.T.C. 6570.....	693
Montanez v. People.....	966 P.2d 1035 (1998).....	885
Moosehunter c. La Reine.....	[1981] 1 R.C.S. 282.....	177
Moosehunter v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 282.....	177
Morang and Co. v. LeSueur.....	(1911), 45 S.C.R. 95.....	348
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616.....	73
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616.....	73
Morris c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 190.....	925
Morris v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 190.....	925
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board).....	[1989] 1 S.C.R. 1572.....	595
N		
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13.....	115
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13.....	115
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare.....	[1976] 2 S.C.R. 751.....	177
Nelson v. Waverley (Rural Municipality).....	(1988), 65 Sask. R. 260.....	306
Neuman c. M.R.N.	[1998] 1 R.C.S. 770.....	687, 694
Neuman v. M.N.R.	[1998] 1 S.C.R. 770.....	687, 694
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.).....	[1999] 3 S.C.R. 46.....	769
Nichol c. Canada.....	[1993] A.C.I. n° 1541 (QL).....	665
Nichol v. The Queen	93 D.T.C. 1216.....	665
Noël c. Société d'énergie de la Baie James	[2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39.....	639
No Fear, Inc. v. Almo-Dante Mfg. (Canada) Ltd.	(1997), 76 C.P.R. (3d) 414.....	360
Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.	(1960), 27 D.L.R. (2d) 174.....	746
North Star Mutual Insurance Co. v. Midwest Family Mutual Insurance Co.	634 N.W.2d 216 (2001).....	709
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.).....	[1999] 3 R.C.S. 46.....	769

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
Oceanic Exploration Co. v. Denison Mines Ltd.	Ont. Ct. (Gen. Div.), May 8, 1998	618
Olbey c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1008	73
Olbey v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1008	73
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	179
Orchard v. Tunney	[1957] S.C.R. 436	501
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	181
P		
Palsky v. Humphrey	[1964] S.C.R. 580	252
Pappajohn c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 120	29, 75
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	29, 75
Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 R.C.S. 751	177
Paris, 18 mars 1987	D. 1988.Somm.209, note Colombet	368
Paris, 27 avril 1945	Gaz. Pal. 1945.1.192	368
Paris, April 27, 1945	Gaz. Pal. 1945.1.192	368
Paris, March 18, 1987	D. 1988.Somm.209, note Colombet	368
Parnerkar c. La Reine	[1974] R.C.S. 449	33, 72
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	33, 72
Partridge v. Rural Municipality of Langenburg	[1929] 3 W.W.R. 555	263, 289
Peker v. Masters Collection	96 F.Supp.2d 216 (2000)	370
Pembina on the Red Development Corp. v. Triman Industries Ltd.	(1991), 85 D.L.R. (4th) 29	730
People v. McNeeley	575 N.E.2d 926 (1991)	884
People v. Powell	221 P.2d 117 (1950)	884
People v. Rushin	194 N.W.2d 718 (1971)	887
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	40, 87, 595
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	40, 87, 595
Pfennig v. R.	(1995), 127 A.L.R. 99	944
Pichler Ramsay Enterprises Ltd. v. T & T Trucking Ltd.	(1996), 144 Sask. R. 199	746
Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)	[1997] 1 S.C.R. 1015	114, 581
Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)	[1997] 1 R.C.S. 1015	114, 581
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	172
Public Trustee of the Province of Alberta v. Stirling	(1980), 14 Alta. L.R. (2d) 214	429
Q		
Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	585
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27	638
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27	638
Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon- Secours	[1994] 3 R.C.S. 3	580
Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	585

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R		
R. v. Aalders.....	[1993] 2 S.C.R. 482.....	87
R. v. Adams.....	[1995] 4 S.C.R. 707.....	230
R. v. Alphonse.....	(1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17.....	154
R. v. Andrews.....	(1985), 82 Cr. App. R. 148.....	884, 864
R. v. Antinello.....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 126.....	894
R. v. Araujo.....	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65.....	580
R. v. Arcuri.....	[2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54.....	48, 101
R. v. Arp.....	[1998] 3 S.C.R. 339.....	925
R. v. Avetysan.....	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.....	27
R. v. Aylott.....	[1996] 2 Cr. App. R. 169.....	884
R. v. Barrow.....	[1987] 2 S.C.R. 694.....	891
R. v. Batte.....	(2000), 34 C.R. (5th) 197.....	935
R. v. Bazinet.....	(1986), 25 C.C.C. (3d) 273.....	87
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	925
R. v. Beauchamp.....	[2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54.....	27
R. v. Beaulac.....	[1999] 1 S.C.R. 768.....	787
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	93
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	476, 486
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	476, 936
R. v. Biniaris.....	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.....	68
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	233
R. v. B. (L.).....	(1997), 35 O.R. (3d) 35.....	922
R. v. Bosley.....	(1992), 18 C.R. (4th) 347.....	937
R. v. Branton.....	(2001), 53 O.R. (3d) 737.....	579
R. v. Brooks.....	[2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11.....	208
R. v. Budai.....	(2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349.....	888
R. v. Bulmer.....	[1987] 1 S.C.R. 782.....	31, 77
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	227
R. v. Calder.....	[1996] 1 S.C.R. 660.....	228
R. v. Cameron.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 96.....	888
R. v. Carey.....	(1996), 113 C.C.C. (3d) 74.....	471
R. v. Caron.....	(1998), 126 C.C.C. (3d) 84, 16 C.R. (5th) 276.....	86
R. v. Carpenter.....	(1982), 142 D.L.R. (3d) 237.....	939
R. v. Cefia.....	(1979), 21 S.A.S.R. 171.....	884
R. v. Charemski.....	[1998] 1 S.C.R. 679.....	100
R. v. Charlebois.....	[2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53.....	26, 122, 476, 484
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	931
R. v. Cinous.....	[2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.....	870
R. v. Clermont.....	[1986] 2 S.C.R. 131.....	937
R. v. Cole.....	(2000), 143 C.C.C. (3d) 417.....	769
R. v. Collins.....	(1993), 79 C.C.C. (3d) 204.....	102
R. v. Cook.....	(1985), 46 C.R. (3d) 129.....	77
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	958

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Côté	[1964] S.C.R. 358	72
R. v. Coutts	(1998), 16 C.R. (5th) 240	471
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	87
R. v. Davis	[1999] 3 S.C.R. 759	29, 80
R. v. Davison	(1974), 20 C.C.C. (2d) 424	471
R. v. Demeter	(1975), 25 C.C.C. (2d) 417	490
R. v. Dickson	[1994] 1 S.C.R. 153	80
R. v. D. (L.E.)	[1989] 2 S.C.R. 111	935
R. v. Duclos	[1995] Q.J. No. 678 (QL)	87
R. v. Dupras	[2000] B.C.J. No. 1513 (QL)	941
R. v. Edwardson	(1993), 77 B.C.L.R. (2d) 362	484
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	821
R. v. Ereiser	(1997), 156 Sask. R. 71	578
R. v. Esau	[1997] 2 S.C.R. 777	33, 80
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	31, 80, 951
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	87
R. v. Find	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32	103
R. v. Finta	[1994] 1 S.C.R. 701	29, 87, 232
R. v. Fisk	(1996), 108 C.C.C. (3d) 63	86
R. v. Fitzpatrick	[1995] 4 S.C.R. 154	224
R. v. Fleming	(1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183	941
R. v. Follen	[1994] Crim. L.R. 225	884
R. v. Gagnon	(2000), 136 O.A.C. 116	483
R. v. Gayle	(2001), 54 O.R. (3d) 361	595
R. v. Gee	[1982] 2 S.C.R. 286	87
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	580
R. v. Golden	[2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83	596
R. v. Goulis	(1981), 33 O.R. (2d) 55	581
R. v. Gregory Électronique Inc.	[2000] Q.J. No. 4923 (QL)	578
R. v. G. (R.M.)	[1996] 3 S.C.R. 362	103
R. v. H.	[1995] 2 A.C. 596	948
R. v. Hanna	(1990), 57 C.C.C. (3d) 392	937
R. v. Hasselwander	[1993] 2 S.C.R. 398	581
R. v. Head	[1986] 2 S.C.R. 684	863, 873, 904
R. v. Hebert	[1996] 2 S.C.R. 272	33, 86, 126
R. v. Hibbert	(1996), 78 B.C.A.C. 277	475, 491
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914	89
R. v. Huot	(1993), 16 O.R. (3d) 214	940
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	486
R. v. Jennings	[1966] S.C.R. 532	303
R. v. Jolivet	[2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29	486
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	224
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	551
R. v. Kenny	(1996), 108 C.C.C. (3d) 349	949
R. v. Khan	[2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86	232, 476, 486
R. v. King	[1996] N.B.J. No. 449 (QL)	578
R. v. Knibb	(1997), 198 A.R. 161	578

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Krishantharajah	(1999), 133 C.C.C. (3d) 157	471, 487
R. v. Latimer	[2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1	30, 87
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	21, 67
R. v. LeBlanc	[1997] N.S.J. No. 476 (QL)	578
R. v. LeBlanc	[1999] N.S.J. No. 179 (QL)	769
R. v. Lemky	[1996] 1 S.C.R. 757	33, 86
R. v. Lepage	[1995] 1 S.C.R. 654	936
R. v. Lessard	(1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205	894
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	24
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	101, 936
R. v. Livermore	[1995] 4 S.C.R. 123	80
R. v. Lobell	[1957] 1 Q.B. 547	70
R. v. Louison	[1975] 6 W.W.R. 289	73
R. v. Loumoli	[1995] 2 N.Z.L.R. 656	884
R. v. Love	(1997), 117 Man. R. (2d) 123	577
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	597
R. v. Maloney	[1996] 2 Cr. App. R. 303	884
R. v. Malott	(1996), 110 C.C.C. (3d) 499	86
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	960
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	843
R. v. Martin	(1980), 53 C.C.C. (2d) 425	87
R. v. Martineau	(1986), 33 C.C.C. (3d) 573	894
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	190, 231
R. v. McConnell	[1996] 1 S.C.R. 1075	23, 86
R. v. McDonald	(2000), 148 C.C.C. (3d) 273	949
R. v. McKay	(1992), 13 C.R. (4th) 315	87
R. v. McKinnon	(1989), 70 C.R. (3d) 10	87
R. v. Mentuck	[2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76	230, 539
R. v. Michaud	[1996] 2 S.C.R. 458	472
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	595
R. v. Minhas	(1986), 29 C.C.C. (3d) 193	955
R. v. M.O.	[2000] 2 S.C.R. 594, 2000 SCC 49	80
R. v. Monteleone	[1987] 2 S.C.R. 154	100
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	171
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	925
R. v. Murray	(1994), 93 C.C.C. (3d) 70	87
R. v. Nelson	[1968] 2 C.C.C. 179	72
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	297, 597
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	538
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	217
R. v. O.N.E.	[2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77	539
R. v. Open Sky Inc.	[1994] M.J. No. 734 (QL)	578
R. v. Operation Dismantle Inc.	[1983] 1 F.C. 745	821
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	29, 78, 790
R. v. Pan	[2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42	103
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836	29, 79
R. v. Parks	[1992] 2 S.C.R. 871	87

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Pétel.....	[1994] 1 S.C.R. 3.....	20, 116
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	224
R. v. Porritt.....	[1961] 1 W.L.R. 1372.....	73
R. v. Pottier.....	[1999] N.S.J. No. 95 (QL).....	769
R. v. Proctor.....	(1992), 69 C.C.C. (3d) 436.....	937
R. v. Proudlock.....	[1979] 1 S.C.R. 525.....	71
R. v. Rarru.....	(1995), 60 B.C.A.C. 90.....	81
R. v. Reddick.....	[1991] 1 S.C.R. 1086.....	77
R. v. Robertson.....	[1987] 1 S.C.R. 918.....	46, 69
R. v. Robinson.....	[1996] 1 S.C.R. 683.....	33, 86
R. v. Rondeau.....	[1998] O.J. No. 5759 (QL).....	894
R. v. Rowbotham.....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1.....	232, 769
R. v. Rulli.....	(1999), 134 C.C.C. (3d) 465.....	940
R. v. Russell.....	[2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55.....	27, 581
R. v. Ruzic.....	[2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24.....	33, 87
R. v. Salituro.....	[1991] 3 S.C.R. 654.....	596
R. v. Schwartz.....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	30
R. v. Scopelliti.....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 481.....	938
R. v. Scullion.....	[2001] R.J.Q. 2018.....	578
R. v. S.D.S. Satellite Inc.	C.Q. Laval, No. 540-73-000055-980, October 31, 2000.....	578
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	85, 926
R. v. Sharpe.....	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2.....	580
R. v. Sheridan.....	[1991] 2 S.C.R. 205.....	87
R. v. Silva.....	(1994), 31 C.R. (4th) 361.....	80
R. v. Simpson.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337.....	940
R. v. Sims.....	[1946] 1 All E.R. 697.....	936
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	849
R. v. Smith.....	[1992] 2 S.C.R. 915.....	940
R. v. Smith.....	(1915), 84 L.J.K.B. 2153.....	954
R. v. Squire.....	[1977] 2 S.C.R. 13.....	29, 73
R. v. S. (R.D.).....	[1997] 3 S.C.R. 484.....	864, 889
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	226
R. v. Starr.....	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40.....	27
R. v. Stewart.....	(1995), 41 C.R. (4th) 102.....	86
R. v. Stewart.....	[1988] 1 S.C.R. 963.....	345
R. v. Stillman.....	[1997] 1 S.C.R. 607.....	227
R. v. Stinchcombe.....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	220
R. v. Stolz.....	(1996), 71 B.C.A.C. 127.....	81
R. v. Stone.....	[1999] 2 S.C.R. 290.....	87
R. v. Straffen.....	[1952] 2 Q.B. 911.....	938
R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy.....	[1924] 1 K.B. 256.....	892
R. v. Sutherland.....	[1980] 2 S.C.R. 451.....	158
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	171
R. v. Taillefer.....	(1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287.....	87, 894
R. v. Tessier.....	(1997), 113 C.C.C. (3d) 538.....	470, 487
R. v. Thériault.....	[2000] R.J.Q. 2736.....	578

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	33, 87
R. v. T. (L.A.)	(1993), 84 C.C.C. (3d) 90	894
R. v. Tripodi	[1955] S.C.R. 438	72
R. v. Trotter	(1981), 58 C.C.C. (2d) 289	77
R. v. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	479
R. v. Ulybel Enterprises Ltd.	[2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56	581
R. v. Vaillancourt	(1999), 136 C.C.C. (3d) 530	23
R. v. Vodden	(1853), Dears. 229, 169 E.R. 706	884
R. v. Watson	(1996), 50 C.R. (4th) 245	922
R. v. White	(1986), 24 C.C.C. (3d) 1	77
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	225
R. v. Williams	(1985), 50 O.R. (2d) 321	204, 232
R. v. Witter	(1996), 105 C.C.C. (3d) 44	471
R. v. Woods	(1989), 49 C.C.C. (3d) 20	894
R. v. Z.A.	Eng. C.A., March 8, 1999, unreported	884
R. c. Z.A.	C.A. Angl., le 8 mars 1999, inédit	884
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	597
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. .	[2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8	596
Re Barnhill	(1970), 3 N.S.R. (2d) 488	429
Re Bousquet	(1989), 77 Sask. R. 77	429
Re Kemp	(1991), 89 Sask. R. 249	439
Re Leeming	[1985] 1 W.W.R. 369	429
Re R.J.B.	(1997), 160 Sask. R. 306	428
Re Stensrud	(1992), 99 Sask. R. 165	439
Re Young	[1942] O.R. 301	429
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	787
Regina and District Assn. for Community Living Inc. v. Public Trustee	(1992), 88 D.L.R. (4th) 560	428
Reilly c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 396	26
Reilly v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 396	26
Renaud v. OC Transpo	(1992), 9 O.R. (3d) 726	753
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	787
Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)	[1984] A.C.F. n ^o 1135 (QL)	793
Reyes v. Secretary of State	(1984), 9 Admin. L.R. 296	793
Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)	[1993] 1 R.C.S. 497	261
Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)	[1993] 1 S.C.R. 497	261
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	387, 580
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	769
Rogers c. Canada (Service correctionnel)	[2001] 2 C.F. 586	788
Rogers v. Canada (Correctional Service)	[2001] 2 F.C. 586	788
Roopchan c. Canada	[1995] A.C.I. n ^o 339 (QL)	671
Roopchan v. The Queen	96 D.T.C. 1338	671
Rowan v. Toronto R.W. Co.	(1918), 43 O.L.R. 164	616
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	672, 730
Royal Bank v. Tuxedo Transport Ltd.	(2000), 79 B.C.L.R. (3d) 1	728
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369	641
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 1 S.C.R. 369	641
Rubin c. Canada (Ministre des Transports)	[1998] 2 C.F. 430	785

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rubin v. Canada (Minister of Transport).....	[1998] 2 F.C. 430	785
Ruby c. Canada (Solliciteur général).....	[2000] 3 C.F. 589	785
Ruby v. Canada (Solicitor General).....	[2000] 3 F.C. 589	785
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	596
Ryan c. Victoria (Ville).....	[1999] 1 R.C.S. 201	248, 319
Ryan v. 361779 Alberta Ltd.	(1997), 208 A.R. 396	578
Ryan v. Victoria (City).....	[1999] 1 S.C.R. 201	248, 319

S

Sansregret c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 570	80
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	80
Schikosky v. Schikosky	[1995] S.J. No. 263 (QL).....	428
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 78	259, 302
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254	245, 295
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	596
Seagate Hotel Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	(1980), 22 B.C.L.R. 374	713
SEFPO c. Ontario (Procureur général).....	[1987] 2 R.C.S. 2	179
Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court).....	[2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48	115
Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)	[2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48	115
Shell Canada Ltd. v. Canada.....	[1999] 3 S.C.R. 622	672, 694
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	672, 694
Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale.....	[1932] 1 W.W.R. 627	289
Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Kansa General Insurance Co.	(1994), 93 B.C.L.R. (2d) 1	701
Sirois c. M.R.N.	[1987] A.C.F. n° 824 (QL).....	662
Sirois v. M.N.R.	88 D.T.C. 1114.....	662
Skogman c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 93	102
Skogman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 93	102
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	597
Smith v. Anderson.....	(1880), 15 Ch. D. 247	667
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	218
Snow v. The Eaton Centre Ltd.	(1982), 70 C.P.R. (2d) 105.....	350
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	536
Society Brand Clothes Ltd. v. Amalgamated Clothing Workers of America	[1931] S.C.R. 321	505
Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec).....	[1988] 2 R.C.S. 1015	822
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec).....	[1988] 2 S.C.R. 1015	822
St-Jean v. Mercier	[2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15	261, 300
St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)	[1997] 2 S.C.R. 657	851
State v. Brandenburg.....	120 A.2d 59 (1956).....	884
State v. Edwards.....	552 P.2d 1095 (1976).....	884
State v. Fornea.....	140 So.2d 381 (1962)	884
State v. Green.....	995 S.W.2d 591 (1999).....	885
State v. Myers	459 S.E.2d 304 (1995).....	885

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
State v. Williquette	526 N.W.2d 144 (1995)	865
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	248, 295
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	248, 295
Stevenson v. Crook	[1938] Ex. C.R. 299	388
Stewart v. Canada	[2002] 2 S.C.R. 645, 2002 SCC 46	686
Stoddard v. Watson	[1993] 2 S.C.R. 1069	581
Stoppioni v. Bélanger	[1988] R.D.J. 33	384
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	580, 694
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	580, 694
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	181
Sweitzer c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 949	929
Sweitzer v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 949	929
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 445	334
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 445	334
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	597
Szwydny v. Magiera	(1988), 71 Sask. R. 273	428

T

Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants ..	[1901] A.C. 426	506
Terminal Dock and Warehouse Co. c. M.R.N.	[1968] 2 R.C. de l'É. 78	667
Terminal Dock and Warehouse Co. v. M.N.R.	[1968] 2 Ex. C.R. 78	667
Thériault c. Succession de Rémi Thériault	[1977] C.S. 1120	374
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	223
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	223
Tippett v. International Typographical Union, Local 226	(1975), 63 D.L.R. (3d) 522	519
Tom Hopkins International, Inc. v. Wall & Redekop Realty Ltd.	(1984), 1 C.P.R. (3d) 348	359
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital	[1994] 1 S.C.R. 114	245, 295
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital	[1994] 1 R.C.S. 114	245, 295
Tonn v. Canada	[1996] 2 F.C. 73	662, 692
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	115, 296
Town of Hay River v. The Queen	[1980] 1 F.C. 262	846
Tri-Tex Co. v. Gideon	[1999] R.J.Q. 2324	383

U

Underwood v. Ocean City Realty Ltd.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199	245
Underwriters' Survey Bureau Ltd. v. Massie & Renwick Ltd.	[1937] Ex. C.R. 15	359
United Mine Workers of America, Local Union No. 1562 v. Williams	(1919), 59 S.C.R. 240	505
United States of America v. Shepard	[1977] 2 S.C.R. 1067	100
United States v. Dotson	817 F.2d 1127 (1987)	886
United States v. Enjady	134 F.3d 1427 (1998)	941
United States v. York	933 F.2d 1343 (1991)	929

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
V		
Van de Perre v. Edwards	[2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60 ...	245, 317
Ville de Hay River c. La Reine	[1980] 1 C.F. 262	846
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	598
W		
Walls v. Canada	[2002] 2 S.C.R. 684, 2002 SCC 47	681
Walter v. Lane	[1900] A.C. 539	360
Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Co-operative Fire & Casualty Co.	(1980), 119 D.L.R. (3d)	188, 710
Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co.	[1994] 10 W.W.R.	701, 712
Webber v. State	652 S.W.2d 781 (1983)	884
Weddell v. Road Transport and General Insurance Co.	[1932] 2 K.B. 563	712
Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council	[1996] 2 All E.R. 961	619
Westminster Bank Ltd. v. Zang	[1966] A.C. 182	581
WIC Premium Television Ltd. v. General Instrument Corp.	(2000), 272 A.R. 201, 2000 ABQB 628	578
Wildman c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 311	476
Wildman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 311	476
Williams v. Town of North Battleford	(1911), 4 Sask. L.R. 75	304
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670	598
Woods Manufacturing Co. v. The King	[1951] S.C.R. 504	247
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	69
Workman v. The Queen	[1963] S.C.R. 266	41, 76
Wu v. The King	[1934] S.C.R. 609	29, 71
Y		
Young c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 39	87
Young v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 39	87

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		H	
<i>Charter of Human Rights and Freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12		<i>Heritage Conservation Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 187	
s. 10.....	627	s. 12(2)(a).....	146
s. 19.....	627	s. 13(2)(c).....	146
s. 44.....	627	s. 12(2)(d).....	146
<i>Civil Code of Quebec</i> , S.Q. 1991, c. 64		<i>Highway Traffic Act</i> , S.S. 1986, c. H-3.1	
art. 1425.....	336	s. 88(1).....	741
art. 1426.....	336		
art. 1427.....	336	I	
art. 1429.....	336	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
art. 1431.....	336	s. 227(4).....	720
<i>Code of Civil Procedure</i> , R.S.Q., c. C-25		s. 227(4.1).....	720
art. 734.....	336	<i>Income Tax Act</i> , S.C. 1970-71-72, c. 63	
<i>Constitutional Act, 1867</i>		s. 9.....	645, 684
s. 91(24).....	146	s. 20(1)(c)(i).....	645
s. 92(13).....	146	<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-5	
<i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42		s. 2(1) "reserve".....	816
s. 3(1).....	336	<i>Insurance Act</i> , R.S.O. 1990, c. I.8	
s. 38(1).....	336	s. 281(5).....	129
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		L	
s. 34(2).....	3	<i>Labour Code</i> , R.S.Q., c. C-27	
s. 86(1).....	411	s. 47.2.....	627
s. 548(1).....	3	s. 67.....	627
s. 648(1)(b)(iii).....	3, 445	O	
s. 676.1.....	762	<i>Official Languages Act</i> , R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)	
D		s. 60.....	773
<i>Dependent Adults Act</i> , S.S. 1989-90, c. D-25.1		s. 72.....	773
s. 20(3)(a).....	417	s. 73.....	773
F			
<i>Federal Court Rules, 1998</i> , SOR/98-106			
r. 151.....	522		
r. 312.....	522		

	PAGE		PAGE
P		S	
<i>Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21</i>		<i>Statutory Accidents Benefits Schedule —</i>	
s. 12.....	773	<i>Accidents after December 31, 1993 and</i>	
s. 22(1)(b).....	773	<i>before November 1, 1996, O. Reg. 776/93</i>	
s. 47.....	773	s. 71.....	129
<i>Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1</i>		s. 72.....	129
s. 29(6).....	417	<i>Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26</i>	
R		s. 40.....	762
<i>Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2</i>		T	
s. 9(1)(c).....	559	<i>Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263</i>	
<i>Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90,</i>		s. 18(d).....	816
c. R-26.1			
s. 192.....	235		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		H	
<i>Annexe sur les indemnités d'accident légales— accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93</i>		<i>Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187</i>	
art. 71	129	art. 12(2)(a)	146
art. 72	129	art. 13(2)(c)	146
		art. 12(2)(d)	146
C		<i>Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1</i>	
<i>Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12</i>		art. 88(1)	741
art. 10	627	L	
art. 19	627	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 46	627	art. 91(24)	146
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		art. 92(13)	146
art. 1425	336	<i>Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)</i>	
art. 1426	336	art. 227(4)	720
art. 1427	336	art. 227(4.1)	720
art. 1429	336	<i>Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63</i>	
art. 1431	336	art. 9	645, 684
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 20(1)c)(i)	645
art. 34(2)	3	<i>Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26</i>	
art. 86(1)	411	art. 40	762
art. 548(1)	3	<i>Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21</i>	
art. 648(1)b)(iii)	3, 445	art. 12	773
art. 676.1	762	art. 22(1)b)	773
<i>Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25</i>		art. 47	773
art. 734	336	<i>Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2</i>	
<i>Code du travail, L.R.Q., ch. C-27</i>		art. 9(1)c)	559
art. 47.2	627	<i>Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42</i>	
art. 67	627	art. 3(1)	336
D		art. 38(1)	336
<i>Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, ch. D-25.1</i>		<i>Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I-8</i>	
art. 20(3)(a)	417	art. 281(5)	129

	PAGE		PAGE
<i>Loi sur les Indiens</i> , L.R.C. 1985, ch. I-5		P	
art. 2(1) « réserve »	816		
<i>Loi sur les langues officielles</i> , L.R.C. 1985, ch. 31 (4 ^e suppl.)		<i>Public Trustee Act</i> , S.S. 1983, ch. P-43.1	
art. 60	773	art. 29(6).....	417
art. 72	773	R	
art. 73	773	<i>Règles de la Cour fédérale</i> , 1998, DORS/98-106	
<i>Loi sur les terres territoriales</i> , S.R.C. 1952, ch. 263		règle 151.....	522
art. 18d).....	816	règle 312.....	522
		<i>Rural Municipality Act</i> , 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1	
		art. 192	235

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Acorn, A. E. "Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Makin Sense" (1991), 11 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 63.	923
American Bar Association. Judicial Administration Division. <i>Standards Relating to Appellate Courts</i> . Chicago: American Bar Association, 1995.	245
Bartlett, Richard H. <i>Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland – A Study in Law and History</i> . Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1990.	822, 840
Belleau, Charles. « Des mesures provisionnelles ». Dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 2, 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997, 301.	385
Berger, Mark. <i>Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination</i> . Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.	229
Boncompain, Jacques. <i>Le droit d'auteur au Canada : Étude critique</i> . Montréal : Cercle du Livre de France, 1971.	387
Braën, André. "Language Rights". In Michel Bastarache, ed., <i>Language Rights in Canada</i> . Montréal: Yvon Blais, 1987, 1.	814
Braën, André. « Les droits linguistiques ». Dans Michel Bastarache, dir., <i>Les droits linguistiques au Canada</i> . Montréal : Yvon Blais, 1986, 1.	814
Braithwaite, William J. "Derivative Works in Canadian Copyright Law" (1982), 20 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 191. ..	373
Braithwaite, William. J. "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 <i>Supreme Court L.R.</i> 177.	73
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).	142, 713
Brunet, Claude. "Copyright: The Economic Rights". In Gordon F. Henderson, ed., <i>Copyright and Confidential Information Law of Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 129.	362
<i>Cambridge International Dictionary of English</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1996, "palpable"..	246
Canada. Comité législatif sur le projet de loi C-72. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72</i> , Fascicule n ^o 20, 7 juin 1988, p. 20:25, 20:28 - 20:29.	802
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> , et vol. 2, <i>Une relation à redéfinir</i> , partie 2. Ottawa : La Commission, 1996.	827, 840
Canada. Legislative Committee on Bill C-72. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72</i> , Issue No. 20, June 7, 1988, pp. 20:25, 20:29.	802

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 1, <i>Looking Forward, Looking Back</i> , and vol. 2, <i>Restructuring the Relationship</i> , Part 2. Ottawa: The Commission, 1996.	827, 840
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> . Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "a".	584
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> . Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "reproduce".	395
Carrière, Laurent. « Voies et recours civils en matière de violation de droits d'auteur au Canada ». Dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, <i>Développements récents en droit de la propriété intellectuelle</i> . Cowansville, Qué. : Y. Blais, 2001, p. 395.	386
Chevrette, François, et Herbert Marx. <i>Droit constitutionnel : notes et jurisprudence</i> . Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1982.	814
Cohen, Amy B. "When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?" (1999), 17 <i>Cardozo Arts & Ent. L.J.</i> 623.	364
Colas, Émile. « Le droit moral de l'artiste sur son œuvre » (1981), 59 <i>R. du B. can.</i> 521.	390
Cory, Peter deCarteret. <i>The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation</i> . Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.	469
<i>Couch Cyclopedia of Insurance Law</i> , vol. 16, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative, 1983.	706
Crane, Brian, and Henry Brown. <i>Supreme Court of Canada Practice 2000</i> . Toronto: Carswell, 1999.	595, 769
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.	923
Delisle, R. J. "The Direct Approach to Similar Fact Evidence" (1996), 50 <i>C.R.</i> (4th) 286.	923
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	580, 790
Durston, Gregory. "Similar Fact Evidence: A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases" (1996), 160 <i>Justice of the Peace & Local Government Law</i> 359.	957
Eliadis, F. Pearl, and Stuart C. McCormack. "Vanquishing Wizards, Pirates and Musketeers: The Regulation of Encrypted Satellite TV Signals" (1993), 3 <i>M.C.L.R.</i> 211.	592
Evatt, Herbert Vere. <i>The Royal Prerogative</i> . Sydney, Australia: The Law Book Co., 1987.	822
Ferguson, Gerry A., and Bouck, John C. <i>Canadian Criminal Jury Instructions</i> , vol. 2, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf supplemented November 1993).	470, 487
Fien, Cy. "To Profit or Not To Profit: A Historical Review and Critical Analysis of the 'Reasonable Expectation of Profit' Test" (1995), 43 <i>Can. Tax J.</i> 1287.	658
Gendreau, Ysolde. "Moral Rights". In Gordon F. Henderson, ed., <i>Copyright and Confidential Information Law of Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 161.	366
Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 <i>Advocates' Q.</i> 445.	250
Goodhart, A. L. "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 <i>L.Q.R.</i> 402.	257
Goudreau, Mistrale. « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994), 25 <i>R.G.D.</i> 403.	390
<i>Grand Larousse de la langue française</i> , Paris : Librairie Larousse, 1975, « manifeste ».	246
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « manifeste ».	246
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « un, une ».	584

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 141. <i>Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant</i> . London: HMSO, 1996.	924
Grimes, Samuel G. "Insurance – The 'Other Insurance' Clause Conflict" (1967-1968), 46 <i>N.C. L. Rev.</i> 433. ..	710
Guthrie, Mark C. "'Other Insurance' Conflicts: A Common-Sense Proposal" (1984), 36 <i>Baylor L. Rev.</i> 689. ..	710
Handa, Sunny, et al. <i>Communications Law in Canada</i> , loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 2000 (including Service Issues 2001).	589
Hasse, Linda Kogel. "Is There a Solution to the Circular Riddle? The Effect of 'Other Insurance' Clauses on the Public, the Courts, and the Insurance Industry" (1980), 25 <i>S.D. L. Rev.</i> 37.	710
Herman, Jonathan. "Moral Rights and Canadian Copyright Reform: The Impact on Motion Picture Creators" (1989-1990), 20 <i>R.D.U.S.</i> 407.	389
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. <i>Liability of the Crown</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000...	844
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 1).	844
Howell, Robert G., Linda Vincent and Michael D. Manson. <i>Intellectual Property Law: Cases and Materials</i> . Toronto: Emond Montgomery, 1999.	366
Ivamy, Edward Richard Hardy. <i>General Principles of Insurance Law</i> , 3rd ed. London: Butterworths, 1975....	703
Ivamy, Edward Richard Hardy. <i>General Principles of Insurance Law</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1993.	705
Keane, Adrian. <i>The Modern Law of Evidence</i> , 5th ed. London: Butterworths, 2000.	41
Kerans, Roger P. <i>Standards of Review Employed by Appellate Courts</i> . Edmonton: Juriliber, 1994.	245, 297, 434
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	657
Laddie, Hugh, et al. <i>The Modern Law of Copyright and Designs</i> , vol. 1, 3rd ed. London: Butterworths, 2000.	353
Lloyd-Bostock, Sally. "The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record: A Simulation Study", [2000] <i>Crim. L.R.</i> 734.	958
Lordon, Paul. <i>Crown Law</i> . Toronto: Butterworths, 1991.	821, 844
Lordon, Paul. <i>La Couronne en droit canadien</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.	821, 844
Lucas, A., et H.-J. Lucas. <i>Traité de la propriété littéraire & artistique</i> . Paris : Litec, 1994.	368
Maric, Vaso. Annotation to <i>R. v. Burke</i> (2001), 41 C.R. (5th) 135.	869, 883
Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 <i>Alta. L. Rev.</i> 215.	797
Martin, G. Arthur. "Similar Fact Evidence", [1984] <i>Spec. Lect. L.S.U.C.</i> 1.	938
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.	50, 943
McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. <i>The Law of Privacy in Canada</i> . Toronto: Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).	792
McKeown, John S. <i>Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	355, 388
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 2001, release 27).	923

<i>Merriam-Webster's Dictionary of Law</i> . Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1996.	51
Moyse, Pierre-Emmanuel. « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole? » (1998), 43 <i>R.D. McGill</i> 507.	387
Mueller, Christopher B., and Laird C. Kirkpatrick. <i>Federal Evidence</i> , Cumulative Supplement to vol. 2, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1994 & Supp. 2001.	941
<i>New Oxford Dictionary of English</i> . Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "palpable".	246
Nichols, Brian S. "Chants and Ritual Incantations: Rethinking the Reasonable Expectation of Profit Test", 1996 Conference Report, <i>Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference</i> , vol. 1. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 28:1.	667
Note. "Concurrent Coverage in Automobile Liability Insurance" (1965), 65 <i>Colum. L. Rev.</i> 319.	710
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 2000, « reproduire ».	395
Owen, John R. "The Reasonable Expectation of Profit Test: Is There a Better Approach?" (1996), 44 <i>Can. Tax J.</i> 979.	668
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.	923
Perrins, Bryn. <i>Trade Union Law</i> . London: Butterworths, 1985.	505
Pickel, Kerri L. "Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help" (1995), 19 <i>Law & Hum. Behav.</i> 407.	958
Pollaud-Dulian, Frédéric. <i>Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur</i> . Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989.	368
Proulx, Michel, and David Layton. <i>Ethics and Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	201
<i>Random House Dictionary of the English Language</i> , 2nd ed. Edited by Stuart Berg Flexner. New York: Random House, 1987, "palpable".	246
Richard, Hugues G., and L. Carrière et al., eds. <i>Canadian Copyright Act Annotated</i> , vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 4).	362
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000.	86
Rosenberg, Marc. "Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct". In National Criminal Law Program, <i>Criminal Evidence</i> . Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 8.1.	923
Sheppard, Claude-Armand. <i>The Law of Languages in Canada</i> . Étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa : Information Canada, 1971.	814
Sheppard, Claude-Armand. <i>The Law of Languages in Canada</i> . Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Ottawa: Information Canada, 1971.	814
Silver, Sheldon. "Great Expectations: Are They Reasonable?", Corporate Management Tax Conference 1995, <i>Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996, 6:1.	667
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	50, 82, 923
Sorter, George H., Monroe J. Ingberman, and Hillel M. Maximon. <i>Financial Accounting: An Events and Cash Flow Approach</i> . New York: McGraw-Hill, 1990.	612
Stewart, Stephen M. <i>International Copyright and Neighbouring Rights</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1989.	390

Strowel, Alain. <i>Droit d'auteur et copyright : Divergences et convergences : Étude de droit comparé</i> . Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.	367
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.	78
Stuesser, Lee. "Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases" (1997), 39 <i>Crim. L.Q.</i> 160.	923
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.	590, 597
Tamaro, Normand. <i>Le droit d'auteur : Fondements et principes</i> . Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1994.	387
<i>Trésor de la langue française</i> , Paris : Gallimard, 1985, « manifeste ».	246
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.	355
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.	613
Wade, Sir William. <i>Administrative Law</i> , 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.	798
Waldron, Mary Anne. <i>The Law of Interest in Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.	616
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Evidence</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.	50
Weiser, Irit. "The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens" (1988-89), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 318.	70
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.	923
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.	940
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.	864
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.	70
Williams, Glanville. <i>The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial</i> , 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963.	73
Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of <i>Pappajohn v. The Queen</i> " (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 597.	78
Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.	580
Wissler, Roselle L., and Michael J. Saks. "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 <i>Law & Hum. Behav.</i> 37.	958
Woodward, Jack. <i>Native Law</i> . Toronto: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 2).	841
Wright, Charles Alan. "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 <i>Minn. L. Rev.</i> 751.	245

The Commissioner of Official Languages *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Robert Lavigne *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

The Privacy Commissioner of Canada *Intervener*

INDEXED AS: LAVIGNE v. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES)

Neutral citation: 2002 SCC 53.

File No.: 28188.

2002: January 17; 2002: June 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Privacy — Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

Le Commissaire aux langues officielles *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Robert Lavigne *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LAVIGNE c. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES)

Référence neutre : 2002 CSC 53.

N° du greffe : 28188.

2002 : 17 janvier; 2002 : 20 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)b de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

Official languages — Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner's right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Suppl.), ss. 60, 72, 73.

The respondent, a federal public servant, filed complaints with the Commissioner of Official Languages ("COL") alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. In conducting their investigation the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages ("OCOL") encountered problems because certain employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. The investigators gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits prescribed by the *Official Languages Act* ("OLA"). The investigation report concluded that the complaints were well founded and submitted recommendations to the Department concerned, which agreed to implement them.

While those proceedings were going on, the respondent made a request to the COL, under s. 12 of the *Privacy Act* ("PA"), for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made. A copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(b) PA. That provision gives the COL the power to refuse access to information requested "the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the conduct of lawful investigations". Several other requests by the respondent were refused. He filed a complaint with the Privacy Commissioner ("PC") and following a process of mediation, a number of witnesses who had been questioned agreed to a copy of the personal information contained in the notes of the OCOL investigators being given to the respondent. The PC ruled that the personal information contained in the testimony of the other people questioned, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(b) PA. The respondent then brought an application for judicial review of the COL's decision refusing to disclose the

Langues officielles — Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d'un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

L'intimé, un fonctionnaire fédéral, dépose auprès du Commissaire aux langues officielles (« CLO ») des plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d'emploi et de promotion. Au cours de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles se heurtent à des difficultés puisque, craignant des représailles de la part de l'intimé, certains employés hésitent à fournir des renseignements. Les enquêteurs donnent l'assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites prévues par la *Loi sur les langues officielles* (« LLO »). Le rapport d'enquête conclut au bien-fondé des plaintes et fait des recommandations au ministère visé, lequel convient d'y donner suite.

Parallèlement à ces procédures, l'intimé présente au CLO, en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« LPRP »), une demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées. Une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)(b) LPRP. Cette disposition confère au CLO le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si « la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire [. . .] au déroulement d'enquêtes licites ». Plusieurs autres demandes de l'intimé sont refusées. Il dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée (« CPVP ») et à la suite d'un processus de médiation, plusieurs témoins interrogés consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. Le CPVP statue que, à défaut du consentement des autres personnes interrogées, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)(b) LPRP.

information requested. The dispute relates to the personal information concerning the respondent as well as non-personal information contained in the interview notes of the OCOL investigators. In the case of the personal information, the respondent's request relates only to the notes of the interview with his supervisor. The Federal Court, Trial Division ordered disclosure of the personal information requested by the respondent. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. The Federal Court of Appeal affirmed that decision. The issue on the main appeal is whether, pursuant to s. 22(1)(b) PA, disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the COL. The issue on the cross-appeal is whether the respondent is entitled to information other than personal information.

Held: The main appeal and the cross-appeal should be dismissed.

This case concerns the application of the OLA and the PA in relation to each other. The provisions at issue must therefore be reconciled and read together. Parliament has made it plain that the PA applies to the OCOL. However, the PA, including the power provided in s. 22(1)(b), must be applied to the OCOL in a manner consistent with the objective of the OLA of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions and with the unique context in which the COL's investigations, the private and confidential nature of which is important, are conducted. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. If Parliament had not enacted the provisions requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential to protect them, it might have been difficult to achieve the objectives of the OLA. This confidentiality is not absolute, however, given the limits imposed by ss. 72, 73 and 74 OLA and the PA. When a request for disclosure of information is made under the PA, the COL may refuse access to the information requested under s. 22(1)(b) PA. That provision allows the exception to disclosure to be used once an investigation is over. Neither the definition of the word "investigation" in s. 22(3) nor the wording of s. 22(1)(b) should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway, those that are about to commence or specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that provision. The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(b), however,

L'intimé intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du CLO lui refusant la communication des renseignements demandés. La contestation vise les renseignements personnels concernant l'intimé ainsi que les renseignements non personnels contenus dans les notes d'entrevue des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. En ce qui concerne les renseignements personnels, la demande de l'intimé ne porte que sur les notes relatives à l'entrevue de sa superviseuse. La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision. Le pourvoi principal vise à déterminer si, aux termes de l'al. 22(1)b) LPRP, la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le CLO. Le pourvoi incident soulève la question de savoir si l'intimé a droit aux renseignements autres que personnels.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le litige porte sur l'application de la LLO et de la LPRP en regard l'une de l'autre. Les dispositions en jeu doivent donc être conciliées et lues ensemble. Le législateur a en effet clairement indiqué que la LPRP s'applique au Commissariat aux langues officielles. Cette application, y compris l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)b) LPRP, doit se faire cependant dans le respect des objectifs de la LLO de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales, et du contexte particulier des enquêtes du CLO, dont le caractère secret et confidentiel est un élément important. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Si le législateur n'avait pas prévu de dispositions imposant le secret et la confidentialité pour les protéger, les objectifs de la LLO pourraient difficilement être atteints. Cette confidentialité n'est toutefois pas absolue vu les limites imposées par les art. 72, 73 et 74 LLO et la LPRP. Lors d'une demande de communication de renseignements en vertu de la LPRP, le CLO peut refuser l'accès aux renseignements demandés en vertu de l'al. 22(1)b) LPRP. Cette disposition permet d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation une fois l'enquête close. Ni la définition du mot « enquête » apparaissant au par. 22(3) ni le libellé de l'al. 22(1)b) ne doivent s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours, à celles sur le point de commencer ou encore à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cette disposition. La non-divulgation des renseignements

is authorized only where disclosure “could reasonably be expected” to be injurious to investigations. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The COL has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly.

In this case, it cannot reasonably be concluded from the COL’s statements that disclosure of the interview notes that are the subject of the judicial review application could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his future investigations. The COL has not established, as required by s. 47 PA, that his discretion was properly exercised. His decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the COL shows instead that his decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that the person interviewed had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to his investigations the latter might cause. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the interview notes on future investigations, an attempt was made to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by the PA and the OLA. The COL must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In this case, the COL has not shown that it is reasonable to maintain confidentiality.

With respect to the cross-appeal, the respondent cannot obtain disclosure of information other than personal information since his request is based on s. 12(1) PA, which provides that only personal information may be disclosed.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140

personnels prévue à l’al. 22(1)*b*) n’est toutefois autorisée que s’il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l’enquête. Il faut qu’il y ait un lien clair et direct entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l’organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d’assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l’intégrité du processus d’enquête. Le CLO a l’obligation d’être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l’application de son pouvoir.

En l’espèce, les affirmations du CLO ne permettent pas raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d’entrevue visées par le recours en révision judiciaire risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Le CLO n’a pas fait la preuve, comme le prévoit l’art. 47 LPRP, du bien-fondé de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Sa décision doit être basée sur des motifs réels et liés au cas précis à l’étude. La preuve déposée par le CLO démontre plutôt que sa décision de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s’appuie sur l’absence de consentement à la divulgation de la personne interviewée et n’établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer à ses enquêtes. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d’entrevue sur les enquêtes futures, on a tenté de faire une preuve générale que l’absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Or, l’autorisation de divulguer les notes d’entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la LPRP et la LLO. Le CLO doit exercer son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. En l’espèce, le CLO n’a pas démontré qu’il est raisonnable de maintenir la confidentialité.

Quant au pourvoi incident, l’intimé ne peut obtenir la divulgation d’informations autres que des renseignements personnels puisque sa demande est fondée sur le par. 12(1) LPRP qui prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être communiqués.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration*

F.T.R. 140; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, Part IV [rep. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3); repl. *idem*, Sch. II].

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), preamble, ss. 2, Part IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, Part X, 77(3), 78, 82.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "personal information", (g), 4, 7, 8(1), (2) [am. c. 1 (3rd Supp.), s. 12 (Sch., item 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(b), 18 à 28, 22(1)(b), (3), 29(1)(a), (b), (c), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, Schedule [am. c. 31 (4th Supp.), s. 101].

Authors Cited

Braën, André. "Language Rights". In Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1987, 1.

Canada. Legislative Committee on Bill C-72. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, pp. 20:25, 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto: Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

et du statut de réfugié, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. n° 1135 (QL); *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, partie IV [abr. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3); rempl. *idem*, ann. II].

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », g), 4, 7, 8(1), (2) [mod. ch. 1 (3^e suppl.), art. 12 (ann., n° 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(b), 18 à 28, 22(1)(b), (3), 29(1)(a), (b), (c), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, annexe [mod. ch. 31 (4^e suppl.), art. 101].

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), préambule, art. 2, partie IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, partie X, 77(3), 78, 82.

Doctrine citée

Braën, André. « Les droits linguistiques ». Dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 1.

Canada. Comité législatif sur le projet de loi C-72. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule n° 20, 7 juin 1988, p. 20:25, 20:28 - 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada*. Toronto : Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Ottawa: Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 261 N.R. 19, [2000] F.C.J. No. 1412 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] F.C.J. No. 1527 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Barbara A. McIsaac, Q.C., Johane Tremblay and Gregory S. Tzemenakis, for the appellant/respondent on the cross-appeal.

Robert Lavigne, on his own behalf.

Dougald E. Brown and Steven Welchner, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

1

This case involves the application of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, in relation to each other, and at issue is the right of access to personal information collected in private in an investigation conducted under the *Official Languages Act*. More precisely, we must decide whether disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the Commissioner of Official Languages.

II. Facts

2

The respondent, Robert Lavigne, worked in the Montreal office of the Department of National

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada*. Étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa : Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 261 N.R. 19, [2000] A.C.F. n° 1412 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] A.C.F. n° 1527 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Barbara A. McIsaac, c.r., Johane Tremblay et Gregory S. Tzemenakis, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Robert Lavigne, en personne.

Dougald E. Brown et Steven Welchner, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, en regard l'une de l'autre et vise le droit d'accès aux renseignements personnels recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée sous le régime de la *Loi sur les langues officielles*. Plus précisément, il nous faut décider si la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le Commissaire aux langues officielles.

II. Les faits

L'intimé, Robert Lavigne, travaillait au bureau de Montréal du ministère de la Santé nationale

Health and Welfare (now the Department of Human Resources Development Canada (“the Department”). Between November 1992 and March 1993 he filed four complaints with the Commissioner of Official Languages (“the Commissioner”) alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. The respondent complained that he had been forced to use French.

In the course of their investigation, the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages questioned some 25 employees of the Department, including the respondent, his immediate supervisor and some of his co-workers, as well as managers and other employees. The investigators encountered problems in conducting their investigation because a number of Department employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. In those instances, the investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an ombudsman, and the private nature of the investigations. They gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits of ss. 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*.

After the interviews were conducted, the investigation report concluded that the respondent’s four complaints were well founded and made five recommendations to the Department. The Department did not question the Commissioner’s findings, and agreed to implement the recommendations.

After the Commissioner’s report was submitted, the respondent applied to the Federal Court, Trial Division for a remedy from the Department under Part X of the *Official Languages Act*. The Federal Court, being of the opinion that an application under that Part is a proceeding *de novo*, based its decision on the evidence submitted in affidavit form, and not on the evidence contained in the Commissioner’s investigation files. The affidavits included those of France Doyon, Jacqueline Dubé and Normand Chartrand. The respondent had an opportunity to cross-examine the Department’s witnesses, including those three individuals, but did not do so. On October 30, 1996, the Federal Court (whose

et du Bien-être social (à présent le ministère du Développement des ressources humaines Canada (« le ministère »)). Entre novembre 1992 et mars 1993, il a déposé auprès du Commissaire aux langues officielles (« le commissaire ») quatre plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d’emploi et de promotion. L’intimé se plaignait d’être forcé d’utiliser le français.

Dans le cadre de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles interrogent quelque 25 employés du ministère, y compris l’intimé, sa superviseure immédiate et quelques-uns de ses collègues de travail ainsi que des gestionnaires et d’autres employés. Les enquêteurs se heurtent à des difficultés au cours de leur enquête, parce qu’un certain nombre d’employés du ministère sont réticents à fournir des renseignements, craignant des représailles de la part de l’intimé. Les enquêteurs expliquent alors le rôle et la mission du commissaire à titre d’ombudsman et le caractère secret des enquêtes. Ils donnent l’assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites des art. 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*.

À la suite des entrevues, le rapport d’enquête conclut au bien-fondé des quatre plaintes de l’intimé et fait cinq recommandations au ministère. Celui-ci ne met pas en doute les conclusions du commissaire et convient d’y donner suite.

À la suite du rapport du commissaire, l’intimé s’adresse à la Section de première instance de la Cour fédérale pour obtenir réparation du ministère en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*. Considérant qu’une demande en vertu de cette partie est une procédure *de novo*, la Cour fédérale fonde sa décision sur la preuve par affidavits et non sur la preuve contenue dans les dossiers d’enquête du commissaire. Parmi les affidavits se trouvent ceux de France Doyon, Jacqueline Dubé et Normand Chartrand. L’intimé avait la possibilité de contre-interroger les témoins du ministère, y compris ces trois personnes, mais ne s’en est pas prévalu. Le 30 octobre 1996, la Cour fédérale (dont

3

4

5

decision was affirmed on appeal (1998), 228 N.R. 124) ordered the Department to pay the respondent \$3,000 in damages and to write him a letter of apology: [1997] 1 F.C. 305.

6 On July 7, 1993, while those proceedings were going on, the respondent made an initial request to the Commissioner for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made to him. On September 10, 1993, a copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*, *inter alia*. Several additional requests for information were subsequently submitted to the Commissioner, but they were denied.

7 In September 1994, the respondent filed a complaint with the Privacy Commissioner, who launched an investigation in the course of which he attempted to settle the respondent's complaints by mediation. Through this process, a number of witnesses who had been questioned by the Commissioner's representatives agreed to a copy of the personal information contained in the investigators' notes being given to the respondent. However, the testimony of 10 other individuals was not covered by the settlement agreement, either because they could not be located or because they had denied or not responded to the request. On April 25, 1997, the Privacy Commissioner ruled that the personal information contained in the testimony of those 10 people, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*.

8 Following the proceedings before the Privacy Commissioner, the Commissioner again refused to disclose certain personal information to the respondent. The respondent then brought an application for judicial review of the Commissioner's decision. The documents originally in issue in his application to the Federal Court are the complete notes taken by the investigators in the Office of

la décision a été confirmée par la suite en appel (1998), 228 N.R. 124) a ordonné au ministère de verser à l'intimé le montant de 3 000 \$ à titre de dommages-intérêts et de lui écrire une lettre d'excuse : [1997] 1 C.F. 305.

Parallèlement à ces procédures, le 7 juillet 1993, l'intimé présente au commissaire une première demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès de celui-ci. Le 10 septembre 1993, une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Plusieurs autres demandes de renseignements sont présentées au commissaire par la suite, mais sont refusées.

En septembre 1994, l'intimé dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et celui-ci ouvre une enquête au cours de laquelle il tente de régler les plaintes de l'intimé par la médiation. Par la suite, plusieurs témoins interrogés par les représentants du commissaire consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs. Toutefois, les témoignages de 10 autres personnes demeurent exclus de cette entente à l'amiable soit parce qu'elles n'ont pu être retrouvées, soit parce qu'elles ont refusé ou n'ont pas répondu à la demande. Le 25 avril 1997, le Commissaire à la protection de la vie privée statue que, à défaut du consentement de ces 10 personnes, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

À la suite de ces procédures devant le Commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire maintient son refus de communiquer certains renseignements personnels à l'intimé. Celui-ci intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du commissaire. Les documents visés à l'origine dans son recours devant la Cour fédérale sont les notes complètes des enquêteurs du

the Commissioner of Official Languages during the interviews held with the following people: the district manager of the Montreal office, Normand Chartrand; the respondent's immediate supervisor, Jacqueline Dubé; and the regional coordinator of official languages, France Doyon. Normand Chartrand and France Doyon subsequently agreed to disclosure by the Commissioner of the personal information concerning the respondent in the notes of their interviews. The dispute therefore relates to the personal information contained in the notes of the interview with Ms. Dubé and the notes relating to these three individuals that do not contain any personal information about the respondent.

The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal set aside the Commissioner's decision in part and ordered disclosure of the personal information requested. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. It is those decisions that are the subject of these appeals.

In the main appeal, the appellant is seeking to have the decision of the Federal Court of Appeal ordering him to disclose the personal information he holds set aside. In the cross-appeal, the respondent is seeking to have all of the relevant information (whether or not it is personal information) disclosed by the Commissioner.

III. Relevant Statutory Provisions

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

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.

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

Commissariat aux langues officielles prises au cours des entrevues menées auprès des personnes suivantes : le directeur de district du bureau de Montréal, Normand Chartrand, la superviseuse immédiate de l'intimé, Jacqueline Dubé, et la coordinatrice régionale des langues officielles, France Doyon. Normand Chartrand et France Doyon ont par la suite consenti à la divulgation par le commissaire des renseignements personnels concernant l'intimé qui se trouvent dans les notes de leurs entrevues. La contestation porte donc sur les renseignements personnels contenus dans les notes d'entrevue avec M^{me} Dubé ainsi que les notes se rapportant à ces trois personnes mais ne renfermant aucun renseignement personnel sur l'intimé.

La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont infirmé en partie la décision du commissaire et ordonné la divulgation des renseignements personnels demandés. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. Ces décisions font l'objet du présent pourvoi.

Dans l'appel principal, l'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel fédérale lui ordonnant de divulguer des renseignements personnels qu'il détient. Dans l'appel incident, l'intimé demande que le commissaire divulgue l'ensemble des informations pertinentes (qu'il s'agisse de renseignements personnels ou non).

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

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.

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

9

10

11

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

(a) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

(b) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy 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 Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(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.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé

establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(b) or (c) or 24(a), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

(2) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any federal institution, the Commissioner shall, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or institution a full and ample opportunity to answer any adverse allegation or criticism, and to be assisted or represented by counsel for that purpose.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

73. The Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to carry out an investigation under this Act; or

(b) in the course of proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)b) ou c) ou 24a), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.)

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

(2) Le commissaire n'est pas obligé de tenir d'audience, et nul n'est en droit d'exiger d'être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l'enquête, il estime qu'il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à une institution fédérale, il prend, avant de clore l'enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet et, à cette fin, de se faire représenter par un avocat.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi.

73. Le commissaire peut communiquer ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à communiquer :

a) les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes;

b) des renseignements, soit lors d'un recours formé devant la Cour fédérale aux termes de la partie X, soit lors de l'appel de la décision rendue en l'occurrence.

74. The Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

IV. Decisions of the Lower Courts

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 157 F.T.R. 15

12 Dubé J. allowed the application for judicial review of the Commissioner's decision. Section 2 of the *Privacy Act* provides, *inter alia*, that the purpose of the Act is to extend the present laws of Canada that provide individuals with a right of access to personal information about themselves. Consequently, in the opinion of Dubé J., disclosure is the rule and withholding is the exception. Section 22(1)(b) of the *Privacy Act* is an exception to the general rule and accordingly must be narrowly construed. It provides a limited exemption relating solely to investigations that are underway or about to begin, and not future investigations. Being of the view that the investigation was over, Dubé J. concluded that s. 22(1)(b) did not apply.

13 In addition, Dubé J. concluded that the Commissioner had not established that the disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to the conduct of its investigations (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140 F.T.R. 140). Promises of confidentiality are not essential because the Commissioner has the power to issue *subpoenas*.

14 Under s. 49 of the *Privacy Act*, Dubé J. ordered the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent. However, the *Privacy Act* does not entitle the respondent to require the disclosure of information other than "personal information".

74. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance au cours d'une enquête, dans l'exercice de leurs attributions, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom ou sous son autorité ont qualité pour témoigner, mais ne peuvent y être contraints que lors des circonstances visées à l'alinéa 73b).

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale* (1998), 157 F.T.R. 15

Le juge Dubé accueille la demande de révision judiciaire de la décision du commissaire. L'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit, entre autres, que cette loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent. Par conséquent, selon le juge de la Cour fédérale, la divulgation est la règle et la rétention est l'exception. L'alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue une exception à la règle générale et doit, par conséquent, être interprété restrictivement. Il énonce une exclusion restreinte qui concerne seulement des enquêtes en cours ou sur le point de commencer et non des enquêtes futures. Considérant que l'enquête est close, le juge Dubé conclut que l'al. 22(1)b) ne s'applique pas.

De plus, le juge Dubé conclut que le commissaire n'a pas réussi à établir que la communication des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL) (1^{re} inst.)). Les promesses de confidentialité ne sont pas nécessaires, car le commissaire a le pouvoir de décerner des citations à comparaître.

En vertu de l'art. 49 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le juge Dubé ordonne à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé. Toutefois, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne confère aucun droit à l'intimé d'exiger la divulgation d'informations autres que les « renseignements personnels ».

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 261 N.R. 19

Sharlow J.A., on behalf of the court, affirmed the decision of Dubé J. and dismissed the appeal. The Federal Court of Appeal was also of the opinion that s. 22(1)(b) of the *Privacy Act* does not apply to protect the information that the Commissioner collected in the course of an investigation, once the investigation has concluded (*Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*).

Sharlow J.A. also rejected the appellant's argument that Dubé J. had failed to consider whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada, within the meaning of s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*. In the opinion of Sharlow J.A., the evidence in the record was not capable of supporting such a conclusion. It established, at most, the possibility that witnesses may be reluctant to cooperate in an investigation unless they have an absolute assurance of secrecy. Sharlow J.A. upheld Dubé J.'s decision ordering the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent.

The Federal Court of Appeal also dismissed the cross-appeal on the ground that a request under the *Privacy Act* may be made only to obtain personal information.

V. IssuesA. *Main Appeal*

1. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the Commissioner may not rely on s. 22(1)(b) of the *Privacy Act* to refuse to disclose personal information that was collected in the course of an investigation conducted under the *Official Languages Act*, when the Commissioner's investigation has concluded?

B. *Cour d'appel fédérale* (2000), 261 N.R. 19

Le juge Sharlow, au nom de la cour, confirme la décision du juge Dubé et rejette l'appel. La Cour d'appel fédérale est aussi d'avis que l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas de façon à protéger les renseignements que le commissaire recueille au cours d'une enquête, une fois que celle-ci est terminée (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité).

Par ailleurs, le juge Sharlow rejette l'argument de l'appelant selon lequel le juge Dubé a omis d'évaluer si la divulgation risquait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales, d'après l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon le juge Sharlow, la preuve au dossier ne peut étayer pareille conclusion. Elle démontre, tout au plus, que certains témoins seront réticents à collaborer à l'enquête sans une assurance absolue de confidentialité. Le juge Sharlow confirme la décision du juge Dubé ordonnant à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé.

La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel incident au motif qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est possible que pour obtenir des renseignements personnels.

V. Questions en litigeA. *Pourvoi principal*

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le commissaire ne peut invoquer l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour refuser de communiquer des renseignements personnels qui ont été recueillis au cours d'une enquête menée en application de la *Loi sur les langues officielles*, lorsque l'enquête du commissaire est terminée?

15

16

17

18

2. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that there were no reasonable grounds for the Commissioner's refusal?

B. *Cross-Appeal*

19 Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the respondent was not entitled to information other than personal information?

VI. Analysis

A. *Applicable Legislation*

20 The issue in this case is the application of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* in relation to each other. What we must first do is to ascertain the purpose and scope of the two Acts, and analyse the respective roles of the two Commissioners. It will then be possible, having regard to those general principles, to consider the statutory provisions on which the parties rely.

21 The *Official Languages Act* is a significant legislative response to the obligation imposed by the Constitution of Canada in respect of bilingualism in Canada. The preamble to the Act refers expressly to the duties set out in the Constitution. It cites the equality of status of English and French as to their use in the institutions of the Parliament and government of Canada and the guarantee of full and equal access in both languages to Parliament and to the laws of Canada and the courts. In addition, the preamble states that the Constitution provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with and receive services from any institution of the Parliament or government of Canada in English and French. The fact that the *Official Languages Act* is a legislative measure taken in order to fulfil the constitutional duty in respect of bilingualism is not in doubt.

22 Section 2 of the *Official Languages Act* sets out the purpose of the Act:

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all fed-

2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le refus du commissaire n'était pas fondé sur des motifs raisonnables?

B. *Pourvoi incident*

La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que l'intimé n'a pas droit aux renseignements autres que personnels?

VI. Analyse

A. *Les lois applicables*

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en regard l'une de l'autre. Dans un premier temps, on doit en cerner l'objet et la portée et analyser le rôle respectif des deux commissaires. C'est à la lumière de ces principes généraux qu'il sera possible, par la suite, de traiter des dispositions invoquées par les parties.

La *Loi sur les langues officielles* est une réponse législative importante à l'obligation imposée par la Constitution canadienne en matière de bilinguisme au Canada. Son préambule fait expressément référence aux obligations linguistiques prévues par la Constitution. Il rappelle le statut d'égalité quant à l'usage du français et de l'anglais dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada de même que l'universalité d'accès dans ces deux langues au Parlement et à ses lois ainsi qu'aux tribunaux. De plus, le préambule mentionne que la Constitution offre des garanties quant au droit du public d'utiliser le français et l'anglais dans leurs communications avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Il ne fait donc aucun doute que la *Loi sur les langues officielles* est une mesure législative prise dans le but de répondre à l'obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme.

L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* en énonce la mission :

2. La présente loi a pour objet :

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans

eral institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(b) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(c) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

Those objectives are extremely important, in that the promotion of both official languages is essential to Canada's development. As this Court said in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The *Official Languages Act* is more than just a statement of principles. It imposes practical requirements on federal institutions, as Bastarache J. wrote in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24:

The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe, supra*, at p. 365. It also means that

les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

Ces objectifs sont fort importants, car la promotion des deux langues officielles est essentielle au bon développement du Canada. Comme le disait notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744 :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

La *Loi sur les langues officielles* va au-delà d'un énoncé de principes. Elle impose des exigences pratiques aux institutions fédérales, comme le mentionne le juge Bastarache dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24 :

L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à

the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. [Emphasis added.]

23

The importance of these objectives and of the constitutional values embodied in the *Official Languages Act* gives the latter a special status in the Canadian legal framework. Its quasi-constitutional status has been recognized by the Canadian courts. For instance, in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at p. 386 (see also *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.), at pp. 602-3), the Federal Court of Appeal said:

The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it." [Emphasis added.]

The Federal Court was correct to recognize the special status of the *Official Languages Act*. The constitutional roots of that Act, and its crucial role in relation to bilingualism, justify that interpretation.

24

The *Privacy Act* is also fundamental in the Canadian legal system. It has two major objectives. Its aims are, first, to protect personal information held by government institutions, and second, to provide individuals with a right of access to personal information about themselves (s. 2). Obviously, it is the second objective that is in issue in these appeals. Until 1983, the core elements of the legal guarantees of the confidentiality of personal information were set out in Part IV of the *Canadian Human Rights*

la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. [Je souligne.]

L'importance de ces objectifs de même que les valeurs constitutionnelles incarnées par la *Loi sur les langues officielles* confèrent à celle-ci un statut privilégié dans l'ordre juridique canadien. Son statut quasi-constitutionnel est reconnu par les tribunaux canadiens. Ainsi, la Cour d'appel fédérale s'exprimait de la façon suivante dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, p. 386 (voir également *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1^{re} inst.), p. 602-603) :

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment « certains objectifs fondamentaux de notre société » et qui doivent être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent. » [Je souligne.]

C'est à juste titre que la Cour fédérale a reconnu le statut privilégié de la *Loi sur les langues officielles*. Les racines constitutionnelles de cette loi de même que son rôle primordial en matière de bilinguisme justifient une telle interprétation.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également une loi fondamentale du système juridique canadien. Elle a deux objectifs importants. Elle vise, premièrement, à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, deuxièmement, à assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent (art. 2). Le présent pourvoi s'intéresse évidemment à l'analyse du deuxième objectif. Jusqu'en 1983, c'était la

Act, S.C. 1976-77, c. 33. Part IV of the *Canadian Human Rights Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3)) and replaced by the *Privacy Act* (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II). In view of the quasi-constitutional mission of that Act, the courts have recognized its special nature. In *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at p. 652, Noël J. of the Federal Court, Trial Division wrote:

The enactment by Parliament of Part IV of the *Canadian Human Rights Act*, later replaced by the *Privacy Act*, illustrated its recognition of the importance of the protection of individual privacy. A purposive approach to the interpretation of the *Privacy Act* is thus justified by the statute's quasi-constitutional legislative roots. [Emphasis added.]

The *Privacy Act* is a reminder of the extent to which the protection of privacy is necessary to the preservation of a free and democratic society. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, La Forest J. wrote (although he dissented, he spoke for the entire Court on this point):

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.

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*

partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, qui contenait l'essentiel des garanties légales de confidentialité des renseignements personnels. La partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut abrogée (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3)) et remplacée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II). Considérant la vocation quasi-constitutionnelle de cette loi, les tribunaux en ont reconnu le caractère privilégié. C'est ainsi que le juge Noël, de la Section de première instance de la Cour fédérale, s'exprimait dans *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, p. 652 :

L'adoption, par le Parlement, de la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, remplacée depuis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, montre toute l'importance qu'on accorde à la protection de la vie privée des individus. Compte-tenu de cette origine législative quasi constitutionnelle de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est à juste titre qu'on l'interprète en fonction de son objet. [Je souligne.]

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* rappelle à quel point la protection de la vie privée est nécessaire au maintien d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest affirmait (bien qu'il soit dissident, il exprime sur ce point l'opinion de l'ensemble de la Cour) :

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

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.

La Forest J. also did not hesitate in that case to recognize “the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture” (para. 69). La Forest J. added, at para. 61, that the overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy:

It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

And lastly, L’Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, wrote on the question of the importance of protecting privacy in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 614:

The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* “to be secure against unreasonable search or seizure”. This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information may be used to those for which it was received. [Emphasis in original.]

The *Official Languages Act* and the *Privacy Act* are closely linked to the values and rights set out in the Constitution, and this explains the quasi-constitutional status that this Court has recognized them as having. However, that status does not operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation, defined by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

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.

De plus, dans cette même affaire, le juge La Forest n’a pas hésité à reconnaître, « le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique » (par. 69). Le juge La Forest ajoute également, au par. 61, que la loi en matière d’information a pour objet général de favoriser la démocratie :

Elle aide à 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.

Enfin, madame le juge L’Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, s’exprimait ainsi à l’égard de l’importance de la protection de la vie privée dans l’arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 614 :

L’importance fondamentale qu’accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l’art. 8 de la *Charte* « contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus. [Souligné dans l’original.]

La *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont étroitement liées aux valeurs et aux droits prévus par la Constitution, ce qui explique leur statut quasi-constitutionnel reconnu par cette Cour. Ce statut n’a toutefois pas pour effet de modifier l’approche traditionnelle d’interprétation des lois, définie par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

The quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* is one indicator to be considered in interpreting them, but it is not conclusive in itself. The only effect of this Court's use of the expression "quasi-constitutional" to describe these two Acts is to recognize their special purpose.

The *Privacy Act* deals with "personal information", which is defined in s. 3 of the Act. As Jerome A.C.J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at p. 557, s. 3 is "deliberately broad" and "is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". (See also *Dagg, supra*, at para. 69.) Section 3 provides, *inter alia*:

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

To achieve the objectives of the *Privacy Act*, Parliament has created a detailed scheme for collecting, using and disclosing personal information. First, the Act specifies the circumstances in which personal information may be collected by a government institution, and what use the institution may make of it: only personal information that relates directly to an operating program or activity of the government institution that collects it may be collected (s. 4), and it may be used for the purpose for which it was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose, and for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under s. 8(2) (s. 7). As a rule, personal information may never be disclosed to third parties except with the consent of the individual to whom it relates (s.

Le statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un indicateur à considérer dans leur interprétation, mais n'est pas déterminant en soi. L'utilisation par notre Cour de l'expression « quasi-constitutionnel » pour décrire ces deux lois n'a pour effet que de reconnaître leur objet particulier.

Comme son nom l'indique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise les « renseignements personnels » que définit l'art. 3 de cette loi. Comme l'a précisé le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), p. 557, l'art. 3 est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus ». (Voir également l'affaire *Dagg*, précitée, par. 69.) L'article 3 prévoit entre autres :

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

Pour réaliser les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a mis en place un régime détaillé de collecte, d'utilisation et de communication des renseignements à caractère personnel. D'abord, la loi précise dans quelles circonstances des renseignements personnels peuvent être recueillis par une institution fédérale et l'usage qu'on peut en faire, soit seuls les renseignements personnels ayant un lien direct avec les programmes ou les activités de l'institution fédérale qui les recueille (art. 4), et ceci pour les fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins, et celles auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du par. 8(2) (art. 7). En principe, les renseignements personnels ne peuvent être communiqués à des tiers,

26

27

8(1)) and subject to the exceptions set out in the Act (s. 8(2)).

28

The Act also governs the retention of personal information, which must be stored in personal information banks (s. 10). The Act provides that every individual who is a Canadian citizen or permanent resident has a right to be given access to personal information about the individual held by a government institution (s. 12). It is that section that Mr. Lavigne relies on in requesting access to personal information about him.

29

The Act also sets out the circumstances in which a government institution may or must refuse to disclose personal information to the individual to whom the information relates (ss. 18 to 28). B. McIsaac, R. Shields and K. Klein describe those exceptions as follows in *The Law of Privacy in Canada* (loose-leaf), at p. 3-15:

Sections 18 through 28 of the *Privacy Act* provide for the establishment of exempt banks of personal information and establish various provisions for the exemption of personal information which has been requested. These exempting provisions fall into two major types. First there are exemptions which are based on the classification or type of personal information involved. In these cases, the personal information is subject to exemption from disclosure simply because it falls into the class described in the exempting provision. The other exemptions require that the head of the institution be satisfied that the use of the personal information in question would result in an injury or other consequence which is specified in the exempting section. The reasonable expectation of injury test requires that there be a reasonable expectation of "probable" harm. . . . In most cases, even if the personal information falls within a class which is exempt from disclosure simply because of the nature of the personal information in question, the head of the institution still has a discretion to release the personal information. There are only three situations in which the head of the institution is statutorily obliged to refuse to release personal information [ss. 19, 22(2) and 26].

30

Given that one of the objectives of the *Privacy Act* is to provide individuals with access to personal information about themselves, the courts have

sauf avec le consentement de l'individu qu'ils concernent (par. 8(1)) et sauf exceptions prévues à cette loi (par. 8(2)).

Cette loi régleme également la conservation des renseignements personnels en prévoyant leur versement dans des fichiers de renseignements personnels (art. 10). La loi prévoit le droit d'accès de tout citoyen canadien et tout résident permanent aux renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale (art. 12). C'est en vertu de cet article que M. Lavigne a demandé l'accès aux renseignements personnels le concernant.

Cette loi prévoit aussi des circonstances où l'institution fédérale peut ou doit refuser la communication de renseignements personnels à l'individu visé par ces renseignements (art. 18 à 28). B. McIsaac, R. Shields et K. Klein décrivent ainsi ces exceptions dans *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-15 :

[TRADUCTION] Les articles 18 à 28 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoient l'établissement de fichiers de renseignements personnels inconsultables ainsi que différentes dispositions exemptant de communication certains renseignements personnels demandés. Ces dispositions d'exemption entrent dans deux grandes catégories. Premièrement, il y a les exemptions fondées sur la qualification ou le genre des renseignements personnels en cause. Dans ces cas, les renseignements personnels sont exemptés de communication simplement parce qu'ils relèvent de la catégorie décrite dans la disposition d'exemption. Les autres exemptions exigent que le responsable de l'institution soit convaincu que l'utilisation des renseignements personnels en question causerait un préjudice ou entraînerait une autre conséquence précisée dans la disposition portant exception. Le critère de la prévisibilité raisonnable du dommage exige une attente raisonnable de préjudice « probable ». [. . .] Dans la plupart des cas, même si les renseignements personnels relèvent d'une catégorie exemptée de communication simplement en raison de leur nature, le responsable de l'institution a le pouvoir discrétionnaire de les communiquer. Il n'existe que trois cas où la loi interdit au responsable de l'institution de communiquer des renseignements personnels [art. 19, par. 22(2) et art. 26].

Étant donné qu'un des objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est d'assurer l'accès des individus aux renseignements

generally interpreted the exceptions to the right of access narrowly. For instance, in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, Richard J. of the Federal Court, Trial Division said, at paras. 34-35:

The general preamble as contained in s. 2 of the *Privacy Act*, has the same general effect as s. 2(1) of the *Access to Information Act*. The *Privacy Act* must also be guided by the purposive clause. . . .

The *Privacy Act's* purpose is to provide access to personal information maintained by government. The rules of interpretation described above also apply in this instance. The necessary exceptions to the access must be strictly construed.

Similarly, in *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296, at p. 299, the Federal Court, Trial Division said:

It must also be emphasized that since the main purpose of these "access to information" statutes is to codify the right of public access to government information, two things follow: first, such public access ought not be frustrated by the Courts except upon the clearest of grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure, in this case the government.

The *Privacy Act* provides for the appointment of a Commissioner responsible for administering and enforcing the Act. The Privacy Commissioner's duties include:

– Receiving (and investigating) complaints from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with s. 7 or 8 (s. 29(1)(a)), and receiving (and investigating) complaints from individuals who have been refused access to personal information requested under s. 12(1) or who allege that they are

personnels qui les concernent, les tribunaux ont généralement interprété de manière restrictive les exceptions au droit d'accès. C'est ce qu'a affirmé notamment le juge Richard, de la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 34-35 :

Le préambule que constitue l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a dans l'ensemble le même effet que le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doit, elle aussi, partir de la disposition exposant son objet . . .

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* a pour objet de donner accès aux renseignements personnels conservés par le gouvernement. Les règles d'interprétation décrites plus haut s'appliquent en l'occurrence. Les exceptions nécessaires au droit d'accès doivent être interprétées de manière stricte.

De même, dans la décision *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. n° 1135 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale soulignait au par. 3 :

Il convient aussi d'insister sur le fait que, vu que l'objectif essentiel de ces lois sur l'accès à l'information vise à codifier le droit de l'accès du public aux renseignements gouvernementaux, il en résulte que : tout d'abord, l'accès du public ne devrait pas être gêné par les décisions judiciaires, sauf en cas de motifs manifestes, de sorte que le doute devrait jouer en faveur de la divulgation; en second lieu, c'est à la partie qui empêche la divulgation qu'il incombe de justifier ce refus, en l'espèce le gouvernement.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la nomination d'un commissaire chargé de veiller à l'application et au respect de la loi. Le Commissaire à la protection de la vie privée a, entre autres, comme mandat de :

– Recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux art. 7 ou 8 (al. 29(1)a)); de recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui se sont vu refuser la communication de renseignements

31

32

not being accorded the rights to which they are entitled under s. 12(2) (s. 29(1)(b) and (c));

– Initiating a complaint where the Privacy Commissioner is satisfied there are reasonable grounds to investigate a matter under the *Privacy Act* (s. 29(3));

– Carrying out investigations of the files contained in personal information banks designated as exempt banks under s. 18, to determine whether the files should in fact be in those banks (s. 36);

– Carrying out investigations in respect of compliance with ss. 4 to 8 (collection, retention and protection of personal information) (s. 37).

33

The Privacy Commissioner has broad powers for the purposes of conducting investigations into complaints that are filed. He has access to all information held by a government institution, with the exception of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, and no information to which he has access may be withheld from him (s. 34(2)). He has the right to summon and enforce the appearance of witnesses before him and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as he deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint. In addition, he may administer oaths and receive such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Privacy Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law. The Commissioner may also enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises, converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within the Privacy Commissioner's authority under the *Privacy Act* as he sees fit. Lastly, the Privacy Commissioner may examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in the premises occupied by a government institution containing any matter relevant to the investigation (s. 34(1)).

personnels, demandés en vertu du par. 12(1), ou qui se prétendent lésés des droits que leur accorde le par. 12(2) (al. 29(1)b) et c)).

– Prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 29(3)).

– Procéder à des enquêtes sur les dossiers versés dans les fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'art. 18 afin de vérifier si les dossiers qui s'y trouvent devraient bel et bien y être (art. 36).

– Tenir des enquêtes relativement à l'application des art. 4 à 8 (collecte, conservation et protection des renseignements personnels) (art. 37).

Afin de mener à terme l'instruction des plaintes déposées, le Commissaire à la protection de la vie privée possède de vastes pouvoirs. Il a accès à tous les renseignements qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exclusion des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et aucun des renseignements auxquels il a accès ne peut lui être refusé (par. 34(2)). Il a le droit d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi. De plus, il peut faire prêter serment et recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il juge indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Il peut également pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux, s'entretenir en privé avec toute personne s'y trouvant et y mener, dans le cadre de la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les enquêtes qu'il croit nécessaires. Enfin, il peut examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux occupés par une institution fédérale (par. 34(1)).

After completing his investigation, the Privacy Commissioner reports his findings to the head of the government institution in question, if he finds that a complaint is well-founded. Where appropriate, the Privacy Commissioner may report his findings to the complainant. In his report, he may ask the head of the government institution in question to disclose the personal information in issue or to make changes in the management or use of personal information (ss. 35, 36 and 37).

Like the Privacy Commissioner, the Commissioner of Official Languages plays an important role. It is his job to take the measures that are necessary in respect of the recognition of each of the two official languages, and to secure compliance with the spirit of the *Official Languages Act*, in particular in the administration of the affairs of federal institutions. It is therefore the Commissioner who has been given the mandate to ensure that the objectives of that Act are implemented. To allow him to fulfil a social mission of such broad scope, he has been vested with broad powers by the Parliament of Canada. For instance, he may conduct investigations into complaints that in any particular case the status of an official language was not recognized, or any provision of an Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the two official languages, or the spirit or intent of the *Official Languages Act*, was not complied with:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

(2) It is the duty of the Commissioner, for the purpose set out in subsection (1), to conduct and carry out investigations either on his own initiative or pursuant to any complaint made to the Commissioner and to report and make recommendations with respect thereto as provided in this Act.

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner

À l'issue de son enquête, le Commissaire à la protection de la vie privée fait rapport de ses conclusions au responsable de l'institution fédérale concernée s'il conclut au bien-fondé d'une plainte. S'il y a lieu, il fait également rapport au plaignant de ses conclusions. Dans son rapport, il peut demander au responsable de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels en cause ou de procéder à des changements dans la gestion ou l'utilisation des renseignements personnels (art. 35, 36 et 37).

Tout comme le Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire aux langues officielles joue un rôle important. C'est à lui que revient la tâche de prendre toutes les mesures nécessaires visant la reconnaissance du statut de chacune des deux langues officielles et de faire respecter l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* notamment au sein de l'administration des affaires des institutions fédérales. C'est donc le commissaire qui a le mandat d'assurer la poursuite des objectifs de cette loi. Pour lui permettre de s'acquitter de cette mission sociale de grande envergure, le Parlement du Canada l'a investi de vastes pouvoirs. Ainsi, il peut procéder à des enquêtes sur un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle ou de manquement à une loi ou un règlement fédéral sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou, encore, à l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* ou à l'intention du législateur :

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(2) Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire procède à des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, et présente ses rapports et recommandations conformément à la présente loi.

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur

arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

- (a) the status of an official language was not or is not being recognized,
- (b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or
- (c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institution.

(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue. [Emphasis added.]

The Commissioner may also exercise his persuasive influence to ensure that any decision that is made is implemented and that action is taken on the recommendations made in respect of an investigation. For instance, s. 63(3) of the *Official Languages Act* provides that he may request the deputy head or other administrative head of the federal institution concerned to notify him within a specified time of the action, if any, that the institution proposes to take to give effect to those recommendations. He may also, in his discretion and after considering any reply made by or on behalf of any federal institution concerned, transmit a copy of the report and recommendations to the Governor in Council, and the Governor in Council may take such action as the Governor in Council considers appropriate in relation to the report (s. 65(1) and (2)). The Commissioner may make a report to Parliament where the Governor in Council has not taken action on it (s. 65(3)). He also has the authority to apply to the Court for a remedy, with the consent of the complainant (s. 78).

36

As well, it is the Commissioner who decides what procedure to follow in conducting investigations, subject to the following requirements: the obligation to give notice of intention to investigate (s. 59), the obligation to ensure that investigations are conducted in private (s. 60(1)) and the obligation to give the individual or federal institution in question the opportunity to answer any adverse

un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants. [Je souligne.]

Le commissaire peut également exercer son influence persuasive afin de mettre en œuvre toute décision prise et de donner suite aux recommandations formulées après une enquête. Ainsi, le par. 63(3) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit qu'il peut demander aux administrateurs généraux ou aux autres responsables administratifs de l'institution fédérale concernée de lui faire savoir, dans un délai qu'il fixe, les mesures envisagées pour donner suite à ses recommandations. Il peut en outre, selon son appréciation et après examen des réponses faites par l'institution fédérale concernée ou en son nom, transmettre au gouverneur en conseil un exemplaire du rapport et de ses recommandations; celui-ci peut ensuite prendre les mesures qu'il juge indiquées pour donner suite au rapport (par. 65(1) et (2)). Le commissaire peut déposer une copie du rapport au Parlement lorsque le gouverneur en conseil n'a pas donné suite au rapport (par. 65(3)). Enfin, il a le pouvoir d'exercer un recours judiciaire avec le consentement du plaignant (art. 78).

De plus, c'est le commissaire qui décide de la procédure à suivre lors des enquêtes, sous réserve des exigences suivantes : l'obligation de faire parvenir un avis de son intention d'enquêter (art. 59), l'obligation de veiller à ce que les enquêtes soient secrètes (par. 60(1)) et l'obligation de donner au particulier ou à l'institution fédérale concernée la possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet

allegation or criticism (s. 60(2)). The investigation must also be conducted promptly, since the complainant is entitled to make an application for a court remedy six months after the complaint is made (s. 77(3)). The Commissioner and every person acting on his behalf may not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under the *Official Languages Act* (s. 72).

In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215):

- They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period. They receive the same salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;

- They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

- They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;

- They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*;

- As a rule, they may not disclose information they receive.

The Privacy Commissioner and the Official Languages Commissioner follow an approach that distinguishes them from a court. Their unique mission is to resolve tension in an informal manner: one reason that the office of ombudsman was created was to address the limitations of legal proceedings.

(par. 60(2)). L'enquête doit également être menée promptement puisque le plaignant a le droit d'exercer un recours judiciaire six mois après le dépôt de la plainte (par. 77(3)). Le commissaire et toute personne agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils ont connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la *Loi sur les langues officielles* (art. 72).

Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215) :

- Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;

- Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

- Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;

- Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;

- Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire aux langues officielles utilisent une approche qui les distingue d'une cour de justice. Ils ont pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle. C'est, entre autres, pour répondre aux limites des recours judiciaires que

37

38

As W. Wade wrote (*Administrative Law* (8th ed. 2000), at pp. 87-88):

If something illegal is done, administrative law can supply a remedy, though the procedure of the courts is too formal and expensive to suit many complainants. But justified grievances may equally well arise from action which is legal, or at any rate not clearly illegal, when a government department has acted inconsiderately or unfairly or where it has misled the complainant or delayed his case excessively or treated him badly. Sometimes a statutory tribunal will be able to help him both cheaply and informally. But there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real. A humane system of government must provide some way of assuaging them, both for the sake of justice and because accumulating discontent is a serious clog on administrative efficiency in a democratic country. . . . What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong. . . . It was because it filled that need that the device of the ombudsman suddenly attained immense popularity, sweeping round the democratic world and taking root in Britain and in many other countries, as well as inspiring a vast literature.

39

An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.

l'ombudsman a été créé. En effet, selon W. Wade (*Administrative Law* (8^e éd. 2000), p. 87-88) :

[TRADUCTION] Si un acte illégal est commis, le droit administratif peut prévoir un recours, quoique la procédure des cours de justice soit trop formelle et trop coûteuse pour convenir à de nombreux plaignants. Mais des griefs justifiés peuvent tout aussi bien découler d'un acte légal ou d'un acte qui n'est, en tout cas, pas clairement illégal, lorsqu'un organisme gouvernemental a agi de façon inconsiderée ou inéquitablement, ou lorsqu'il a induit en erreur le plaignant, qu'il a retardé son dossier de façon excessive ou qu'il l'a traité cavalièrement. Un tribunal créé par la loi est parfois en mesure de l'aider à peu de frais et de façon informelle. Il y a cependant un bon nombre de griefs qui ne correspondent à aucun des modèles juridiques habituels, mais qui n'en sont pas moins réels. Un système de gouvernement empreint de compassion doit fournir un moyen de régler ces griefs, tant pour les fins de la justice que parce que l'accumulation du mécontentement constitue un obstacle important à l'efficacité administrative dans un pays démocratique. [. . .] Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier bien rodé pour répondre, après évaluation impartiale, aux réactions de ses clients insatisfaits et pour corriger ce qui a pu mal fonctionner. [. . .] C'est parce qu'il a comblé ce besoin que l'instrument que constitue l'ombudsman s'est soudainement attiré une immense popularité, faisant le tour du monde démocratique et prenant racine en Grande-Bretagne et dans de nombreux autres pays tout en faisant couler beaucoup d'encre.

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-459) :

Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as “one of the dilemmas of our times” namely, that “(i)n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values”.

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

B. *The Connection Between the Official Languages Act and the Privacy Act*

Parliament has made it plain that the *Privacy Act* applies to the Office of the Commissioner of Official Languages: the latter is listed in the schedule to the Act as a government institution that is subject to the *Privacy Act*. As well, s. 2 of the *Privacy Act* provides that its purpose is to extend the present laws of Canada, and this includes the *Official Languages Act*, although s. 82 of the *Official Languages Act* provides that the provisions of Parts I to V prevail over any other Act of Parliament or regulation thereunder. None of the sections relied on by the appellant is found in those parts: ss. 60(1), 72, 73 and 74 are in Part IX of the Act. The meanings of the provisions in issue in these appeals must therefore be reconciled, and they must be read together.

Section 12 of the *Privacy Act* creates a right of access to personal information, “[s]ubject to this Act”. Exceptions to the right of access must therefore be prescribed by that Act. Where a government institution refuses to give access to the information, it is required to state the specific provision of the

L’institution d’ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l’ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l’un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l’État moderne . . . l’action démocratique n’est possible qu’au moyen de l’organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n’est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».

Les facteurs qui ont contribué à l’essor de l’institution d’ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l’avènement de l’État-providence moderne, l’ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

B. *Les liens entre la Loi sur les langues officielles et la Loi sur la protection des renseignements personnels*

Le législateur a clairement indiqué que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’applique au Commissariat aux langues officielles. En effet, celui-ci est énuméré à l’annexe de la loi en tant qu’institution fédérale assujettie à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De plus, l’art. 2 stipule qu’elle a pour objet de compléter la législation canadienne, dont la *Loi sur les langues officielles*, quoique l’art. 82 de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les dispositions des parties I à V l’emportent sur toute autre loi ou tout autre règlement fédéraux. Aucun des articles invoqués par l’appelant ne figure dans ces parties. En effet, le par. 60(1) ainsi que les art. 72, 73 et 74 se situent dans la partie IX de la loi. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi doivent donc être conciliées et lues ensemble.

L’article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne un droit d’accès aux renseignements personnels, « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ». Les exceptions au droit d’accès doivent donc être prévues par cette loi. Lorsque l’institution fédérale refuse

40

41

Act on which the refusal is based (s. 16(1)(b)) and to establish that it is authorized to refuse to disclose the information (s. 47). In this case, the refusal to disclose is based on s. 22(1)(b).

42

The *Privacy Act* must therefore be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in a manner consistent with the objective of the *Official Languages Act* of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions. Parliament has expressly provided that investigations by the Commissioner shall be conducted in private and that investigators shall not disclose information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions:

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act. [Emphasis added.]

These provisions illustrate Parliament's desire to facilitate access to the Commissioner and to recognize the very delicate nature of the use of an official language at work by a minority group. The private and confidential nature of investigations is an important aspect of the implementation of the *Official Languages Act*. Without protections of this nature, complainants might be reluctant to file complaints with the Commissioner, for example because they are afraid that their opportunities for advancement would be reduced, or their workplace relationships would suffer. As well, these provisions encourage witnesses to participate in the Commissioner's investigations. They are less likely to be afraid that their participation might have a negative impact on the employer-employee relationship or their relations with other employees, and to refuse to cooperate for fear of getting in trouble or damaging their careers. The affidavit of Mr. Langelier, Assistant Director General of the Investigations Branch, explains the importance of preserving a measure

l'accès aux renseignements, il lui appartient de préciser la disposition sur laquelle elle fonde son refus (al. 16(1)(b)) et d'établir le bien-fondé de cette décision (art. 47). En l'occurrence, le refus de divulguer est basé sur l'al. 22(1)(b).

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit donc se faire dans le respect de l'objectif de la *Loi sur les langues officielles* de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales. Le législateur a expressément prévu que les enquêtes du commissaire sont secrètes et que les enquêteurs sont tenus au secret en ce qui concerne les informations qu'ils obtiennent dans l'exercice de leurs fonctions :

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent le souci du législateur de faciliter l'accès au commissaire et de reconnaître la nature très délicate de l'usage d'une langue officielle au travail par une minorité. Le caractère secret et confidentiel des enquêtes est un élément important de la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. Sans de telles protections, les plaignants pourraient hésiter à déposer une plainte auprès du commissaire de peur, par exemple, de voir diminuer leurs chances d'avancement ou de voir s'effriter leurs relations au travail. De même, ces dispositions favorisent la participation des témoins aux enquêtes du commissaire. Ceux-ci sont ainsi moins susceptibles de craindre que leur participation puisse avoir un impact néfaste sur la relation employeur-employé ou la relation avec les autres employés et de refuser d'y collaborer par crainte d'ennuis ou de préjudice à leur carrière. L'affidavit de M. Langelier, directeur général adjoint à la Direction générale des enquêtes, explique l'importance de conserver une

of confidentiality in the Commissioner's investigations, for the following reasons, among others:

[TRANSLATION] – the investigators gave assurances to the people interviewed that the information gathered would be kept confidential in order to secure the cooperation of those people

– . . . members of the public, and in particular public servants, will hesitate to file complaints . . . if they are warned that their identities and any information that they disclose to the OCOL investigators is likely to be disclosed otherwise than where required in order to comply with the principles of natural justice or, as an exception, in an application for a remedy under Part X of the [*Official Languages Act*];

– members of the public, and in particular public servants, will be more reluctant to cooperate with OCOL investigators, and in order to give effect to the obligation imposed on the COL to investigate complaints, investigators will have to resort to their powers in relation to investigations, including summoning witnesses to attend and compelling them to testify and produce documents;

– the OCOL's investigatory process will become much more formal and rigid, and this will compromise the COL's ombudsman role;

– the fact that the COL is required to disclose information could interfere with his role as mediator and facilitator and thereby jeopardize the power of persuasion and the credibility that an ombudsman must have in order to discharge his functions.

In *Beaulac*, *supra*, at para. 20, Bastarache J. explained the importance of providing conditions in which language rights may be exercised:

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees [Emphasis added.]

certain confidentialité des enquêtes du commissaire, notamment pour les raisons suivantes :

– les enquêteurs ont dû donner l'assurance aux personnes interviewées que les informations recueillies demeureront confidentielles afin de s'assurer la collaboration de ces derniers

– . . . les membres du public et notamment les fonctionnaires hésiteraient à déposer des plaintes [. . .] s'ils étaient prévenus que leur identité ainsi que toute information qu'ils auraient communiquée aux enquêteurs du Commissariat serait susceptible d'être dévoilée autrement que dans le contexte du respect des principes de justice naturelle ou, exceptionnellement, d'un recours judiciaire en vertu de la partie X de la [*Loi sur les langues officielles*];

– les membres du public et notamment les fonctionnaires seraient plus réticents à collaborer avec les enquêteurs du Commissariat et ces derniers devraient, pour donner suite à l'obligation qui est faite au Commissaire d'instruire les plaintes, avoir recours aux pouvoirs d'enquêtes et notamment assigner à comparaître et contraindre à témoigner et à produire des documents par voie d'assignations à témoigner;

– le processus d'enquête du Commissaire deviendrait beaucoup plus formel et rigide, ce qui compromettrait le rôle d'ombudsman du Commissaire;

– le fait que le Commissaire soit tenu de dévoiler certaines informations risquerait de porter atteinte à son rôle de médiateur et de facilitateur et compromettrait ainsi le pouvoir de persuasion et la crédibilité dont un ombudsman doit disposer pour s'acquitter de ses fonctions.

Le juge Bastarache expose l'importance de prévoir des conditions permettant l'exercice des droits linguistiques dans l'affaire *Beaulac*, précitée, par. 20 :

L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques . . . [Je souligne.]

Marshall and Reif, *supra*, at p. 219, explain the importance of confidentiality for an ombudsman:

The confidentiality of the ombudsman's proceedings helps to ensure his independence as well as to facilitate cooperation throughout the investigation. The ombudsman's investigation must be held in private and his reports and investigation may not be made the subject of an inquiry or review, apart from a review ordered by the Legislative Assembly, its committees or another body which the Legislative Assembly authorizes. [Emphasis added.]

44

In addition to enacting specific provisions to ensure that investigations are held in private, Parliament gave the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board (s. 62(2)(a)). The Minister of Justice at the time, Ray Hnatyshyn, discussed that provision in addressing the legislative committee (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, at pp. 20:25 and 20:29) as follows:

It is appropriate, after we have talked about the ombudsman character of the office, that in this case the commissioner has the opportunity to examine the kind of harassment, intimidation, discrimination or obstruction that might take place with respect to any individual and have an opportunity to examine these matters and bring them to the attention of the President of the Treasury Board. I think this is an opportunity to make sure all Canadians and all people who are involved and employed and against whom a complaint could be laid under this bill can do so freely without fear of discrimination. I think it is important for all Canadians to feel they have the right to use this bill and use the office of the commissioner without fear of retribution or recrimination for taking a complaint forward.

But if you have raised a complaint in the first place, you are on record, and maybe you are being discriminated against.

Certainly the commissioner's function is to protect you; not to make life any more difficult for you but make sure you are not going to suffer negative consequences. If you prevent him from doing that, or have a veto, then it

Marshall et Reif, *loc. cit.*, p. 219, expliquent l'importance de la confidentialité pour un ombudsman :

[TRADUCTION] La confidentialité des procédures de l'ombudsman contribue à garantir son indépendance de même qu'à faciliter la collaboration tout au long de l'enquête. L'ombudsman doit faire enquête en privé, et ses rapports et enquêtes ne sont pas susceptibles d'examen sauf ordonnance contraire de l'assemblée législative, de ses comités ou d'un autre organisme autorisé par l'assemblée législative. [Je souligne.]

En plus d'avoir prévu des dispositions spécifiques assurant le caractère secret des enquêtes, le législateur a donné au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination (al. 62(2)a)). Voici comment le ministre de la Justice de l'époque, Ray Hnatyshyn, s'exprimait sur cette disposition au Comité législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule n° 20, 7 juin 1988, p. 20:25 et 20:28-20:29) :

[TRADUCTION] Nous avons parlé du rôle de médiateur du commissaire aux langues officielles qui a la possibilité d'examiner le harcèlement, l'intimidation, la discrimination ou l'obstruction qu'ont pu subir certaines personnes afin de se pencher sur ces questions et de les soumettre à l'attention du président du Conseil du Trésor. On assure ainsi que des plaintes puissent être portées librement en vertu de ce projet de loi, sans crainte de discrimination. Il est important que tous les Canadiens estiment avoir le droit de recourir à cette législation et qu'ils puissent utiliser le bureau du commissaire pour porter plainte, sans craindre de mesures de rétorsion.

Il est entièrement possible que l'auteur d'une plainte en bonne et due forme fasse l'objet de discrimination.

Évidemment, il incombe au commissaire de protéger ces personnes : non pas de leur compliquer la vie, mais de les protéger contre des conséquences malheureuses du fait d'avoir porté plainte. Si on empêchait le commissaire

may be counterproductive in the legislation to the interests of all your fellow employees. It would certainly allow the same discrimination to take place with other people if they feel they cannot beat the system. [Emphasis added.]

The *Privacy Act* must be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in such a way as to recognize the unique context in which the Commissioner's investigations are conducted. In ss. 60, 62 and 72, Parliament clearly recognized the delicate situation involved in the use of an official language at work by a minority group, by requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential, to protect complainants and witnesses from any prejudice that might result from their involvement in the complaints and the investigation process, and by giving the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board. If Parliament had not enacted those provisions, it might have been difficult to achieve the objectives of the *Official Languages Act*. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. Because the purpose of the investigation is to determine the truth and understand the individuals' experience of the situation, the investigators must be circumspect in collecting information and assessing the information obtained.

Both the respondent and the Privacy Commissioner, who is an intervener in this case, argue that it is not necessary that interviews be confidential in order to secure the participation of witnesses, because the Commissioner of Official Languages has broad powers that include the power to summon and enforce the attendance of witnesses (s. 62 of the *Official Languages Act*). That argument cannot succeed, because using the procedure for compelling attendance compromises the ombudsman role of the Commissioner. It is the responsibility of the Commissioner to investigate complaints that are submitted to him impartially, and to resolve them using flexible mechanisms that are based on discussion and persuasion. The Commissioner must protect witnesses and assist victims in exercising

d'exercer cette responsabilité, par exemple au moyen d'un veto, ce projet de loi pourrait remettre en question les droits de tous les fonctionnaires, et permettrait assurément le même genre de discrimination à l'endroit d'autres personnes qui éprouveraient un sentiment d'impuissance qui les empêcheraient de réagir. [Je souligne.]

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit se faire de façon à reconnaître le contexte particulier des enquêtes du commissaire. Le législateur, par les art. 60, 62 et 72, a clairement reconnu le contexte délicat de l'utilisation d'une langue officielle au travail par une minorité en imposant le secret et la confidentialité pour protéger les plaignants et les témoins contre toutes formes de préjudice résultant de leur implication dans les plaintes et le processus d'enquête et en donnant au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination. Si le législateur n'avait pas prévu de telles dispositions, les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* pourraient difficilement être atteints. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Le but de l'enquête étant la recherche de la vérité et d'apprécier le vécu de la situation, les enquêteurs doivent être prudents dans la collecte de renseignements et l'appréciation des renseignements obtenus.

L'intimé de même que le Commissaire à la protection de la vie privée, agissant à titre d'intervenant dans la présente affaire, soutiennent que la confidentialité des entrevues n'est pas nécessaire pour qu'il y ait participation des témoins parce que le Commissaire aux langues officielles jouit de vastes pouvoirs, dont celui d'assigner des personnes et de les contraindre à comparaître devant lui (art. 62 de la *Loi sur les langues officielles*). Cet argument ne peut être retenu puisque l'utilisation de la procédure de contrainte compromet le rôle d'ombudsman du commissaire. Celui-ci a pour mission d'instruire de façon impartiale les plaintes qui lui sont soumises et de les régler dans le cadre de mécanismes souples basés sur la discussion et la persuasion. Le commissaire doit protéger les témoins et aider les victimes

their rights. Requiring the Commissioner to have regular recourse to the procedure for enforcing the attendance of individuals before him is inconsistent with the role of an ombudsman. In addition, enforcing the attendance of witnesses would needlessly complicate the investigations, and would be injurious to them. A person who is compelled to testify may be recalcitrant and less inclined to cooperate. The way in which the *Official Languages Act* is interpreted must not be injurious to activities undertaken by the Commissioner that are intended to resolve conflicts in an informal manner.

46

The appellant contends that the access to information mechanism set out in ss. 73 and 74 of the *Official Languages Act* is a complete scheme, and that those provisions enabled the respondent to obtain disclosure of the information he needed in order to submit his complaint and secure redress. In the appellant's submission, Parliament intended that the information collected by the Commissioner would remain private, unless, and only in the event that, it could be disclosed under the *Official Languages Act*. The effect of that interpretation is to exempt the *Official Languages Act* from the application of the *Privacy Act*. It defeats the complainant's right to obtain access to personal information about him under the *Privacy Act*. It would be contrary to the clear intention of Parliament, which was that the Office of the Commissioner of Official Languages was to be subject to the *Privacy Act*, to accept that interpretation, and it must be rejected. The two Acts must be interpreted and applied harmoniously.

47

At the time in question, the policy of the Office of the Commissioner of Official Languages was to explain to witnesses that ss. 60 and 72 of the *Official Languages Act* provided that investigations were conducted in private, and that ss. 73 and 74 of the Act provided for limited circumstances in which testimony could be disclosed. As Mr. Langelier said in his affidavit:

[TRANSLATION] The credibility of the Commissioner, in my view, requires that the information disclosed to the Commissioner and his representatives in the course of

à faire respecter leurs droits. Exiger du commissaire qu'il utilise sur une base régulière la contrainte afin de forcer les personnes à comparaître est contraire au rôle d'un ombudsman. De plus, la contrainte à témoigner alourdit inutilement les enquêtes et leur nuit. Une personne contrainte à témoigner risque d'être réticente et moins disposée à collaborer. L'interprétation à donner à la *Loi sur les langues officielles* ne doit pas nuire aux activités du commissaire visant à régler les conflits de manière informelle.

L'appelant prétend que le mécanisme d'accès à l'information prévu aux art. 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles* est un régime complet et que l'intimé avait la possibilité en vertu de ces dispositions d'obtenir la communication des renseignements dont il avait besoin pour présenter sa plainte et obtenir réparation. Selon l'appelant, le Parlement a voulu que les renseignements recueillis par le commissaire demeurent secrets, sauf, et uniquement, dans la mesure où ils peuvent être communiqués en vertu de la *Loi sur les langues officielles*. Cette interprétation a pour effet de soustraire la *Loi sur les langues officielles* à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle écarte le droit du plaignant d'avoir accès aux renseignements personnels le concernant en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'accepter serait contraire à l'intention claire du législateur de soumettre le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette interprétation est à rejeter. Les deux lois doivent être interprétées et appliquées de manière harmonieuse.

À l'époque du litige, la politique du Commissariat aux langues officielles était d'expliquer aux témoins que les art. 60 et 72 de la *Loi sur les langues officielles* stipulent que les enquêtes sont secrètes et que la loi prévoit aux art. 73 et 74 les circonstances limitées dans lesquelles les témoignages pourraient être communiqués. Selon l'affidavit de M. Langelier :

La crédibilité du Commissaire repose grandement, à mon avis, sur le respect de la stricte confidentialité des renseignements communiqués au Commissaire et à ses

investigations is kept strictly confidential, subject to the following exceptions:

A) situations in which the Commissioner must disclose information which, in his opinion, is necessary for the conduct of his investigations. These include compliance with the principles of natural justice, where it is essential that the person or institution that is the subject of a recommendation know the identity of the complainant and what the complainant has said;

B) situations in which the Commissioner is involved in an application for a court remedy under Part X of the *OLA*. In those cases, the Commissioner may disclose or authorize the disclosure of information. [Emphasis added.]

The Commissioner's policy was therefore to assure witnesses that the information they disclosed to investigators would be kept confidential, within the limits of ss. 72, 73 and 74. In this case, the promise of confidentiality was also made subject to those sections; as the appellant's factum states:

The investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an Ombudsman and gave their assurances that the interviews would be kept confidential in light of sections 60(1), 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*. The investigators explained that pursuant to these sections, the investigations are conducted "in private". [Emphasis added.]

The promise of confidentiality made to the witnesses in the course of the investigation concerning Mr. Lavigne's complaint was therefore not absolute.

After the respondent filed his complaint, the Commissioner of Official Languages altered the policy concerning the instructions to be given to witnesses. His new policy required that investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act*. Investigators still inform witnesses that investigations are conducted in private, as provided in s. 60(1) of the *Official Languages Act*, and that the information that comes to the investigators' knowledge, including the testimony they give, will not be disclosed unless disclosure is necessary for the investigation or in the course of proceedings under Part X, or in cases where disclosure is required for reasons of procedural fairness under

représentants dans le cadre des enquêtes sous réserve toutefois :

A) des situations où le Commissaire doit communiquer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes. On pense notamment au respect des principes de justice naturelle où il est essentiel que la personne ou l'institution visée par une recommandation puisse connaître l'identité du plaignant ainsi que les déclarations de cette dernière;

B) des situations dans lesquelles le Commissaire est impliqué dans un recours judiciaire formé en vertu de la partie X de la *LLO*. Dans ces cas, le Commissaire peut communiquer ou autoriser la communication des renseignements. [Je souligne.]

La politique du commissaire était donc d'assurer aux témoins que l'information qu'ils communiquent aux enquêteurs demeure confidentielle, dans les limites des art. 72, 73 et 74. En l'espèce, la promesse de confidentialité a également été donnée sous réserve de ces articles. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

Les enquêteurs ont expliqué le rôle et la mission du [C]ommissaire aux langues officielles à titre d'ombudsman et ont donné l'assurance que les entrevues demeureraient confidentielles, compte tenu du paragraphe 60(1) ainsi que des articles 72, 73 et 74 de la Loi sur les langues officielles. Les enquêteurs ont expliqué que, conformément à ces dispositions, les enquêtes sont « secrètes ». [Je souligne.]

La promesse de confidentialité donnée aux témoins lors de l'enquête concernant la plainte de M. Lavigne n'était donc pas absolue.

À la suite de la plainte déposée par l'intimé, le Commissaire aux langues officielles a modifié sa politique à l'égard des instructions à donner aux témoins. Sa nouvelle politique demande aux enquêteurs d'informer les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les enquêteurs continuent à informer les témoins que les enquêtes sont secrètes, comme le prévoit le par. 60(1) de la *Loi sur les langues officielles*, et que les renseignements qui viennent à l'attention des enquêteurs, y compris leurs dépositions, ne seront pas communiqués sauf si une telle communication est requise pour l'enquête ou pour un recours formé sous le régime de la partie X ou encore dans les cas

s. 60(2) of the *Official Languages Act*. In addition, investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act* and that the information collected may be exempt from the disclosure requirement where an exception to disclosure applies.

C. *The Exception to the Right of Access to Personal Information under Section 22(1)(b)*

49

The purpose of s. 55 of the *Official Languages Act* is to limit the powers of the Commissioner to those powers provided by the Act or another Act of Parliament:

55. The Commissioner shall carry out such duties and functions as are assigned to the Commissioner by this Act or any other Act of Parliament, and may carry out or engage in such other related assignments or activities as may be authorized by the Governor in Council.

Section 22(1)(b) of the *Privacy Act* gives the Commissioner of Official Languages the power to refuse access to information that is requested if disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his investigations. It is primarily on this provision that the Commissioner bases his refusal to grant access to the information.

50

It is this decision by the Commissioner that is the subject of the application for judicial review. Any analysis of that decision necessarily rests on a determination of the meaning of the expression “lawful investigations”. The following question arises in this respect: are future investigations covered by s. 22(1)(b)?

51

In the case before us, the appellant is not arguing that the disclosure of information would be injurious to investigations that are underway, because all of the investigations had been concluded at the time when the respondent requested the personal information in question from him. However, he submits that disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to his future investigations. The appellant contests the argument

où la communication est requise pour des raisons d'équité dans la procédure, en vertu du par. 60(2) de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, les enquêteurs informent les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que les renseignements recueillis peuvent être soustraits à l'exigence de communication lorsqu'une exception à la divulgation trouve application.

C. *L'exception au droit d'accès aux renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)b)*

L'objet de l'art. 55 de la *Loi sur les langues officielles* est de circonscrire les attributions du commissaire à celles prévues par cette loi ou une autre loi fédérale :

55. Le commissaire exerce les attributions que lui confèrent la présente loi et toute autre loi fédérale; il peut en outre se livrer à toute activité connexe autorisée par le gouverneur en conseil.

Or, l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère au Commissaire aux langues officielles le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si la divulgation risque vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes. C'est principalement sur cette disposition que le commissaire appuie son refus de donner accès aux renseignements.

C'est cette décision du commissaire qui fait l'objet du recours en révision judiciaire. L'analyse de celle-ci suppose nécessairement la détermination de la signification de l'expression « enquêtes licites ». À cet égard, la question suivante se pose : les enquêtes futures sont-elles visées par l'al. 22(1)b)?

Dans le cas qui nous occupe, l'appelant ne prétend pas que la divulgation des renseignements nuirait aux enquêtes en cours puisque toutes les enquêtes étaient terminées au moment où l'intimé lui a demandé les renseignements personnels en question. Cependant, il soutient que la divulgation des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Celui-ci conteste la prétention de l'intimé et celle de l'intervenant selon

made by the respondent and the intervener, which is that s. 22(1)(b) applies only to investigations that are underway and cannot be relied on to protect future investigations or the investigative process in general. In his submission, this is a needlessly narrow interpretation of that provision, and it is injurious to the implementation of the Act and the attainment of its objectives.

First, it must be noted that the word “investigation” is defined in s. 22(3) of the *Privacy Act*:

22. . . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(b), “investigation” means an investigation that

(a) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(b) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(c) is within a class of investigations specified in the regulations.

That definition does not suggest that the word is limited to a specific investigation, or an investigation that is circumscribed in time. Indeed, Parliament has not limited the scope of that expression by any qualifier whatever. None of the paragraphs of s. 22(3) limits the word “investigation” to investigations that are underway, or excludes future investigations or the investigative process in general from its protection. It therefore seems, *prima facie*, that the word retains its broad meaning and may refer equally to investigations that are underway, are about to commence, or will take place. We shall now consider whether Parliament restricted the scope of that definition for the purpose of the application of the exception to disclosure set out in s. 22(1)(b).

Parliament made it plain that s. 22(1)(b) retains its broad and general meaning by providing a non-exhaustive list of examples. It uses the word “*notamment*”, in the French version, to make it plain that the examples given are listed only for clarification, and do not operate to restrict the general scope of the introductory phrase. The English version of the provision is also plain. Parliament introduces the list of examples with the expression “without restricting

lesquelles l’al. 22(1)(b) ne s’applique qu’aux enquêtes en cours et ne peut être invoqué afin de sauvegarder des enquêtes futures ou le processus d’enquête en général. Selon lui, c’est une interprétation inutilement restrictive de cette disposition et nuisible à la mise en œuvre de la loi et à la réalisation de ses objectifs.

Tout d’abord, il faut noter que le mot « enquête » est défini au par. 22(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

22. . . .

(3) Pour l’application de l’alinéa (1)(b), « enquête » s’entend de celle qui :

a) se rapporte à l’application d’une loi fédérale;

b) est autorisée sous le régime d’une loi fédérale;

c) fait partie d’une catégorie d’enquêtes précisée dans les règlements.

Cette définition ne suggère pas que ce mot soit limité à une enquête précise et circonscrite dans le temps. En effet, le législateur ne limite pas la portée de cette expression par un qualificatif quelconque. Aucun des alinéas du par. 22(3) ne limite le mot enquête aux enquêtes en cours ni n’exclut de sa protection les enquêtes futures et le processus d’enquête d’une façon générale. De prime abord, il semble donc que ce mot conserve son sens large et puisse faire référence autant aux enquêtes en cours qu’à celles qui sont sur le point de commencer ou qui auront lieu. Voyons maintenant si le législateur a restreint la portée de cette définition pour l’application de l’exception à la divulgation prévue à l’al. 22(1)(b).

Le législateur prend soin de préciser que l’al. 22(1)(b) conserve son sens large et général par l’énumération non limitative d’exemples. Il utilise le mot « notamment » afin de préciser que les exemples donnés ne sont énumérés qu’à titre indicatif et n’ont pas pour effet de limiter la portée générale de la phrase introductive. La version anglaise de cette disposition est aussi explicite. Le législateur introduit l’énumération d’exemples

the generality of the foregoing”. This Court has had occasion in the past to examine the interpretation of the expression “without restricting the generality of the foregoing” in similar circumstances: in *Dagg, supra*, at para. 68, La Forest J. analyzed s. 3 of the *Privacy Act*, the wording of which resembles the wording of s. 22(1)(b) of that 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.

Although s. 22(1)(b)(i) relates specifically to a particular investigation, it in no way alters the generality of the introductory sentence. In fact, s. 22(1)(b)(ii), which authorizes refusal to disclose information that would reveal the identity of a confidential source of information, contemplates the protection of future investigations as well as existing investigations. A reliable confidential source may be useful beyond the confines of one specific investigation.

54 In short, there is nothing in s. 22(1)(b) that should be interpreted as restricting the scope of the word “investigation” to investigations that are underway or are about to commence, or limiting the general meaning of that word to specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that section.

55 Exceptions to the disclosure of personal information have generally been narrowly construed by the courts. Nonetheless, as McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal said, “[i]f the meaning [of the wording of a provision] is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it” (*Rubin, supra*, at para. 24; see also *St. Peter’s Evangelical*

par l’expression « *without restricting the generality of the foregoing* ». Notre Cour a déjà eu à examiner l’interprétation du mot « notamment » dans des circonstances similaires. En effet, dans l’affaire *Dagg*, précitée, par. 68, le juge La Forest a analysé l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dont la phraséologie ressemble à celle de l’al. 22(1)(b) de cette même loi :

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.

Même si le sous-al. 22(1)(b)(i) se rattache spécifiquement à une enquête déterminée, la portée générale de la phrase introductive n’est pas pour autant modifiée. D’ailleurs, le sous-al. 22(1)(b)(ii), autorisant la non-divulgence des renseignements qui permettent de remonter à une source de renseignements confidentielle, envisage la protection des enquêtes futures aussi bien qu’actuelles. Une source confidentielle fiable peut être utile au-delà d’une seule enquête précise.

Bref, rien à l’al. 22(1)(b) ne doit s’interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours ou à celles sur le point de commencer, ni comme limitant la portée générale de ce mot à des enquêtes précises. Il n’est donc pas justifié de limiter la portée de cet article.

Les exceptions à la divulgation des renseignements personnels ont généralement été interprétées d’une manière restrictive par les tribunaux. Il n’en demeure pas moins, comme le disait le juge McDonald, de la Cour d’appel fédérale, que « [s]i le sens [du libellé d’une disposition] est manifeste, il n’appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal

Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 626). The argument made by the intervener and the respondent, that it is never possible to invoke the exemption from disclosure once the investigation is over, is an interpretation that is not supported by the wording of the provision. The disclosure of personal information may be as damaging to future investigations as to investigations that are underway.

The appellant relies on another portion of s. 22(1)(b). He contends that disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of a law of Canada or a province, and more specifically of the *Official Languages Act*:

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . .

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . . [Emphasis added.]

The respondent and the intervener submit that the Commissioner of Official Languages does not have the power to enforce the *Official Languages Act* and that, consequently, this argument must be rejected. They contend that the power to enforce that Act is set out in Part X of the Act, entitled "Court

de le modifier » (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, par. 24; voir également *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, p. 626). Les prétentions de l'intervenant et de l'intimé selon lesquelles il n'est jamais possible d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation, une fois l'enquête close, représentent une interprétation que ne permet pas le libellé de la disposition. La divulgation de renseignements personnels peut être aussi dommageable à des enquêtes futures qu'à des enquêtes en cours.

L'appelant invoque une autre partie de l'al. 22(1)(b). Il prétend que la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales et plus particulièrement la *Loi sur les langues officielles* :

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . .

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . [Je souligne.]

L'intimé et l'intervenant soutiennent que le Commissaire aux langues officielles n'a pas le pouvoir de faire respecter la *Loi sur les langues officielles* et que, par conséquent, cet argument doit être rejeté. Ils prétendent que le pouvoir de la faire respecter est prévu à la partie X de cette loi ayant pour

Remedy”, and that only the Federal Court has that power. In their submission, the English expression “enforcement of any law” expressly refers to activities to compel compliance.

57 The question is whether “the enforcement of any law of Canada” refers only to activities the purpose of which is to compel certain individuals or institutions to comply with the provisions of a law of Canada, or whether mediation and making non-coercive recommendations, as provided by the *Official Languages Act*, also constitute “the enforcement of any law of Canada”. I do not believe that it is necessary for this Court to construe that expression in order to dispose of this matter. The appeal essentially addresses the question of how the *Privacy Act*, which provides for access to personal information by the person concerned, may be reconciled with the right of the Commissioner of Official Languages to keep investigations confidential and private. The question of confidentiality arises in this case only in relation to investigations.

58 The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(b) is authorized only where disclosure “could reasonably be expected” to be injurious to investigations. As Richard J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at para. 43, “[t]he reasonable expectation of probable harm implies a confident belief”. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The Commissioner of Official Languages has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly. The

titre « Recours judiciaire » et que seule la Cour fédérale a un tel pouvoir. Selon eux, l’expression anglaise « *enforcement of any law* » fait expressément référence à des activités comportant contrainte.

La question est de savoir si les « activités destinées à faire respecter les lois fédérales » ne visent que celles qui ont pour objet de contraindre certains individus ou institutions à se conformer aux dispositions d’une loi fédérale ou si la médiation et la formulation de recommandations non exécutoires, prévues par la *Loi sur les langues officielles*, constituent également des « activités destinées à faire respecter les lois fédérales ». Je ne crois pas qu’il soit nécessaire que notre Cour interprète cette expression pour décider du litige. Ce pourvoi porte essentiellement sur la conciliation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant l’accès aux renseignements personnels par la personne concernée et le droit du Commissaire aux langues officielles de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes. Cette question de confidentialité se pose ici uniquement dans le contexte des enquêtes.

La non-divulgence des renseignements personnels prévue à l’al. 22(1)(b) n’est autorisée que s’il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l’enquête. Or, comme le mentionne le juge Richard dans l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 43, « [l]a vraisemblance du préjudice implique qu’on ait des motifs d’y croire ». Il faut qu’il y ait entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct. La non-divulgence ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l’organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d’assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l’intégrité du processus d’enquête. Le Commissaire aux langues officielles a l’obligation d’être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l’application de son

power provided in s. 22(1)(b) must be exercised in a manner that respects the nature and objectives of the *Official Languages Act*. The Commissioner must have regard to, *inter alia*, the private and confidential nature of investigations, as provided by Parliament. As I have explained, the sections providing for the confidentiality and secrecy of investigations are essential to the implementation of the *Official Languages Act*. Section 22(1)(b) must be applied in a way that is consistent with both Acts.

D. Application of the Law to the Facts of the Case

The only interview notes that Mr. Lavigne is attempting to obtain in this application are the notes in respect of Jacqueline Dubé: during the course of the proceedings, Normand Chartrand and France Doyon agreed to allow the Commissioner of Official Languages to give the respondent access to the personal information about him. The issue that remains to be determined is whether it can reasonably be concluded from the Commissioner's statements that disclosure of the notes of the interview with Jacqueline Dubé could reasonably be expected to be injurious to the conduct of the Commissioner's future investigations.

As I have said, s. 22(1)(b) is not an absolute exemption clause. The decision of the Commissioner of Official Languages to refuse disclosure under s. 22(1)(b) must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the *Privacy Act* provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information (s. 49). The appellant relied primarily on Mr. Langelier's affidavit to establish the reasonable expectation of injury.

pouvoir. L'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)(b) doit respecter la nature et les objectifs de la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire doit, entre autres, tenir compte du caractère secret et confidentiel des enquêtes prévu par le législateur. Comme je l'ai expliqué, les articles prévoyant la confidentialité et le secret des enquêtes sont essentiels à la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. L'application de l'al. 22(1)(b) doit se faire dans le respect des deux lois.

D. Application du droit aux faits en l'espèce

Les seules notes d'entrevue que tente d'obtenir M. Lavigne par la présente demande sont celles de Jacqueline Dubé. En effet, au cours des procédures, Normand Chartrand et France Doyon ont convenu de permettre au Commissaire aux langues officielles de donner accès à l'intimé aux renseignements personnels le concernant. La question qui reste à trancher est de savoir si les affirmations du commissaire permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de Jacqueline Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures du commissaire.

Comme je l'ai mentionné, l'al. 22(1)(b) n'est pas une clause d'exclusion absolue. La décision du Commissaire aux langues officielles de refuser la divulgation en application de l'al. 22(1)(b) doit être appuyée sur des motifs concrets à l'intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu'il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit qu'il appartient à l'institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l'institution fédérale n'arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l'accès aux renseignements personnels (art. 49). L'appellant s'est principalement basé sur l'affidavit de M. Langelier afin de démontrer le risque vraisemblable de préjudice.

59

60

61

I do not believe that Mr. Langelier's statements provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of the interview with Ms. Dubé could reasonably be expected to be injurious to future investigations. Mr. Langelier contends that disclosure would have an injurious effect on future investigations, without proving this to be so in the circumstances of this case. The Commissioner's decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the appellant shows that the Commissioner's decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that Ms. Dubé had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to the Commissioner's investigations the latter might cause. If Ms. Dubé had given permission, the Commissioner would have disclosed the information. The appellant's *factum* states:

Jacqueline Dubé did not give permission to disclose to the Respondent the personal information concerning him that was recorded in the course of the interview she gave the OCOL [Office of the Commissioner of Official Languages] [and so] [t]he OCOL did not disclose any of this personal information. [Emphasis added.]

The appellant does not rely on any specific fact to establish the likelihood of injury. The fact that there is no detailed evidence makes the analysis almost theoretical. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the notes of the interview with Ms. Dubé on future investigations, Mr. Langelier tried to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. There are cases in which disclosure of the personal information requested could reasonably be expected to be injurious to the conduct of investigations, and consequently the information could be kept private. There must nevertheless be evidence from which this can reasonably be concluded. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by

Je ne crois pas que les affirmations de M. Langelier permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de M^{me} Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures. Monsieur Langelier prétend que la divulgation aura un effet nuisible sur les enquêtes futures sans en faire une preuve dans les circonstances de l'espèce. Or, la décision du commissaire doit être basée sur des motifs réels et liée au cas précis à l'étude. La preuve déposée par l'appellant démontre que la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement de M^{me} Dubé à la divulgation et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer aux enquêtes du commissaire. Si M^{me} Dubé avait donné son autorisation, le commissaire aurait divulgué les renseignements. En effet, selon le mémoire de l'appellant :

Jacqueline Dubé n'a pas donné l'autorisation de communiquer à l'intimé les renseignements personnels le concernant qui ont été consignés au cours de l'entrevue qu'elle a accordée au CoLo [Commissariat aux langues officielles], et celui-ci n'a donc communiqué aucun des renseignements personnels en question. [Je souligne.]

L'appellant n'invoque aucun autre fait précis pour établir le risque vraisemblable de préjudice. L'absence de preuve circonstanciée rend l'analyse presque théorique. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue de M^{me} Dubé sur les enquêtes futures, M. Langelier a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Il existe des cas où la divulgation des renseignements personnels demandés risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes et, par conséquent, ceux-ci pourront être gardés secrets. Encore faut-il que la preuve permette raisonnablement de conclure en ce sens. L'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la *Loi sur la protection des*

the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*. The Commissioner must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In the case of Ms. Dubé, the record as a whole does not provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of her interview could reasonably be expected to be injurious to the Commissioner's investigations.

The evidence presented by the intervenor is no more persuasive. The intervenor submits that it is not necessary for the Commissioner's investigations to be confidential by referring to the affidavit of Gerald Neary, the Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner of Canada, said:

OCOL argues that providing promises of confidentiality to witnesses in the context of its investigations is both a necessary and consistent part of its alleged role as an ombudsman. However, the nature of the role of the Commissioner of Official Languages is similar to the role of the Privacy Commissioner of Canada. As an Ombudsman, the Privacy Commissioner has found that blanket promises of confidentiality are not necessary in order to preserve the role of ombudsman, or in order to ensure effective investigations. [Emphasis added.]

The Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner is not necessarily the person most suited to determining the best way for investigations to be conducted by the Commissioner of Official Languages. Mr. Neary's affidavit does not establish that he has any expertise in the specific field of official languages. Mr. Langelier, unlike Mr. Neary, has lengthy experience in that field. For a number of years, he worked as the Director of the Complaints and Audits Branch and as a complaints officer in the Office of the Commissioner of Official Languages. When his affidavit was filed, he had over 20 years' experience.

Although the role of the Commissioner of Official Languages is similar to that of the Privacy Commissioner, the two Acts that they are responsible for enforcing, and the situations in which those Acts apply, are different in a number of respects.

renseignements personnels et la Loi sur les langues officielles. Le commissaire exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. Dans le cas de M^{me} Dubé, l'ensemble du dossier ne permet pas raisonnablement de conclure que la divulgation de ses notes d'entrevue risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes du commissaire.

La preuve déposée par l'intervenant n'est pas pour autant plus convaincante. En effet, l'intervenant soutient que la confidentialité des enquêtes du commissaire n'est pas nécessaire en référant à l'affidavit de M. Gerald Neary, directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée au Canada :

[TRANSDUCTION] Le COLO prétend que promettre la confidentialité aux témoins dans le cadre de ses enquêtes est à la fois nécessaire et conforme à son rôle d'ombudsman. Pourtant, le rôle du Commissaire aux langues officielles est semblable par sa nature à celui du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, et, en tant qu'ombudsman, le Commissaire à la protection de la vie privée a constaté qu'il n'était pas nécessaire de faire des promesses générales de confidentialité pour préserver le rôle d'ombudsman ou pour garantir l'efficacité des enquêtes. [Je souligne.]

Le directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée n'est pas nécessairement la personne la plus apte à apprécier la meilleure façon de mener à terme les enquêtes du Commissaire aux langues officielles. L'affidavit de M. Neary ne démontre pas qu'il possède une quelconque expertise dans le domaine particulier des langues officielles. Contrairement à M. Neary, M. Langelier possède une longue expérience dans ce domaine. Il a agi pendant plusieurs années à titre de directeur à la Direction des plaintes et vérifications du Commissariat aux langues officielles et à titre d'agent de plaintes. Au moment du dépôt de l'affidavit, il possédait une expérience de plus de 20 années.

Bien que le rôle du Commissaire aux langues officielles s'apparente à celui du Commissaire à la protection de la vie privée, les deux lois dont ils sont chargés d'assurer le respect et leurs circonstances d'application sont différentes à bien des égards. La

Language is a means of expression proper to an individual. It is the vehicle by which a cultural group transmits its distinct culture and traditions, and it is an essential tool for expressing and communicating ideas. It is not surprising that the history of Canada is marked by a number of conflicts over language, considering the presence of two dominant languages in this country. As A. Braën explained, language is a cultural benchmark that may be the source of conflicts ("Language Rights", in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (1987), 1, at pp. 15-16:

Language is an essential means of cultural expression and its vitality, according to the Commission [Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism], is a necessary although insufficient condition for the survival of a culture as a whole. However, in a bilingual or multilingual society language will be a constant focus of tensions to the extent [that] it expresses the community interests of cultural or language groups. [Emphasis added.]

On the history of bilingualism in Canada, see: C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, at pp. 1-96, and F. Chevette and H. Marx, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence* (1982), at pp. 1583-88.

64

In the particular context of employment, the use of an official language by a minority group is a very delicate situation. It may be difficult for an employee to make a complaint for the purpose of having his or her language rights recognized. The employee is in a situation of twofold weakness: he belongs to a minority group, and his relationship with the employer is one of subordination. Instead of tackling these difficulties by asserting his rights, an employee may prefer to conform to the language of the majority. The objective of the *Official Languages Act* is precisely to make that kind of behaviour unnecessary, by enhancing the vitality of both official languages. To facilitate the exercise of language rights, Parliament has expressly provided that investigations will be private and confidential, and has given the Commissioner of Official Languages a mandate to ensure that the Act is enforced. This is the delicate

langue est un moyen d'expression qui appartient à l'individu. Elle permet l'épanouissement de la culture et des traditions propres à un groupe culturel et représente un véhicule privilégié d'expression et de communication de la pensée. Il n'est pas étonnant que l'histoire du Canada soit marquée par plusieurs luttes linguistiques considérant la présence de deux langues dominantes au pays. Comme l'expose A. Braën, la langue est un repère culturel pouvant être à l'origine de conflits (« Les droits linguistiques », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (1986), 1, p. 17 :

La langue est un mode privilégié d'expression culturelle et sa vitalité est, selon la même Commission [Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme], une condition nécessaire, quoiqu'insuffisante à elle seule, au maintien intégral d'une culture. Elle demeure malgré tout un foyer continu de tensions au sein d'une société bilingue ou multilingue dans la mesure où la langue exprime une communauté d'intérêts propres à un groupe linguistique et culturel. [Je souligne.]

Concernant l'histoire du bilinguisme au Canada, voir : C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, p. 1-96, et F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence* (1982), p. 1583-1588.

Dans le contexte particulier de l'emploi, l'utilisation d'une langue officielle par une minorité est une situation très délicate. Il peut être difficile pour un employé de déposer une plainte visant la reconnaissance de ses droits linguistiques. En effet, l'employé se trouve dans une double situation de faiblesse : il appartient à un groupe minoritaire et il a une relation de subordination vis-à-vis l'employeur. Au lieu d'affronter ces difficultés en faisant valoir ses droits, un employé peut préférer se conformer à la langue de la majorité. Or, la *Loi sur les langues officielles* a justement pour objectif d'éviter ce type de comportement en favorisant l'épanouissement des deux langues officielles. Pour faciliter l'exercice des droits linguistiques, le législateur a expressément prévu le caractère confidentiel et secret des enquêtes et a confié au Commissaire aux langues officielles le mandat de veiller à la mise en application de cette loi. C'est

context in which the Commissioner carries out his functions.

Parliament has made the Office of the Commissioner of Official Languages subject to the *Privacy Act*, and only when a government institution is able to justify the exercise of its discretion to refuse disclosure may it do so. In the case before us, the appellant has not succeeded in showing that it is reasonable to maintain confidentiality. For these reasons, I would dismiss the main appeal.

In the cross-appeal, the respondent is seeking disclosure of information other than personal information that is held by the Commissioner in connection with the official languages complaint he made. Mr. Lavigne's request to the Office of the Commissioner of Official Languages is based on s. 12(1) of the *Privacy Act*. Section 12 of that Act provides that only personal information may be requested. I agree with Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal that a person who makes a request under the *Privacy Act* is not entitled to information other than personal information. For those reasons, I would dismiss the cross-appeal.

VII. Conclusion

The main appeal and the cross-appeal are dismissed, without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on the cross-appeal: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

dans ce contexte délicat que le commissaire exerce ses fonctions.

Le législateur a assujéti le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ce n'est que lorsque l'institution fédérale peut justifier l'exercice de sa discrétion de refuser la divulgation qu'elle peut le faire. Dans le cas qui nous concerne, l'appellant n'a pas réussi à démontrer qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal.

Quant au pourvoi incident, l'intimé cherche à obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels et détenues par le commissaire en rapport avec la plainte qu'il a formulée en matière de langues officielles. La demande de M. Lavigne auprès du Commissariat aux langues officielles est fondée sur le par. 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Or, l'article 12 de cette loi prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être demandés. Je conviens avec le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne permet pas d'obtenir des renseignements autres que personnels. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

VII. Conclusion

Le pourvoi principal de même que le pourvoi incident sont rejetés, sans frais.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident: McCarthy Tétrault, Ottawa; Le Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

65

66

67

Norman Sterriah, on behalf of all members of the Ross River Dena Council Band, and the Ross River Dena Development Corporation *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada and the Government of Yukon *Respondents*

and

The Attorney General of British Columbia and the Coalition of B.C. First Nations *Intervenors*

INDEXED AS: ROSS RIVER DENA COUNCIL BAND v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 54.

File No.: 27762.

2001: December 11; 2002: June 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Indians — Reserves — Creation of reserves in non-treaty context — Indian Band occupying lands in Yukon Territory since 1950s — Lands set aside by officials — Legal requirements for establishment of a reserve — Whether lands set aside have reserve status — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve” — Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18(d).

Following a claim for the refund of taxes paid on tobacco sold in an Indian village in the Yukon, a dispute arose concerning the status of the village. If it was a reserve, an exemption from the tax could rightfully be claimed. The respondents maintained that a reserve had never been created there. In the 1950s, members of the appellant Band, which is recognized as a band under the *Indian Act*, were allowed to settle on the site of what is now their village, there being no treaty governing the lands. Various administrative discussions

Norman Sterriah, au nom de tous les membres du Conseil de la bande dénée de Ross River, et la Ross River Dena Development Corporation *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le gouvernement du Yukon *Intimés*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique et la Coalition of B.C. First Nations *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CONSEIL DE LA BANDE DÉNÉE DE ROSS RIVER c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 54.

Nº du greffe : 27762.

2001 : 11 décembre; 2002 : 20 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Indiens — Réserves — Création de réserves en l'absence de traité régissant la question — Terres occupées par une bande indienne au Yukon depuis les années 1950 — Terres mises de côté par des fonctionnaires — Conditions légales d'établissement des réserves — Les terres mises de côté ont-elles la qualité de réserve? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve » — Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18d).

À la suite d'une demande de remboursement de taxes sur le tabac vendu dans un village indien au Yukon, un différend a pris naissance relativement au statut de ce village. Si celui-ci constituait une réserve, une exemption de la taxe pouvait à bon droit être demandée. Les intimés ont plaidé qu'aucune réserve n'avait été créée à cet endroit. Dans les années 1950, les membres de la bande appelante, qui est une bande reconnue en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ont été autorisés à s'établir à l'endroit qui est maintenant leur village, les terres en

and actions with respect to the status of the community took place between 1953 and 1965. In 1965, the Chief of the Resources Division in the Department of Northern Affairs and National Resources advised the Indian Affairs Branch of the then Department of Citizenship and Immigration that the village site had been reserved for the Branch. The letter was entered in the Reserve Land Register under the *Indian Act*. On a motion by the appellants, the chambers judge declared the lands occupied by the Band to be a reserve. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the respondents' appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Given the absence of intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown, no reserve was legally created. In the Yukon Territory, as well as elsewhere in Canada, there appears to be no single procedure for creating reserves, although an Order-in-Council has been the most common and undoubtedly best and clearest procedure used to create reserves. Whatever method is employed, the Crown must have had an intention to create a reserve. This intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown. For example, this intention may be evidenced either by an exercise of executive authority such as an Order-in-Council, or on the basis of specific statutory provisions creating a particular reserve. Steps must be taken in order to set apart land. The setting apart must occur for the benefit of Indians. The Band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart. The statutory framework for reserve creation in the Yukon Territory has limited, but not entirely ousted, the royal prerogative. In any case, whether the authority to create a reserve is derived from the royal prerogative or from statute, the Governor in Council is the holder of the power in both cases.

In this case, land was set aside but there was no intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown. The facts demonstrate that Crown agents never made representations to the members of the Band that the Crown had decided to create a reserve for them, nor did any person having the authority to bind the Crown ever agree to the setting up of a reserve

question n'étant visées par aucun traité. De 1953 à 1965, des discussions et des mesures administratives ont, selon le cas, été tenues ou prises relativement au statut de la collectivité. En 1965, le chef de la division des ressources du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la division des Affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque que le site du village avait été réservé pour la division des Affaires indiennes. Cette lettre a été inscrite au registre des terres de réserve prévu par la *Loi sur les Indiens*. Par suite d'une requête présentée par les appelants, le juge qui en était saisi a déclaré que les terres occupées par la bande constituaient une réserve. Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel a accueilli l'appel formé par les intimés contre cette déclaration.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Vu l'absence d'intention, par des personnes habilitées à lier la Couronne, de créer une réserve, aucune réserve n'a été créée sur le plan juridique. Tant au Yukon qu'ailleurs au Canada, il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves, quoique la prise d'un décret ait été la mesure la plus courante et, indubitablement, la meilleure et la plus claire des procédures utilisées à cette fin. Quelle que soit la méthode utilisée, la Couronne doit avoir eu l'intention de créer une réserve. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l'autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention. Par exemple, cette intention peut être dérogée soit de l'exercice du pouvoir de l'exécutif — par exemple la prise d'un décret — soit de l'application de certaines dispositions législatives créant une réserve particulière. Des mesures doivent être prises lorsqu'on veut mettre des terres à part. Cette mise à part doit être faite au profit des Indiens. La bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. Le cadre législatif pourvoyant à la création des réserves au Yukon a restreint — sans toutefois l'écarter — l'application de la prérogative royale à cet égard. Quoi qu'il en soit, que le pouvoir de créer des réserves tire son origine de la prérogative royale ou de dispositions législatives, c'est le gouverneur en conseil qui est titulaire de ce pouvoir dans un cas comme dans l'autre.

En l'espèce, des terres ont été mises de côté, mais aucune intention de créer une réserve n'a été manifestée par des personnes habilitées à lier la Couronne. Les faits démontrent qu'à aucun moment des représentants de la Couronne n'ont déclaré à la bande que la Couronne avait décidé de créer une réserve à leur intention, et qu'aucune personne habilitée à lier la

at the site in question. Those Crown officials who did advocate the creation of a reserve never had the authority to set apart the lands and create a reserve. While lands were set aside for the Band, they do not have the status of a reserve.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: LeBel J.'s conclusion that the Crown never intended to establish a reserve in this case was agreed with. However, the royal prerogative to set aside or apart lands for Aboriginal peoples has not been limited by statute, either expressly or by necessary implication. The *Indian Act* does not provide any formal mechanism for the creation of reserves. The definition of "reserve" in s. 2(1) of the Act does not limit the Crown's ability to deal with lands for the use of aboriginal peoples. It simply serves to identify which lands have been set apart as reserves within the meaning of the Act. Nor does s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* place limits on the Crown's prerogative with respect to the creation of reserves. This section is not directed at the creation of reserves *per se*, but rather permits the Governor in Council to protect from disposition those Crown lands for which other use is contemplated. While s. 18(d) provides a mechanism to set apart lands for the creation of a reserve, it is merely one avenue to achieve this result. It has not placed any conditions or limitations on the Crown's prerogative to create a reserve.

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; **referred to:** *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Town of Hay River v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 262; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657.

By Bastarache J.

Referred to: *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, *aff'd* [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015.

Couronne n'a jamais donné son aval à la création d'une réserve à l'endroit en question. Les fonctionnaires qui préconisaient effectivement la création d'une réserve n'ont jamais détenu le pouvoir de mettre des terres à part et de créer une réserve. Bien que des terres aient été mises de côté pour la bande, elles n'ont pas la qualité de réserve.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache : Il y a accord avec la conclusion du juge LeBel selon laquelle la Couronne n'a à aucun moment eu l'intention d'établir une réserve en l'espèce. Toutefois, la prérogative royale de mettre des terres de côté pour les peuples autochtones n'a jamais été limitée par voie législative, ni expressément ni par implication nécessaire. La *Loi sur les Indiens* n'établit pas de mécanisme formel de création de réserves. La définition de « réserve » au par. 2(1) de cette loi ne limite pas la capacité de la Couronne de mettre des terres de côté à l'usage des peuples autochtones, mais elle sert uniquement à identifier, parmi les terres mises de côté, celles qui l'ont été en tant que réserves au sens de la Loi. L'alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 ne restreint pas non plus l'application de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. Cette disposition n'a pas pour objet la création de réserves comme telles, mais vise plutôt à permettre au gouverneur en conseil de soustraire à l'aliénation des terres de la Couronne pour lesquelles on envisage un autre usage. Bien que l'al. 18d) établit un mécanisme de mise à part de terres aux fins de création d'une réserve, il n'est pas le seul mécanisme permettant de réaliser cette fin et il n'a pas pour effet d'assortir de conditions ou restrictions l'exercice de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; **arrêts mentionnés :** *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Ville de Hay River c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 262; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, *conf. par* [1985] 1 R.C.S. 441; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015.

Statutes and Regulations Cited

- Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.
- Constitution Act, 1867*, s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, s. 35.
- Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113 [rep. 1950, c. 22, s. 26], s. 74.
- Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 21.
- Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 2(1) "band", "reserve" [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 1(1)], "designated lands" [ad. *idem*, s. 1(2)], (2), 18(1), (2), 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58, 60, 87(1).
- Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.
- Letters Patent constituting the office of Governor General of Canada* (1947). In *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31].
- Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18 [now R.S.C. 1985, c. T-7, s. 23].
- Territorial Lands Act*, R.S.C. 1985, c. T-7, s. 23(d) [repl. 1994, c. 26, s. 68].
- Tobacco Tax Act*, R.S.Y. 1986, c. 170.

Authors Cited

- Bartlett, Richard H. *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History*. Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1990.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, and vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part 2. Ottawa: The Commission, 1996.
- Evatt, Herbert Vere. *The Royal Prerogative*. Sydney, Australia: The Law Book Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 2).

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 116, 131 B.C.A.C. 219, 72 B.C.L.R. (3d) 292, [2000] 4 W.W.R. 390, [2000] 2 C.N.L.R. 293, [1999] Y.J.

Lois et règlements cités

- Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, art. 3(6).
- Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42.
- Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada* (1947). Dans *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 [reproduites dans L.R.C. 1985, App. II, n° 31].
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.
- Loi de la taxe sur le tabac*, L.R.Y. 1986, ch. 170.
- Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113 [abr. 1950, ch. 22, art. 26], art. 74.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « bande », « réserve » [abr. & rempl. ch. 17 (4^e suppl.), art. 1(1)], « terres désignées » [aj. *idem*, art. 1(2)], (2), 18(1), (2), 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58, 60, 87(1).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 21.
- Loi sur les terres territoriales*, L.R.C. 1985, ch. T-7, art. 23d) [rempl. 1994, ch. 26, art. 68].
- Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18 [maintenant L.R.C. 1985, ch. T-7, art. 23].

Doctrine citée

- Bartlett, Richard H. *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada : A Homeland — A Study in Law and History*. Saskatoon : Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1990.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, et vol. 2, *Une relation à redéfinir*, partie 2. Ottawa : La Commission, 1996.
- Evatt, Herbert Vere. *The Royal Prerogative*. Sydney, Australia : The Law Book Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
- Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto : Carswell (loose-leaf updated 2001, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Territoire du Yukon (1999), 182 D.L.R. (4th) 116, 131 B.C.A.C. 219, 72 B.C.L.R. (3d) 292, [2000] 4 W.W.R. 390, [2000] 2 C.N.L.R. 293, [1999] Y.J. No.

No. 121 (QL), 1999 BCCA 750, setting aside a decision of the Yukon Territory Supreme Court, [1998] 3 C.N.L.R. 284, [1998] Y.J. No. 63 (QL), declaring a tract of land an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*. Appeal dismissed.

Brian A. Crane, Q.C., and Ritu Gambhir, for the appellants.

Brian R. Evernden and Jeffrey A. Hutchinson, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

Penelope Gawn and Lesley McCullough, for the respondent the Government of Yukon.

Richard J. M. Fyfe, Paul E. Yearwood and Patrick G. Foy, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Leslie J. Pinder, for the intervener the Coalition of B.C. First Nations.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. were delivered by

1 BASTARACHE J. — I have had the opportunity to read the reasons of my colleague and I agree that no reserve was created in this case. As noted by my colleague, the essential conditions for the creation of a reserve within the meaning of s. 2(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, include an act by the Crown to set aside Crown land for the use of an Indian band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown. The evidence in this case reveals that the Crown never intended to establish a reserve within the meaning of the Act.

2 Though I agree with the disposition, I respectfully disagree with my colleague's assertion that the royal prerogative to create reserves has been limited by s. 18(d) of the *Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263. In addition, I think it is important to state clearly the interaction between the Crown prerogative and s. 2(1) of the *Indian Act*. Section 2(1) does not constrain the Crown's prerogative to

121 (QL), 1999 BCCA 750, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême du Territoire du Yukon, [1998] 3 C.N.L.R. 284, [1998] Y.J. No. 63 (QL), qui avait déclaré qu'une parcelle de terrain constituait une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*. Pourvoi rejeté.

Brian A. Crane, c.r., et Ritu Gambhir, pour les appelants.

Brian R. Evernden et Jeffrey A. Hutchinson, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Penelope Gawn et Lesley McCullough, pour l'intimé le gouvernement du Yukon.

Richard J. M. Fyfe, Paul E. Yearwood et Patrick G. Foy, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Leslie J. Pinder, pour l'intervenante la Coalition of B.C. First Nations.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs de mon collègue et, tout comme lui, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu création de réserve en l'espèce. Comme l'a souligné mon collègue, parmi les conditions essentielles à la création d'une réserve au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres de la Couronne à l'usage d'une bande indienne et l'intention, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, de créer une réserve. En l'espèce, la preuve révèle que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'établir une réserve au sens de cette loi.

Bien que je sois d'accord avec le dispositif proposé par mon collègue, je ne peux, en toute déférence, souscrire à son affirmation selon laquelle l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, a restreint la prérogative royale de créer des réserves. De plus, j'estime qu'il est important d'indiquer clairement comment interagissent la prérogative de la Couronne et le par. 2(1) de la *Loi*

deal with lands for the use of Indians, but rather provides a definition of “reserve” for the purposes of the Act. Section 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* gives the Governor in Council a discretionary power to protect Crown lands from disposal for a wide range of public purposes, including the welfare of Indians. In my view, neither provision, either expressly or by necessary implication, limits the scope of the Crown’s prerogative to set aside or apart lands for Aboriginal peoples.

All of the parties agree that the power to create reserves was originally based on the royal prerogative. The power is thought to be part of the Crown’s prerogative to administer and dispose of public property including Crown lands (see P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at p. 96). The appellants nonetheless contend that this power has long been regulated by statute, including the successive Indian Acts which date back to Confederation as well as various statutes governing the disposition and management of Crown lands. They assert in particular that the right to establish reserves in the Yukon Territory is found in the *Indian Act* and the *Territorial Lands Act* which have replaced the prerogative. My colleague disagrees with the appellants that the prerogative has been displaced, but concedes that it has been limited.

There is no doubt that a royal prerogative can be abolished or limited by clear and express statutory provision: see *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, at p. 780, aff’d [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 464. It is less certain whether in Canada the prerogative may be abolished or limited by necessary implication. Although this doctrine seems well established in the English courts (see *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), this Court has questioned its application as an exception to Crown immunity (see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551,

sur les Indiens. Ce paragraphe ne limite pas la prérogative que possède la Couronne d’agir en matière de terres destinées à l’usage des Indiens, mais il définit plutôt le mot « réserve » pour l’application de cette loi. L’alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne, et ce pour un large éventail de fins d’intérêt public, y compris le bien-être des Indiens. À mon avis, ni l’une ni l’autre de ces dispositions — expressément ou par implication nécessaire — n’ont pour effet de limiter l’étendue du pouvoir de la Couronne de mettre des terres de côté pour les peuples autochtones.

Toutes les parties sont d’avis que le pouvoir de créer des réserves était initialement fondé sur l’exercice de la prérogative royale. On estime que ce pouvoir fait partie de la prérogative royale concernant l’administration et l’aliénation des biens publics, y compris les terres de la Couronne (voir P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 107). Les appelants soutiennent néanmoins que l’exercice de ce pouvoir est depuis longtemps régi par des textes de loi, notamment les diverses lois sur les Indiens adoptées depuis la Confédération et diverses autres lois portant sur la disposition et la gestion des terres de la Couronne. Ils affirment tout particulièrement que le droit d’établir des réserves au Yukon est prévu par la *Loi sur les Indiens* et la *Loi sur les terres territoriales*, qui auraient remplacé la prérogative. Mon collègue ne souscrit pas à la thèse des appelants selon laquelle la prérogative aurait été écartée, mais il admet que son exercice a été restreint.

Il ne fait aucun doute qu’une prérogative royale peut être abolie ou restreinte par une disposition législative claire ou explicite : voir *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, p. 780, conf. par [1985] 1 R.C.S. 441, p. 464. Il est toutefois moins certain que, au Canada, la prérogative puisse être abolie ou restreinte par implication nécessaire. Bien que cette doctrine semble bien établie dans la jurisprudence britannique (voir *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), notre Cour a mis en doute son application en tant qu’exception à l’immunité

3

4

at p. 558; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at pp. 1022-23). Assuming that prerogative powers may be removed or curtailed by necessary implication, what is meant by “necessary implication”? H. V. Evatt explains the doctrine as follows:

Where Parliament provides by statute for powers previously within the Prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute, there is an implied intention on the part of Parliament that those powers can only be exercised in accordance with the statute. “Otherwise,” says Swinfen-Eady M.R., “what use would there be in imposing limitations if the Crown could at its pleasure disregard them and fall back on Prerogative?” [Emphasis added.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), at p. 44)

5

In my view, s. 2(1) of the *Indian Act*, which sets out the definition of “reserve”, does not in any way “provid[e] by statute for powers previously within the Prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute”. It is well established that the *Indian Act* does not provide any formal mechanism for the creation of reserves. The Act is, and always has been, confined to the management and protection of existing reserves, many of which were established long before the federal government assumed jurisdiction over Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (see R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History* (1990), at pp. 24-25).

6

In the past, the Crown exercised its prerogative to create reserves in a number of ways. Although some lands set apart for Indian bands constitute “reserves” within the meaning of the *Indian Act*, other lands have been set apart or aside for the use of Indian bands, yet are not recognized as “reserves” under the Act. For example, in this case, the Crown exercised its prerogative to “reserve” or set aside lands for the

de la Couronne (voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1022-1023). En supposant que les pouvoirs de prérogative puissent être éliminés ou réduits par implication nécessaire, qu’entend-on par « implication nécessaire »? Voici comment H. V. Evatt explique cette doctrine :

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement précise dans une loi que l’exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi, il entend implicitement que ces pouvoirs ne puissent être exercés qu’en conformité avec la loi. « Sinon », comme l’affirme le maître des rôles Swinfen-Eady, « quelle serait l’utilité d’imposer des restrictions, si la Couronne pouvait en faire fi à son gré et continuer d’avoir recours à la prérogative? » [Je souligne.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), p. 44)

À mon avis, le par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, où l’on trouve une définition de « réserve », n’est aucunement un exemple de cas où le législateur [TRADUCTION] « précise dans une loi que l’exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi ». Il est bien établi que la *Loi sur les Indiens* n’établit pas de mécanisme formel de création de réserves. Cette loi s’applique uniquement, et ce depuis toujours, à la gestion et à la protection des réserves existantes, dont bon nombre ont été constituées bien avant que le gouvernement fédéral soit investi de la compétence sur les Indiens par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada : A Homeland — A Study in Law and History* (1990), p. 24-25).

Dans le passé, la Couronne a exercé de diverses façons sa prérogative de créer des réserves. Si certaines des terres mises à part pour des bandes indiennes constituent des « réserves » au sens de la *Loi sur les Indiens*, il en existe d’autres qui ont été mises à part ou de côté à l’usage des bandes indiennes, mais qui ne sont pas pour autant reconnues comme des « réserves » visées par cette loi.

use of the Ross River Band, but did not manifest an intention to create a “reserve” within the meaning of s. 2(1) of the *Indian Act*. In my view, the definition of “reserve” in s. 2(1) serves to identify which lands have been set apart as “reserves” within the meaning of the Act; the definition does not limit the Crown’s ability to deal with lands for the use of aboriginal peoples. A “reserve” is defined as “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”. The legislation does not indicate precisely when land will be considered to have been “set apart” for the use and benefit of a band, nor does it indicate the steps necessary for a “setting apart” of land to have occurred. This is, essentially, the issue that is before us here. As I stated earlier, we have determined that for land to have been “set apart” within the meaning of the Act, there must, at the very least, exist an act by the Crown to set apart land for the use of the band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown.

My colleague asserts that the definition of “reserve” in s. 2(1) limits the royal prerogative to create reserves in that it precludes the possibility of transferring the title to the land from the Crown to the First Nation (since the definition provides that legal title is “vested in Her Majesty”). I agree with him that if a tract of land meets the definition of “reserve” under the *Indian Act*, the title must remain in the Crown and the land must be dealt with subject to the Act. However, I do not see how the definition otherwise limits the royal prerogative to set aside or apart land for Aboriginal peoples. In other words, it merely defines with greater specificity which of these lands will be considered “reserves” for the purposes of the Act. In my opinion, the Crown is still free to deal with its land in any other manner it wishes, including, as noted by my colleague, the transfer of title by sale, grant or gift to a First Nation or some of its members, though

En l’espèce, par exemple, la Couronne a exercé sa prérogative de « réserver » ou mettre de côté des terres à l’usage de la bande de Ross River, mais elle n’a pas manifesté son intention de créer une « réserve » au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. À mon avis, la définition du terme « réserve » au par. 2(1) sert à identifier les terres qui ont été mises de côté à titre de « réserves » pour l’application de la Loi; la définition ne limite pas la capacité de la Couronne d’agir à l’égard des terres à l’usage des peuples autochtones. Une « réserve » est une « [p]arcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande ». La disposition ne précise pas les circonstances dans lesquelles une terre sera considérée comme ayant été « mise de côté » à l’usage et au profit d’une bande, ni les démarches nécessaires à la « mise de côté » de terres. Il s’agit là essentiellement de la question dont nous sommes saisis. Comme je l’ai mentionné précédemment, nous avons établi que, pour qu’il y ait « réserve » au sens de la Loi, il faut à tout le moins que la Couronne ait accompli un acte ayant eu pour effet de mettre de côté des terres à l’usage de la bande et que des personnes habilitées à lier la Couronne aient eu l’intention de créer une réserve.

Mon collègue affirme que la définition de « réserve » au par. 2(1) a pour effet de limiter l’application de la prérogative royale de créer des réserves en écartant la possibilité de transport, de la Couronne à une première nation, du titre relatif à une parcelle de terrain donnée (puisque le mot « réserve » est défini comme étant une parcelle de terrain « dont Sa Majesté est propriétaire »). Je reconnais, comme le dit mon collègue, que si une parcelle de terrain correspond à la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* le titre afférent à cette parcelle demeure la propriété de la Couronne et les mesures prises à l’égard de la parcelle doivent l’être sous réserve des dispositions de la Loi. Cependant, je ne vois pas comment la définition limite de quelque autre façon la prérogative royale de mettre de côté des terres pour les peuples autochtones. En d’autres mots, la disposition définit simplement avec plus de précision les terres qui sont considérées comme des « réserves » pour

that land would not then constitute an *Indian Act* “reserve”.

8 Nor do I agree that s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has placed limits on the Crown’s prerogative with respect to the creation of reserves. Section 18 (the predecessor to the current s. 23(d)) finds its origin in the *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113. That Act allowed for entry onto vacant Crown lands for agricultural purposes. Section 74 of the *Dominion Lands Act* authorized the Governor in Council to keep lands reserved for Indians outside of the scheme of the Act so that the lands would be protected from disposition. The provision also permitted the Governor in Council to protect lands from entry for various other public purposes, including “places of public worship, burial grounds, schools and benevolent institutions”. Section 18 of the 1952 *Territorial Lands Act* consolidates and continues the *Dominion Lands Act* powers. Similar to the *Dominion Lands Act*, it authorizes the Governor in Council to set apart areas of land for the welfare of Indians, and also permits the Crown to protect Crown lands from disposal for a wide range of public purposes.

9 It seems clear from the above that s. 18 of the 1952 *Territorial Lands Act* is not directed at the creation of reserves *per se* but rather permits the Governor in Council to protect from disposition those Crown lands for which other use is contemplated. As my colleague points out, the setting apart of Crown lands which might otherwise be disposed of pursuant to s. 18 of the Act does not in and of itself imply that a “reserve” within the meaning of the *Indian Act* has been created since the Crown must also manifest an intent to make the land a reserve under the Act. Where, however, evidence of this intention is

l’application de la *Loi sur les Indiens*. Je suis d’avis que la Couronne demeure libre de prendre toute autre mesure qu’elle désire à l’égard des terres lui appartenant, y compris, comme l’a souligné mon collègue, en cédant par voie de vente, concession ou don à une première nation ou à certains de ses membres le titre relatif à de telles terres, qui ne constitueraient toutefois pas, dans un tel cas, une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*.

Je ne partage pas non plus l’opinion selon laquelle l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 aurait restreint l’application de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. L’article 18 (remplacé par l’al. 23d)) tire son origine de la *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113, qui permettait l’accès aux terres vacantes de la Couronne à des fins agricoles. L’article 74 de la *Loi des terres fédérales* autorisait le gouverneur en conseil à conserver des terres qui avaient été réservées aux Indiens autrement que sous le régime prévu par la *Loi* de façon à soustraire ces terres à l’aliénation. Cette disposition lui permettait également d’interdire l’accès à des terres utilisées à diverses autres fins, notamment « aux fins d’emplacements ou terrains destinés au culte public, de cimetières, d’écoles, d’institutions de bienfaisance ». L’article 18 de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 codifie et maintient les pouvoirs prévus par la *Loi des terres fédérales*. Tout comme cette dernière loi, la *Loi sur les terres territoriales* autorise le gouverneur en conseil à mettre à part des étendues de terre pour le bien-être des Indiens et permet aussi à la Couronne de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne pour un large éventail de fins publiques.

Il semble nettement ressortir de ce qui précède que l’art. 18 de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 n’a pas pour objet la création de réserves comme telles, mais vise plutôt à permettre au gouverneur en conseil de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne pour lesquelles on envisage un autre usage. Comme le souligne mon collègue, la mise de côté, conformément à l’art. 18 de la *Loi*, de terres de la Couronne qui autrement pourraient être aliénées n’emporte pas en soi création d’une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*, puisque la Couronne doit également manifester

present, the setting apart of land under s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* would certainly suffice as the formal act by which the Crown sets apart land for the use and benefit of an Indian band.

Though I agree that the setting apart of land under s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* would be sufficient to establish an *Indian Act* reserve if the necessary intention on the part of the Crown to do so were present, I cannot see how s. 18(d) has placed any conditions or limitations on the Crown prerogative to create reserves. Historically, a wide array of formal and informal instruments has been used to set apart lands as *Indian Act* reserves. In my view, any one of these instruments may be sufficient to constitute the action by which the land is set apart so long as intention on the part of the Crown to create a reserve under the *Indian Act* is also present. I think that there is a danger in saying that s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has somehow limited the Crown's prerogative to create reserves since this implies that only an application under the Act will suffice as the formal action to set apart the lands as a reserve. While s. 18(d) provides one mechanism to set apart lands for the creation of a reserve, it is not the only mechanism available to the Crown for this purpose and I would not wish to imply this as a necessary condition for the creation of a reserve. If the setting apart of land under s. 18(d) is not a necessary condition for the creation of a reserve but merely one avenue to achieve this result, then I cannot see how the authority to set apart lands for a reserve under s. 18(d) limits the Crown's prerogative to create a reserve.

l'intention de constituer une réserve au sens de cette loi. Cependant, lorsque la preuve atteste l'existence de cette intention, la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 serait certainement suffisante pour constituer l'acte formel par lequel la Couronne met de côté des terres à l'usage et au profit d'une bande indienne.

Bien que je reconnaisse que la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 serait suffisante pour établir une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, dans la mesure où la Couronne a également manifesté l'intention requise à cet égard, je ne vois pas comment cet alinéa a pu avoir pour effet d'assortir de conditions ou restrictions l'exercice de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. On a historiquement utilisé un large éventail d'instruments formels et informels pour mettre à part des terres en tant que réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*. À mon avis, n'importe lequel de ces instruments pourrait suffire à constituer l'acte de mise de côté de terres, dans la mesure où la Couronne a également manifesté l'intention de créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Selon moi, il y a un risque à affirmer que l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 a, d'une certaine façon, limité la prérogative de la Couronne de créer des réserves, puisque cet argument suppose que seule la démarche prévue par cette loi saurait constituer l'acte formel de mise à part de terres en tant que réserve. Bien que l'al. 18d) établisse un mécanisme de mise à part de terres aux fins de création d'une réserve, il n'est pas le seul mécanisme dont dispose la Couronne à cette fin et je ne voudrais pas donner à penser que le recours à cette disposition est une condition nécessaire à la création d'une réserve. Si la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) ne constitue pas une condition nécessaire à la création d'une réserve, mais seulement un moyen d'atteindre ce résultat, alors je ne vois pas comment le pouvoir prévu par l'al. 18d) de mettre à part des terres pour l'établissement d'une réserve a pour effet de restreindre la prérogative de la Couronne de créer une réserve.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LEBEL J. —

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

I. Introduction

11 This appeal raises the issue of how *Indian Act* reserves were created in the Yukon Territory, in a non-treaty context. The appellants claim that the Government of Canada created a reserve by setting aside land for the Ross River Band. The federal government answers that, although land was set aside, no reserve was ever created; no intention to create it has been established on the evidence. For the reasons which follow, I conclude that no reserve was created and that the appeal should fail.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir comment étaient créées les réserves visées par la *Loi sur les Indiens* dans le Territoire du Yukon (« Yukon »), où aucun traité ne régissait la question. Les appelants prétendent que le gouvernement du Canada a créé une réserve en mettant de côté des terres pour la bande de Ross River. Le gouvernement fédéral réplique que, bien que des terres aient été mises de côté, aucune réserve n'a jamais été créée, et que la preuve ne révèle aucune intention en ce sens. Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'aucune réserve n'a été créée et qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi.

II. Background of the Litigation

II. Historique du litige

12 This case arose out of a claim for a refund of tobacco tax from a store in a small village in the Yukon. According to the appellants, this village is a reserve; hence, an exemption was claimed. The respondents disputed this claim, saying that a reserve had never been created in this place. What began as a tax problem has become a question of aboriginal law which, in turn, requires a survey of the historical background to the procedure governing the creation of reserves in the Yukon Territory. The particular facts of the long history of the dealings of the Ross River Band with the Department of Indian Affairs must also be reviewed.

La présente affaire découle d'une demande de remboursement de la taxe sur le tabac présentée par un magasin situé dans un petit village du Yukon. Selon les appelants, ce village est une réserve, d'où la demande d'exemption. Les intimés ont contesté cette demande, affirmant qu'aucune réserve n'avait jamais été créée à cet endroit. Ce qui, à l'origine, était un problème de fiscalité est devenu une question qui porte sur le droit relatif aux Autochtones et requiert l'examen du contexte historique de la procédure de création des réserves au Yukon. Il faut également examiner les faits particuliers de la longue histoire des rapports entre la bande de Ross River et le ministère des Affaires indiennes.

13 The Ross River Dena Council Band (the "Band") is recognized as a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. It is now located at Ross River, in the Yukon, on lands which it claims are a reserve. Norman Sterriah is the chief of the Band. In 1982, the Band incorporated the appellant, Ross River Dena Development Corporation. The Corporation was set up to provide services for the benefit of Band members and to carry on business as

Le Conseil de la bande dénée de Ross River (la « Bande ») est reconnu comme une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. La Bande est maintenant établie à Ross River, au Yukon, sur des terres qui, affirme-t-elle, constituent une réserve. Norman Sterriah est le chef de la Bande. En 1982, l'appelante Ross River Dena Development Corporation a été constituée, à la demande de la Bande, pour fournir des

their agent. Despite the dispute about the legal status of the community, it is at least agreed that there is a village at Ross River and that Band members have been living there for a number of years.

After a long history of being shifted or pushed from place to place since the predecessors of the Department of Indian Affairs and Northern Development (“DIAND”) took them under its wing, in the 1950s, at long last, the members of the Ross River First Nation were allowed to settle down on the site of what is now their village, located at the junction of the Pelly and Ross Rivers. The lands in dispute in this case are not governed by treaty, as the Yukon Territory belongs to those regions of Canada where the treaty-making process with First Nations had very little practical impact, particularly in respect of the creation of reserves. (See *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part 2, at pp. 479-84.)

Despite the absence of a treaty, the agents of the Department in the 1950s knew that the Band was living on the shores of the Ross River. The acknowledgement of this fact triggered a process of administrative discussion and action which led or not to the creation of a reserve on this site. By letter dated October 21, 1953, the Superintendent of the Yukon Agency sought the permission of the Indian Commissioner for British Columbia to establish an Indian reserve for the use of the Ross River Indians. By letter dated November 10, 1953, the Indian Commissioner for British Columbia supported the recommendation. On April 1, 1954, the Superintendent of the Yukon Agency wrote to the Dominion Lands Agent in Whitehorse to advise that tentative arrangements had been made to apply for a tract of land for an Indian reserve at Ross River; Ottawa did not act on the request.

services aux membres de la Bande et agir comme mandataire de ceux-ci. Malgré le litige concernant la situation juridique de la collectivité, les parties s'accordent à tout le moins sur le fait qu'il existe un village à Ross River et que les membres de la Bande y vivent depuis un certain nombre d'années.

Après avoir été déplacés ou ballottés à maintes reprises d'un endroit à un autre depuis que les organismes qui ont précédé le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le « MAINC ») les ont pris sous leurs ailes, les membres de la Première nation de Ross River ont enfin été autorisés, dans les années 50, à s'établir à l'endroit qui est maintenant leur village, au confluent des rivières Pelly et Ross. Les terres litigieuses ne sont pas régies par traité, car le Yukon est une des régions du Canada où la pratique qui consistait à conclure des traités avec les Premières nations n'a eu que très peu d'effets concrets, tout particulièrement en ce qui concerne la création de réserves. (Voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, partie 2, p. 528-534.)

Malgré l'absence de traité, les fonctionnaires du ministère savaient, dans les années 50, que la Bande vivait sur les rives de la rivière Ross. La reconnaissance de ce fait a déclenché un processus de discussions et de mesures administratives qui a ou n'a pas abouti à la création d'une réserve à l'endroit en question. Dans une lettre datée du 21 octobre 1953, le surintendant de l'Agence du Yukon a demandé au commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique l'autorisation d'établir une réserve indienne à l'usage des Indiens de Ross River. Dans une lettre datée du 10 novembre 1953, le commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique a appuyé cette recommandation. Le 1^{er} avril 1954, le surintendant de l'Agence du Yukon a écrit à l'agent des terres fédérales à Whitehorse pour l'informer que des démarches préliminaires avaient été effectuées en vue de demander une parcelle de terres aux fins d'établissement d'une réserve indienne à Ross River; Ottawa n'a pas donné suite à la demande.

14

15

16 On May 4, 1955, the federal Cabinet issued a procedural directive entitled Circular No. 27 which set out an internal government procedure for reserving lands in the territories for the use of a government department or agency. In 1957, the federal government decided to dismiss the recommendation to establish 10 reserves. On November 27, 1962, the Superintendent of the Yukon Agency applied to the Indian Affairs Branch (then in the Department of Citizenship and Immigration) to reserve approximately 66 acres of land under s. 18 of the *Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263, to be used for the Ross River Indian Band Village site. Correspondence was then exchanged over the following three years with respect to the proposed size and location of the site. On January 26, 1965, the Chief of the Resources Division in the Department of Northern Affairs and National Resources advised the Indian Affairs Branch that the site had been reserved for the Indian Affairs Branch. The letter was entered in the Reserve Land Register pursuant to s. 21 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149. It was also recorded in the Yukon Territory Land Registry of the Lands Division of the former Department of Northern Affairs and National Resources.

17 The Band takes the view that this administrative process, combined with the actual setting aside of land for its benefit, created a reserve within the meaning of the *Indian Act*. It appears that this opinion was not shared either by the Yukon territorial government or the Indian Affairs Branch. The dispute may have remained dormant for a while. It broke into the open and reached the courts on the occasion of a problem concerning the applicability of tobacco taxes.

18 The respondent Government of Yukon had imposed taxes on the Band under the *Tobacco Tax Act*, R.S.Y. 1986, c. 170. The Band claimed an exemption and asked for a refund of taxes already paid on tobacco sold in the village. It asserted that the Government of Yukon was taxing personal property of an Indian or of a band on a reserve, which

Le 4 mai 1955, le Cabinet fédéral a établi une directive procédurale intitulée Circulaire n° 27, qui précisait la procédure gouvernementale interne à suivre pour réserver des terres dans les territoires à l'intention des ministères ou autres organismes gouvernementaux. En 1957, le gouvernement fédéral a décidé de rejeter la recommandation proposant la création de 10 réserves. Le 27 novembre 1962, le surintendant de l'Agence du Yukon a demandé à la Division des affaires indiennes (qui faisait alors partie du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration) de réserver, en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, environ 66 acres de terres devant servir comme site du village de la Bande. Au cours des trois années qui ont suivi, il y a eu échange de correspondance concernant la superficie et l'emplacement proposés pour le site du village de Ross River. Le 26 janvier 1965, le chef de la division des ressources du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la Division des affaires indiennes que le site avait été réservé pour la Division des affaires indiennes. Cette lettre a été inscrite au registre des terres de réserve en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149. Elle a aussi été notée au bureau d'enregistrement des droits fonciers du Yukon (Yukon Territory Land Registry) de la Division des terres du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales de l'époque.

Selon la Bande, ce processus administratif, conjugué à la mise de côté des terres à son profit, a eu pour effet de créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il semble que ni l'administration territoriale du Yukon ni la Division des affaires indiennes ne partageaient cet avis. Le différend, qui aurait pu demeurer latent encore pendant un certain temps, a éclaté au grand jour et les tribunaux en ont été saisis dans le cadre d'un problème touchant l'applicabilité des taxes sur le tabac.

En effet, le gouvernement du Yukon intimé a imposé à la Bande des taxes en application de la *Loi de la taxe sur le tabac*, L.R.Y. 1986, ch. 170. La Bande a revendiqué une exemption et demandé le remboursement de taxes déjà payées sur le tabac vendu dans le village. Elle a fait valoir que le gouvernement du Yukon se trouvait à taxer des biens

was exempt pursuant to s. 87(1) of the *Indian Act*. The Government of Yukon refused to make the refund because it did not recognize that the Band occupied a reserve. According to the Yukon government, the Band was merely located on lands which had been “set aside” for its benefit by the Crown in right of Canada. The federal government gave full support to this position and subsequently fought the claim of the appellants as to the existence of a reserve.

In the meantime, negotiations were taking place in the Yukon with respect to the land claims and rights of First Nations. An agreement known as the “Umbrella Final Agreement” was entered into by the Council for Yukon Indians, the Government of Yukon and the Government of Canada in 1993. It is a framework agreement which provides for its terms to be incorporated into subsequent agreements with individual First Nations. According to the Yukon government, seven of these agreements are now in force, dealing, among other topics, with land “set aside” and not part of a reserve. The Band chose to remain outside this process of treaty negotiation pending a decision from the courts regarding whether a reserve was created pursuant to the *Indian Act*.

III. Judicial History

A. *Yukon Territory Supreme Court*, [1998] 3 C.N.L.R. 284

The appellants filed a motion in the Yukon Territory Supreme Court asking for a declaration that the lands the Band occupied at the Ross River site constitute a reserve within the meaning of the *Indian Act*. The federal government replied that the land had only been set aside for the Indian Affairs Branch on behalf of the Band. There had been no intent to create a reserve. Moreover, the creation of a reserve in the Yukon required an Order-in-Council, under the royal prerogative. This step had never been taken in the case of the Ross River Band.

personnels d’un Indien ou d’une bande dans une réserve, biens qui sont exempts de taxation en vertu du par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement du Yukon a refusé le remboursement demandé, au motif qu’il ne reconnaît pas que la Bande occupe une réserve. Selon le gouvernement du Yukon, celle-ci occupe tout simplement des terres qui ont été « mises de côté » à son profit par Sa Majesté du chef du Canada. Le gouvernement fédéral a souscrit entièrement à cette thèse et a par la suite contesté la prétention des appelants concernant l’existence d’une réserve.

Dans l’intervalle, des négociations se déroulaient au Yukon relativement aux droits des Premières nations et à leurs revendications territoriales. En 1993, le Conseil des Indiens du Yukon, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada ont conclu une entente intitulée « Accord-cadre définitif ». Ce document prévoit les modalités de base devant être incorporées aux accords conclus subséquemment par les Premières nations individuellement. Selon le gouvernement du Yukon, il existe à ce jour sept accords de ce genre, qui traitent chacun de nombreuses questions, notamment des terres qui ont été « mises de côté » et ne font pas partie d’une réserve. La Bande a décidé de ne pas participer à ce processus de négociation de traités tant que les tribunaux n’auraient pas statué sur la question de savoir si une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* a été créée.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême du territoire du Yukon*, [1998] 3 C.N.L.R. 284

Par requête déposée devant la Cour suprême du territoire du Yukon, les appelants ont sollicité un jugement déclaratoire portant que les terres occupées par la Bande à Ross River constituaient une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement fédéral a répondu que les terres avaient seulement été mises de côté pour la Division des affaires indiennes pour le compte de la Bande, qu’on n’avait pas eu l’intention de créer une réserve et, en outre, que la création d’une réserve au Yukon exigeait la prise d’un décret en vertu de la prérogative royale, démarche qui n’a jamais été accomplie dans le cas de la bande de Ross River.

19

20

21

Maddison J. declared the tract of land in question “to be an Indian Reserve within the meaning of the *Indian Act*” (para. 33). Maddison J. held that the definition of “reserve” in s. 2 of the *Indian Act* does not require any particular form of proclamation, conveyance, notification, transfer, order or grant; rather, the statutory definition emphasizes the act of “setting apart”. He recognized that there was no Order-in-Council or other such official instrument creating or recognizing the Ross River lands as an Indian reserve, but he found that such formal recognition was not necessary to bring the lands within the definition of “reserve” in the *Indian Act*. Maddison J. found, at para. 29, that:

The area reserved on January 26, 1965, was a tract of land that was (and is) vested in her Majesty. It had been applied for, for the use and benefit of a band: the Ross River Band. It was applied for, for a permanent use: a village site. That constitutes “use and benefit of a band” as in the *Indian Act* definition of “reserve”. The active words of the document reserving the land are as close to the wording of the statute as all but one of the four admitted Yukon Reserves for which the Court has been provided the wording. The public servants who put the setting-aside in process were Her Majesty’s agents.

B. *Yukon Territory Court of Appeal* (1999), 182 D.L.R. (4th) 116

22

The respondents then appealed to the Yukon Territory Court of Appeal. A majority of the court allowed the appeal, with Finch J.A. in dissent.

(1) Richard J.A.

23

Richard J.A., for the majority, held that the decision of the Yukon Territory Supreme Court should be overturned. He found that the lands occupied by the Band and its members were “lands set aside” but not a “reserve” under the *Indian Act*. He noted that the distinction between “lands set aside” and “reserves” was well established in the history of the

Le juge Maddison a déclaré que la parcelle de terrain en question [TRADUCTION] « constituait une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens* » (par. 33). Il a estimé que la définition de « réserve » à l’art. 2 de la *Loi sur les Indiens* n’exige aucune forme particulière de proclamation, de notification, de décret ou d’acte de transport, transfert ou concession, mais qu’elle met plutôt l’accent sur le fait de la « mise de côté ». Il a reconnu qu’il n’existait aucun décret ou autre texte officiel faisant des terres de Ross River une réserve indienne ou leur reconnaissant cette qualité. Cependant, il a conclu qu’une telle reconnaissance officielle n’est pas nécessaire pour que les terres soient visées par la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*. Le juge Maddison a tiré les constatations suivantes, au par. 29 :

[TRADUCTION] La superficie réservée le 26 janvier 1965 était une parcelle de terrain dont Sa Majesté était (et est encore) propriétaire. On avait demandé que les terres servent à l’usage et au profit d’une bande : la bande de Ross River. On les a demandées aux fins d’affectation à un usage permanent : site d’un village. Il s’agit d’une affectation « à l’usage et au profit d’une bande » au sens de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*. Les termes performatifs du document réservant les terres correspondent d’aussi près au texte de la loi que ceux utilisés dans les documents ayant établi trois des quatre réserves du Yukon dont l’existence a été admise et dont le texte a été fourni au tribunal. Les fonctionnaires qui ont mis en branle le processus de mise de côté étaient les agents de Sa Majesté.

B. *Cour d’appel du territoire du Yukon* (1999), 182 D.L.R. (4th) 116

Les intimés ont ensuite interjeté appel auprès de la Cour d’appel du territoire du Yukon, qui a accueilli l’appel à la majorité, le juge Finch étant dissident.

(1) Le juge Richard

S’exprimant au nom de la majorité, le juge Richard a estimé qu’il y avait lieu d’infirmier la décision de la Cour suprême du territoire du Yukon. Il a conclu que les terres occupées par la Bande et ses membres constituaient des « terres mises de côté », mais non une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il a souligné que, au Yukon, il existe

Yukon, although the terminology may have varied over time.

Richard J.A. found that it was the prerogative of the Crown to establish a reserve which was usually formally evidenced by an Order-in-Council. He found that there was no evidence that in 1965 the Crown ever intended to create a reserve for the Band, either directly or by express or implied delegation. He held that there was in fact a deliberate decision not to create a reserve. He added that there was also no evidence that the Head of the Resources Division had authority to create a reserve and the letter did not purport to be an act of the Governor in Council or an exercise of the royal prerogative. A generous or liberal reading of the definition of “reserve” in the *Indian Act* would not have provided any assistance, because the land was not set apart for the use and benefit of a “band”. Richard J.A. commented that the question at issue was whether a reserve had in fact been created and not whether a reserve should have been created.

(2) Hudson J.A. (concurring)

Hudson J.A. held that the chambers judge’s suggestion that some Crown officers had conspired to impose the policy of integrating Aboriginal peoples into the dominant society was not supported by the evidence. He stated that the evidence indicated that the public servants complained about the policy adopted by the government and, in fact, expressly favoured the goal of cultural preservation through the reservation of land for the benefit of Aboriginal peoples.

(3) Finch J.A. (dissenting)

Finch J.A. noted that neither the *Indian Act* nor the *Territorial Lands Act* provided any formal mechanism for the creation of an “Indian reserve” as defined in the *Indian Act*. He determined that the definition of a reserve must be read against the background of the Crown’s relationship with

historiquement une distinction bien établie entre les « terres mises de côté » et les « réserves », même si la terminologie qui a été utilisée a pu varier au fil des ans.

De l’avis du juge Richard, l’établissement d’une réserve relevait de l’exercice par la Couronne de sa prérogative à cet égard, mesure qui était habituellement constatée formellement par un décret. Il a conclu à l’absence de preuve établissant que, en 1965, la Couronne aurait eu l’intention de créer une réserve pour la Bande, soit directement soit par délégation expresse ou implicite. Il a jugé qu’il y avait en fait eu décision délibérée de ne pas créer de réserve. Il a ajouté qu’il n’y avait aucune preuve que le chef de la division des ressources avait le pouvoir d’en créer une, et que la lettre ne se voulait pas un acte du gouverneur en conseil ni l’exercice de la prérogative royale. Il n’aurait été d’aucune utilité d’interpréter de manière libérale ou généreuse la définition de « réserve » de la *Loi sur les Indiens*, puisque les terres n’avaient pas été mises de côté à l’usage et au profit d’une « bande ». Le juge Richard a précisé que la question en litige était de savoir si une réserve avait effectivement été créée et non s’il aurait fallu en créer une.

(2) Le juge Hudson (motifs concourants)

Le juge Hudson a ajouté que rien dans la preuve n’étayait l’affirmation du juge des requêtes selon laquelle certains fonctionnaires de la Couronne avaient comploté en vue d’imposer une politique d’assimilation des peuples autochtones à la société dominante. Il a affirmé que la preuve indiquait que les fonctionnaires s’étaient plaints de la politique adoptée par le gouvernement et qu’ils avaient de fait explicitement favorisé l’objectif de préservation de la culture au moyen de la mise en réserve de terres au profit des peuples autochtones.

(3) Le juge Finch (dissident)

Le juge Finch a estimé que ni la *Loi sur les Indiens* ni la *Loi sur les terres territoriales* ne comportaient de mécanisme formel en vue de la création d’une [TRADUCTION] « Réserve indienne » au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il a jugé que la définition de réserve doit être interprétée dans le contexte

24

25

26

Aboriginal peoples to whom the Crown owed a fiduciary duty.

27

Finch J.A. found that the correspondence and conduct of officials from the federal government responsible for Indian Affairs created a reserve in 1965, despite the absence of any Order-in-Council or other official instrument reflecting an exercise of the Crown's prerogative. In his opinion, the statutory powers conferred in the *Territorial Lands Act* displaced the Crown's prerogative and allowed the Department of Northern Affairs and National Resources to create reserves in the course of exercising statutory powers delegated to them by the Governor in Council. Finch J.A. further found that the Cabinet directive contained in Circular No. 27 was a delegation of statutory authority sufficient to authorize public officials to create a "reserve" as defined in the *Indian Act*.

28

Finch J.A. found that the definition of "reserve" in the *Indian Act* required only an intention to allocate an area of Crown land for the use and benefit of a band, and an act by a public official with the authority to give effect to that intent. Finch J.A. decided that the appropriate government official had set apart certain land intending it to be reserved for the use and benefit of the Band. To hold otherwise would be inconsistent with the Crown's fiduciary obligations.

IV. Relevant Statutory Provisions

29

Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18

3. The following terms contained in this Act shall be held to have the meaning hereinafter assigned to them, unless such meaning be repugnant to the subject or inconsistent with the context: —

. . .

6. The term "reserve" means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal

des rapports qu'entretient l'État avec les peuples autochtones, peuples envers lesquels l'État a une obligation de fiduciaire.

Le juge Finch a estimé que la correspondance et la conduite des fonctionnaires des Affaires indiennes du gouvernement fédéral avaient eu pour effet d'entraîner la création d'une réserve en 1965, malgré l'absence de décret ou autre instrument officiel témoignant de l'exercice de la prérogative de la Couronne. De l'avis du juge Finch, les pouvoirs d'origine législative prévus par la *Loi sur les terres territoriales* avaient remplacé la prérogative de la Couronne et permis au ministère du Nord canadien et des Ressources nationales de créer des réserves dans l'exercice des pouvoirs d'origine législative qui lui étaient délégués par le gouverneur en conseil. Le juge Finch a également conclu que la directive énoncée dans la Circulaire n° 27 emportait délégation d'un pouvoir légal suffisant pour autoriser des fonctionnaires à créer une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Finch a conclu que la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* n'exigeait que deux choses : l'intention d'affecter une parcelle de terre de la Couronne à l'usage et au profit d'une bande et un acte accompli par un fonctionnaire habilité à donner effet à cette intention. Le juge Finch a décidé que le fonctionnaire compétent avait mis de côté certaines terres dans l'intention de les réserver à l'usage et au profit de la Bande. Conclure autrement, de l'avis du juge Finch, serait incompatible avec les obligations fiduciaires de la Couronne.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

L'Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18

3. Les expressions qui suivent, usitées dans le présent acte, seront censées avoir la signification qui leur est ci-dessous attribuée, à moins que cette signification ne soit inconciliable avec le sujet ou incompatible avec le contexte : —

. . .

6. L'expression « réserve » signifie toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le bénéfice d'une bande particulière

title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals, or other valuables thereon or therein.

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purpose of this Act;

. . .

“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;

. . .

(2) The expression “band”, with reference to a reserve or surrendered lands, means the band for whose use and benefit the reserve or the surrendered lands were set apart.

. . .

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

21. There shall be kept in the Department a register, to be known as the Reserve Land Register, in which shall be

de Sauvages, ou qui lui est concédée, dont le titre légal reste à la Couronne, mais qui ne lui sont pas transportées, et comprend tous les arbres, les bois, le sol, la pierre, les minéraux, les métaux ou autres choses de valeur qui s’y trouvent, soit à la surface, soit à l’intérieur;

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« bande » Groupe d’Indiens, selon le cas :

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

. . .

« 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.

. . .

(2) En ce qui concerne une réserve ou des terres cédées, « bande » désigne la bande à l’usage et au profit de laquelle la réserve ou les terres cédées ont été mises de côté.

. . .

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l’usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l’usage et au profit de la bande.

21. Il doit être tenu au ministère un registre, connu sous le nom de Registre des terres de réserve, où sont

entered particulars relating to Certificates of Possession and Certificates of Occupation and other transactions respecting lands in a reserve.

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263

18. The Governor in Council may

. . .

(d) set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for such purposes, and for any other purpose that he may consider to be conducive to the welfare of the Indians;

Territorial Lands Act, R.S.C. 1985, c. T-7

23. The Governor in Council may

. . .

(d) set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary

(i) to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for that purpose, or

(ii) for any other purpose that the Governor in Council may consider to be conducive to the welfare of the Indians;

V. Analysis

A. *The Issues*

This appeal raises two well-defined issues about the creation of reserves. The first one is the nature of the legal requirements which must be met for the establishment of a reserve as defined in the *Indian*

inscrits les détails concernant les certificats de possession et certificats d'occupation et les autres opérations relatives aux terres situées dans une réserve.

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation :

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1952, ch. 263

18. Le gouverneur en conseil peut

. . .

d) mettre à part et affecter les étendues de territoire ou les terres qui peuvent être nécessaires afin de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations d'après les traités conclus avec les Indiens et d'accorder des concessions ou des baux gratuits pour ces objets, ainsi que pour tout autre objet qu'il peut considérer comme devant contribuer au bien-être des Indiens;

Loi sur les terres territoriales, L.R.C. 1985, ch. T-7

23. Le gouverneur en conseil peut :

. . .

d) réserver les périmètres ou terres nécessaires :

(i) soit en vue de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations aux termes des traités conclus avec les Indiens et d'accorder des concessions ou des baux gratuits à cette fin,

(ii) soit en vue de réaliser toute fin qu'il juge de nature à contribuer au bien-être des Indiens;

V. Analyse

A. *Les questions en litige*

Le présent pourvoi soulève deux questions bien définies à propos de la création de réserves. La première porte sur la nature des conditions légales qui doivent être réunies pour l'établissement

Act. The second issue concerns whether, given these requirements, the lands set aside for the Ross River Band have the status of a reserve.

B. *The Position of the Parties*

(1) Appellants

The appellants submit that reserves have been created in a number of ways. In their view, while the power to create reserves may originally have been exercised under the royal prerogative, this was displaced beginning in 1868 with the passage of *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42. The royal prerogative has been further displaced by the combination of the definition of “reserve” in s. 2(1) of the *Indian Act* and s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* (now s. 23(d)). The exercise of this statutory authority thus requires no formal instrument signifying the exercise of the royal prerogative such as an Order-in-Council or letters patent.

The appellants submit that reserves can be created by treaty or otherwise, including by being set aside by survey. The lack of an Order-in-Council setting lands aside has not been determinative of the creation of a reserve. Indeed, the courts should continue to take a flexible approach to the Crown’s actions in its relations with First Nations. The appellants adopt the view of Finch J.A. that two conditions are required to create a reserve: (1) an intention to create a *de facto* reserve, and (2) an act by a public official with authority to give effect to the intention. The appellants have also stated the criteria for creating a reserve as follows: (1) the Crown, as a matter of fact, has set apart a specific tract of land; (2) the specific tract has been set apart for the permanent use and benefit of a band of Indians; and (3) the underlying title to these lands remains in the Crown.

d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. La deuxième consiste à se demander si, eu égard à ces conditions, les terres mises de côté pour la bande de Ross River ont la qualité de réserve.

B. *Les thèses des parties*

(1) Les appelants

Les appelants prétendent que les réserves ont été créées par des méthodes variées. À leur avis, bien que le pouvoir de créer des réserves puisse au départ avoir été exercé en vertu de la prérogative royale, cette procédure a été écartée, à partir de 1868, par suite de l’adoption de la loi intitulée *Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42. La prérogative royale a également été écartée par l’effet combiné de la définition de « réserve » au par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens* et de l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 (maintenant l’al. 23d)). L’exercice de ce pouvoir d’origine législative ne requiert donc aucun instrument formel constatant l’exercice de la prérogative royale, par exemple un décret ou des lettres patentes.

Les appelants plaident qu’une réserve peut être créée par traité ou autrement, y compris par mise de côté au moyen d’un arpentage. L’absence d’un décret mettant des terres de côté n’est pas déterminante pour ce qui concerne la création d’une réserve. De fait, les tribunaux devraient continuer d’appliquer une approche souple à l’égard des mesures prises par la Couronne dans le cadre de ses rapports avec les Premières nations. Les appelants souscrivent à l’opinion du juge Finch suivant laquelle deux conditions doivent être réunies pour qu’il y ait création d’une réserve : (1) l’intention de créer une réserve *de facto*; (2) un acte accompli par un fonctionnaire habilité à donner effet à cette intention. Les appelants ont également décrit ainsi les critères qui doivent être respectés pour qu’une réserve soit créée : (1) la Couronne a, dans les faits, mis de côté une parcelle de terrain déterminée; (2) cette parcelle a été mise de côté à l’usage et au profit permanents d’une bande indienne; (3) le titre sur ces terres continue d’appartenir à la Couronne.

31

32

33

The appellants submit that the village site inhabited by the Band meets the test for the creation of a reserve. They claim that a specific tract of land was set apart for their use in 1965. The lands have been used by the Band ever since. Government officials as early as 1953 expressed an intention to create a reserve for the Band, and continued to take this view in spite of Ottawa's intransigence. However, since the lands were set aside under the *Territorial Lands Act* according to the appellants, a reserve was created. The Crown had a clear purpose in setting aside the lands: to establish a settled community where the Band would be able to live in permanent dwellings. Further, DIAND adopted a policy in 1971 which recognized the Band's beneficial interest in the land and required the Department to consult and compensate the Band if a right-of-way should be needed over its lands.

(2) Respondents

(i) *Government of Canada*

34

The Government of Canada submits that the power to create reserves in the Yukon Territory continues to be an exercise of the royal prerogative. The Crown in this case never intended to create a reserve, and never by a duly authorized official or body exercised the royal prerogative to do so. Intention to create a reserve is key, and the evidence accepted in the courts below was that no such intention ever existed. The Government of Canada submits that, as the Band is not the signatory of any treaty, reserve-creation principles based on treaty-created reserves are inapplicable. Further, the *Territorial Lands Act* does not grant authority to create reserves; even if it did, the authority to do so would reside in the Governor in Council who has not exercised that power to create a reserve for the Band.

35

The Government of Canada submits that the power to create reserves is part of the royal prerogative because of the special nature of the relationship of First Nations to the Crown. By convention and

Les appelants affirment que le site du village habité par la Bande satisfait aux critères requis pour qu'il y ait création d'une réserve. Ils prétendent que, en 1965, on a mis de côté une parcelle de terrain déterminée à leur usage, parcelle qu'utilise la Bande depuis cette date. Dès 1953, des fonctionnaires ont exprimé l'intention de créer une réserve pour la Bande et ils ont continué à préconiser cette mesure malgré l'intransigence d'Ottawa. Cependant, de prétendre les appelants, puisque les terres ont été mises de côté en vertu de la *Loi sur les terres territoriales*, une réserve a été créée. La Couronne avait un objectif clair lorsqu'elle a mis ces terres de côté : établir une communauté où la Bande pourrait vivre dans des habitations permanentes. De plus, le MAINC a adopté, en 1971, une politique qui reconnaissait l'intérêt bénéficiaire de la Bande sur les terres et obligeait le ministère à consulter et indemniser la Bande, s'il devenait nécessaire d'établir un droit de passage sur ces terres.

(2) Les intimés

(i) *Le gouvernement du Canada*

Le gouvernement du Canada fait valoir que le pouvoir de créer des réserves au Yukon continue de se faire par l'exercice de la prérogative royale et que, en l'espèce, la Couronne n'a jamais eu l'intention de créer une réserve et n'a jamais — que ce soit par l'intermédiaire d'un fonctionnaire ou d'un organisme dûment autorisé — exercé la prérogative royale à cette fin. L'intention de créer une réserve est l'élément clé et, selon la preuve retenue par les juridictions inférieures, une telle intention n'a jamais existé. D'affirmer le gouvernement du Canada, comme la Bande n'est signataire d'aucun traité, les principes touchant la création de réserves par traité ne s'appliquent pas. Le gouvernement prétend également que la *Loi sur les terres territoriales* ne confère pas le pouvoir de créer des réserves et que, même si elle le faisait, ce pouvoir appartiendrait au gouverneur en conseil, qui ne l'a pas exercé pour créer une réserve pour la Bande.

Le gouvernement du Canada plaide que le pouvoir de créer des réserves fait partie de la prérogative royale en raison du caractère spécial des rapports entre les Premières nations et la Couronne. Par

long-standing practice, only the Governor in Council is able to exercise this power; its exercise cannot be delegated to ministers of the Crown or other delegates. The exercise of the royal prerogative requires an outward public manifestation through an Order-in-Council; warrants, commissions or orders under the sign manual; or proclamations, writs, letters patent, letters close, charters, grants and other documents under the Great Seal. In most cases, reserves have been created by means of Orders-in-Council, although there have been exceptions. In the view of the Government of Canada, these exceptions do not prove that the creation of reserves is no longer a prerogative power. In this case, there is no treaty manifesting an intention to create a reserve, nor any other concrete evidence of it. While some Crown servants may have favoured the creation of a reserve, their views were never adopted by the Crown which had a stated policy against the creation of reserves in the Yukon Territory.

The royal prerogative can only be limited by means of express language in statute. Neither the *Indian Act* nor the *Territorial Lands Act* supplants the prerogative by means of explicit language with respect to reserve creation. The Government of Canada rejects the trial judge's application of the definition of the word "reserve" in the *Indian Act* as inconsistent with the purposive, contextual approach to interpretation advocated by this Court. The Government of Canada adds that the context of the *Indian Act* makes it clear that not all lands occupied by Indians under the Act are reserve lands; First Nations may also reside on Crown lands that have not been set apart as reserves. Moreover, in many cases, powers in relation to reserves under the Act must be exercised by the Governor in Council. Finally, because the creation of a reserve has effects upon the general population as well as the specific band, it is critical that the process of establishing a reserve be appropriately public to ensure clarity, certainty and public notice.

convention et conformément à une pratique de longue date, seul le gouverneur en conseil peut exercer ce pouvoir, qui ne peut être délégué aux ministres ou à qui que ce soit d'autre. L'exercice de la prérogative royale exige une manifestation publique concrète : décrets; mandats, commissions ou ordonnances sous seing royal; ou encore proclamations, brefs, lettres patentes, lettres scellées, chartes, cessions ou autres documents délivrés sous le Grand Sceau. Les réserves ont dans la plupart des cas été créées par décret, mais il y a eu des exceptions. De l'avis du gouvernement fédéral, ces exceptions n'établissent toutefois pas que la création de réserves ne relève plus de la prérogative de la Couronne. En l'espèce, il n'existe ni traité témoignant de l'intention de créer une réserve, ni quelque autre élément de preuve concret établissant cette intention. Bien que certains fonctionnaires puissent avoir été en faveur de la création d'une réserve, leur point de vue n'a jamais été retenu par la Couronne, dont la politique déclarée consistait à ne pas créer de réserves au Yukon.

L'exercice de la prérogative royale ne peut être limité qu'au moyen d'une disposition explicite en ce sens dans le texte de loi concerné. Ni la *Loi sur les Indiens* ni la *Loi sur les terres territoriales* n'ont écarté en termes exprès la prérogative en ce qui concerne la création de réserves. Le gouvernement du Canada rejette l'interprétation qu'a donnée le juge de première instance de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*, parce qu'elle serait incompatible avec l'interprétation téléologique et contextuelle préconisée par notre Cour. Il ajoute qu'il ressort clairement du contexte de la *Loi sur les Indiens* que les terres occupées par des Indiens en application de la Loi ne sont pas toutes des terres de réserve, et qu'il est possible que des Premières nations résident sur des terres de la Couronne n'ayant pas été mises de côté à titre de réserves. Qui plus est, dans de nombreux cas, les pouvoirs relatifs aux réserves prévus par la Loi doivent être exercés par le gouverneur en conseil. Enfin, comme la création d'une réserve a des effets sur l'ensemble de la population ainsi que sur la bande concernée, il est crucial que le processus d'établissement des réserves soit suffisamment public pour garantir la transparence, la certitude et la notification des mesures qui sont prises.

(ii) *Government of Yukon*

37

The Government of Yukon has taken no position on the questions in this appeal. However, the Government of Yukon stated its concern about the impact of any decision in this case on the Umbrella Final Agreement, which sets the pattern for land settlement agreements between it and the First Nations of the Yukon Territory. The Umbrella Final Agreement treats reserves and lands set aside, or settlement land, differently. Lands set aside must become settlement land, outside of the *Indian Act*, under the Umbrella Final Agreement; on the other hand, reserves are to be retained or converted to settlement land. Different tax regimes affect each type of land, with reserves entitled to the exemption under s. 87 of the *Indian Act*, whereas lands set aside have been granted a moratorium on the collection of certain types of tax. Further, federal grants in lieu of taxes are paid to the Government of Yukon on lands set aside, but not on reserve lands. A judgment of this Court finding that the Ross River lands are a reserve would impact on other First Nations in the Yukon Territory and could disrupt the current land agreement.

(3) Interveners

38

Two interveners, the Attorney General of British Columbia and the Coalition of B.C. First Nations (the "Coalition") made sharply conflicting submissions on the key issues raised in this appeal. In support of the Government of Canada, the Attorney General of British Columbia submitted that the creation of reserves remains essentially a matter of royal prerogative. The *Indian Act* is concerned with the management of reserves but does not provide for their creation. Moreover, a finding that an *Indian Act* reserve has been established requires evidence of an outward manifestation of intent to bring a tract of land

(ii) *Le gouvernement du Yukon*

Le gouvernement du Yukon n'a pas pris position sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. Cependant, il s'est dit inquiet de l'incidence éventuelle de toute décision rendue en l'espèce sur l'Accord-cadre définitif, qui constitue le modèle des accords sur les revendications territoriales qu'il conclut avec les Premières nations du Yukon. L'Accord-cadre définitif ne traite pas de la même façon les réserves et les terres mises de côté, ou terres visées par un règlement. Conformément à l'Accord-cadre définitif, les terres mises de côté doivent devenir des terres visées par un règlement, non assujetties à la *Loi sur les Indiens*; par contre, une réserve peut soit conserver cette qualité, soit devenir une terre visée par un règlement. Chaque type de terre est régi par un régime fiscal différent. Certains biens bénéficient de l'exemption prévue par l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, alors que les terres mises de côté font l'objet d'un moratoire visant la perception de divers types d'impôts. De plus, des subventions fédérales tenant lieu d'impôts sont versées au Yukon à l'égard des terres mises de côté, mais non à l'égard des réserves. D'affirmer le gouvernement du Yukon, si notre Cour jugeait que les terres de Ross River constituent une réserve, une telle décision aurait une incidence sur les autres Premières nations du Yukon et pourrait perturber l'harmonie qui règne actuellement sur la question du territoire.

(3) Les intervenants

Deux intervenants, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Coalition of B.C. First Nations (la « Coalition ») ont présenté des observations diamétralement opposées sur les questions clés soulevées dans le présent pourvoi. Appuyant la position du gouvernement du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique a fait valoir que la création des réserves demeure essentiellement une question relevant de l'exercice de la prérogative royale. La *Loi sur les Indiens* porte sur la gestion des réserves, mais ne pourvoit pas à leur création. En outre, pour que le tribunal puisse conclure qu'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* a été

under the management and protection scheme of the Act.

The Coalition submitted broad arguments on the nature of the relationship between the Crown and First Nations. It views reserve creation as an exercise of the royal prerogative, constrained by the Crown's legal and equitable obligations to First Nations, as well as by statute. In this context, it submits that reserves may come into existence by various means like the treaty process, unilateral government action, or even *de facto* through the historical development of a particular native community which gives the reserve definite boundaries over time.

Given the position of the parties and the issues they raise, I will review the legal process of reserve creation in the Yukon Territory, after a few comments about the history of the process in Canada. I will then turn to the evidence in order to determine whether it establishes that a reserve was created at Ross River.

C. *The Creation of Reserves*

A word of caution is appropriate at the start of this review of the process of reserve creation. Some of the parties or interveners have attempted to broaden the scope of this case. They submit that it offers the opportunity for a definitive and exhaustive pronouncement by this Court on the legal requirements for creating a reserve under the *Indian Act*. Such an attempt, however interesting and challenging it may appear, would be both premature and detrimental to the proper development of the law in this area. Despite its significance, this appeal involves a discussion of the legal position and historical experience of the Yukon, not of historical and legal developments spanning almost four centuries and concerning every region of Canada.

établie, il faut lui apporter la preuve d'une manifestation concrète de l'intention de soumettre une parcelle de terrain au régime de gestion et de protection prévu par cette loi.

La Coalition a présenté des arguments généraux sur la nature des rapports entre la Couronne et les Premières nations. Il considère que la création d'une réserve résulte de l'exercice de la prérogative royale et doit respecter les dispositions législatives pertinentes ainsi que les obligations fondées sur la common law et l'équité qui incombent à la Couronne envers les Premières nations. Dans ce contexte, la Coalition avance qu'une réserve peut être créée de diverses façons, notamment par voie de traité ou par une mesure gouvernementale unilatérale — et qu'elle peut même être créée *de facto*, savoir par suite de l'évolution historique d'une collectivité autochtone donnée, qui aurait permis à la réserve d'acquiescer des limites précises au fil des ans.

Vu les thèses avancées par les parties et les questions qu'elles soulèvent, je vais examiner le processus juridique de création des réserves au Yukon, après avoir fait quelques commentaires sur l'histoire de ce processus au Canada. Je vais ensuite déterminer si, au regard de la preuve, une réserve a été créée à Ross River.

C. *La création des réserves*

Une mise en garde s'impose en amorçant l'examen du processus de création des réserves. Des intervenants ou des parties ont tenté d'élargir la portée du présent pourvoi qui, à leur avis, donne à notre Cour l'occasion de se prononcer de façon définitive et exhaustive sur les conditions légales de création des réserves prévues par la *Loi sur les Indiens*. Cependant, aussi intéressante et difficile que puisse sembler une telle démarche, elle serait prématurée et nuirait à l'évolution normale du droit dans ce domaine. Malgré son importance, le présent pourvoi s'attachera à la situation juridique au Yukon et à l'expérience observée historiquement en matière de création des réserves dans ce territoire, et non à l'évolution historique et juridique de cette question pendant près de quatre siècles dans les diverses régions du Canada.

39

40

41

- 42 The key issue in this case remains whether the lands set aside nearly half a century ago for the Ross River Band have the status of a reserve as defined in the *Indian Act*. Was the process purely an exercise of the prerogative power? Did statute law displace this power completely or in part? These questions must be answered in order to determine whether a reserve now exists at the junction of the Ross and Pelly Rivers.
- 43 Canadian history confirms that the process of reserve creation went through many stages and reflects the outcome of a number of administrative and political experiments. Procedures and legal techniques changed. Different approaches were used, so much so that it would be difficult to draw generalizations in the context of a specific case, grounded in the particular historical experience of one region of this country.
- 44 In the Maritime provinces, or in Quebec, during the French regime or after the British conquest, as well as in Ontario or later in the Prairies and in British Columbia, reserves were created by various methods. The legal and political methods used to give form and existence to a reserve evolved over time. It is beyond the scope of these reasons to attempt to summarize the history of the process of reserve creation throughout Canada. Nevertheless, its diversity and complexity become evident in some of the general overviews of the process which have become available from contemporary historical research. For example, in the course of the execution of its broad mandate on the problems of the First Nations in Canada, the Royal Commission on Aboriginal Peoples reviewed the process in its report ("*RCAP Report*") (see *Looking Forward, Looking Back*, vol. 1, at pp. 142-45; *Restructuring the Relationship*, vol. 2, at pp. 464-85). The report gives a good overview of the creation of reserves, emphasizing its very diversity. A more detailed study of the topic may also be found in R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History* (1990); see also
- En l'espèce, la question clé demeure celle de savoir si les terres mises de côté il y a près d'un demi-siècle pour la bande de Ross River ont la qualité de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Cette mesure constituait-elle simplement l'exercice de la prérogative royale? Le droit d'origine législative a-t-il remplacé entièrement ou partiellement ce pouvoir? Il faut répondre à ces questions pour déterminer s'il existe maintenant une réserve au confluent des rivières Ross et Pelly.
- L'examen de l'histoire du Canada confirme que le processus de création des réserves a traversé de nombreuses étapes et résulte d'un certain nombre d'expériences administratives et politiques. Les procédures et techniques juridiques ont évolué. Diverses approches ont été utilisées, à tel point qu'il serait difficile de généraliser, dans le contexte d'un cas précis, à partir de l'expérience historique particulière d'une région du Canada.
- Tant dans les provinces maritimes qu'au Québec durant le régime français ou après la conquête britannique, de même qu'en Ontario et, plus tard, dans les Prairies et en Colombie-Britannique, on a recouru à diverses méthodes pour créer des réserves. Les méthodes juridiques et politiques employées pour donner forme et existence aux réserves ont évolué au fil des ans. La synthèse historique du processus de création des réserves dans l'ensemble du Canada n'entre pas dans le cadre des présents motifs. Néanmoins, la diversité et la complexité de ce processus ressortent clairement de l'examen général qui en est fait dans des travaux contemporains de recherches historiques. Par exemple, dans l'exécution du large mandat qu'on lui avait confié relativement à l'étude des problèmes des Premières nations au Canada, la Commission royale sur les peuples autochtones a examiné le processus de création des réserves dans son rapport (le « *Rapport de la CRPA* ») (voir *Un passé, un avenir*, vol. 1, p. 152-156; *Une relation à redéfinir*, vol. 2, p. 513-535). Ce rapport donne un bon aperçu de la création des réserves et fait bien ressortir la diversité même de ce processus. On peut consulter une étude plus détaillée de la question dans R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada* :

J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), at pp. 247-48.

Northern Canada

In this appeal, more detailed attention must be given to a review of the process of reserve creation in Northern Canada. Treaties 8, 10 and 11 provided for the creation of reserves in Northern Canada (consisting in part of the northern Prairie provinces and the western portions of the Northwest Territories, southeastern Yukon Territory, and north-eastern British Columbia). These have been characterized as “resource development” agreements in the sense that there was no desire to turn the Aboriginal peoples of these areas into farmers as had been the case in the South. Moreover, First Nations were told generally that they would not be forced to live on the reserve allotments nor would their traditional economic life be disrupted. However, as in the more southerly numbered treaties, the federal government was often slow to meet its obligation to create reserves, leaving many First Nations to continue the struggle to settle land claims into very recent times (see *RCAP Report*, vol. 2, *supra*, at pp. 479-84). In a number of cases, some First Nations never acceded to treaties purporting to cover their lands. In other cases, no treaties were ever signed, as is the case in most of the Yukon Territory. However, in the last two decades there has been some movement to formulate land settlement claims with the Inuit (which led to the creation of Nunavut), the Dene and Yukon First Nations. These agreements generally provide for some form of Aboriginal self-government, but do not necessarily provide for the creation of reserves (as in the Umbrella Final Agreement in the present case).

The legal methods used to give a form of legal existence to these reserves have varied. Each of them must be reviewed in its own context. I will hence focus now more narrowly on the legal nature

A Homeland — A Study in Law and History (1990); voir aussi J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), p. 247-248.

Le Nord canadien

Dans le présent pourvoi, il faut se pencher de façon plus particulière sur le processus de création des réserves dans le Nord canadien. Les traités 8, 10 et 11 prévoyaient la création de réserves dans cette région (qui comprend notamment le Nord des provinces des Prairies, les parties occidentales des Territoires du Nord-Ouest, le sud-est du Territoire du Yukon et le nord-est de la Colombie-Britannique). Ces traités ont été qualifiés d’accords « d’exploitation des ressources », en ce sens qu’on ne désirait aucunement faire des peuples autochtones de ces régions des agriculteurs comme ce fut le cas dans les régions du Sud. De plus, on avait généralement expliqué aux Premières nations qu’elles ne seraient pas contraintes de vivre sur les terres ainsi réservées et que leur économie traditionnelle ne serait pas perturbée. Cependant, comme dans le cas des traités numérotés visant les régions plus au sud, le gouvernement fédéral s’est souvent montré lent à s’acquitter de son obligation de créer des réserves, avec pour conséquence que de nombreuses Premières nations négocient encore le règlement de revendications territoriales (voir le *Rapport de la CRPA*, vol. 2, *op. cit.*, p. 528-534). Dans certains cas, des Premières nations n’ont jamais adhéré aux traités censés viser leurs terres, alors que dans d’autres aucun traité n’a été signé, comme ce fut le cas pour la majeure partie du Yukon. Cependant, durant les deux dernières décennies, un processus de négociations en vue du règlement de revendications territoriales s’est amorcé avec les Inuits (qui a entraîné la création du Nunavut), les Dénés et les Premières nations du Yukon. Ces accords prévoient généralement une certaine forme d’autonomie gouvernementale, sans pouvoir nécessairement à la création de réserves (comme dans le cas de l’Accord-cadre définitif en l’espèce).

On a eu ainsi recours à diverses méthodes juridiques pour donner légalement existence à ces réserves. Chacune d’elles doit être examinée au regard du contexte qui lui est propre. Je vais en conséquence

of the process which prevailed in the Yukon and on its application to the facts in this case.

D. *Reserve Creation in the Yukon*

47

Three different sources for the authority to create reserves have been identified by the parties. The appellants essentially submit that the authority to create a reserve is statute based. In their view, statute law has displaced the royal prerogative as the primary source of authority. As mentioned above, the federal government answers that the reserve-creation power in the Yukon Territory continues to flow from the royal prerogative. One of the interveners, the Coalition, advances the submission that the authority to create reserves derives from the combined application of prerogative powers and statute.

(1) Statute

48

In order to determine whether statutory authority exists, it is necessary to turn first to the provisions of the *Indian Act*. Under s. 2(1) of the *Indian Act*, the term “reserve” in the context of the Act is defined as follows: “[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”. In certain sections of the *Indian Act* (namely, ss. 18(2), 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60, and the regulations made under those sections), the definition of “reserve” is extended to include “designated lands”, which s. 2(1) defines to mean “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”. This latter expansion of the definition is not of relevance in the instant case, so my analysis will focus on the definition proper.

49

The definition in s. 2(1) of “reserve” exists primarily to identify what lands are subject to the terms of the Act. The Act outlines property rights of Indians on reserves, establishes band governments and

m’attacher maintenant au caractère juridique du processus retenu au Yukon ainsi qu’à son application aux faits de l’espèce.

D. *La création des réserves au Yukon*

Les parties ont plaidé que le pouvoir de créer des réserves repose sur trois sources différentes. Essentiellement, les appelants prétendent que ce pouvoir découle d’un texte de loi. À leur avis, ce droit d’origine législative a remplacé la prérogative royale comme source première du pouvoir en question. Comme je l’ai indiqué plus tôt, le gouvernement fédéral répond que le pouvoir de créer des réserves au Yukon continue de découler de la prérogative royale. L’un des intervenants, la Coalition, avance que ce pouvoir découle de l’application combinée des pouvoirs fondés sur la prérogative et de ceux prévus par des dispositions législatives.

(1) Pouvoir d’origine législative

Pour déterminer s’il existe vraiment un pouvoir d’origine législative, il faut d’abord examiner les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Au paragraphe 2(1) de cette loi, le mot « réserve » est défini ainsi, pour l’application de cette loi : « [p]arcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande ». Pour l’application de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* (le par. 18(2), les art. 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, et les règlements pris sous leur régime), la définition de « réserve » est élargie et s’entend également des « terres désignées », terme qui est défini comme suit au par. 2(1) : « [p]arcelle 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 ». Cette définition élargie n’est pas pertinente en l’espèce et, en conséquence, mon analyse s’attachera à la définition première du mot.

La définition de « réserve » au par. 2(1) vise principalement à identifier les terres qui sont assujetties à la Loi. Celle-ci indique quels sont les droits fonciers des Indiens sur les réserves,

outlines their powers, identifies how Indians are or are not subject to taxation, and provides for a variety of other matters.

Under the *Indian Act*, the setting apart of a tract of land as a reserve implies both an action and an intention. In other words, the Crown must do certain things to set apart the land, but it must also have an intention in doing those acts to accomplish the end of creating a reserve. It may be that, in some cases, certain political or legal acts performed by the Crown are so definitive or conclusive that it is unnecessary to prove a subjective intent on the part of the Crown to effect a setting apart to create a reserve. For example, the signing of a treaty or the issuing of an Order-in-Council are of such an authoritative nature that the mental requirement or intention would be implicit or presumptive.

While s. 2(1) of the *Indian Act* defines “reserve” for the purposes of the Act as land set apart by the Crown for the use and benefit of Indians, nothing in the Act bestows upon the Governor in Council, the Minister of DIAND, or any other statutory delegate, the authority to perform the actions necessary to create a reserve. Nor does the Act explain what must be done to set apart lands for the purpose of creating a reserve: the Act neither sets out the material element nor the intentional element required for the setting apart of land to take place. One must look elsewhere for sources of any such statutory authority.

The appellants concede that the royal prerogative was the original source of the Crown’s authority to create a reserve. In such instruments as the Mi’kmaq treaties in the early 1760s discussed in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, the Crown interacted directly with the First Nations without the interposition of any statutory authority. Such a situation is a pure act of prerogative authority. Only since the latter part of the eighteenth century has legislation been enacted which could eliminate or reduce

elle pourvoit à l’établissement de gouvernements locaux pour les bandes et énonce leurs pouvoirs, et elle précise l’assujettissement des Indiens à la taxation en plus de régir diverses autres questions.

La mise de côté d’une parcelle de terrain à titre de réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens* suppose à la fois une action et une intention. En d’autres termes, la Couronne doit non seulement prendre certaines mesures pour mettre des terres de côté, mais elle doit également agir dans l’intention de créer une réserve. Dans certains cas, il est possible que certaines mesures politiques ou juridiques prises par la Couronne aient un caractère tellement définitif ou concluant qu’il devient inutile de prouver que cette dernière avait subjectivement l’intention de mettre de côté des terres pour créer une réserve. Par exemple, la signature d’un traité ou la prise d’un décret ont une telle autorité que l’élément moral — ou intention — serait implicite ou présumé.

Bien que, pour l’application de la *Loi sur les Indiens*, le mot « réserve » soit défini au par. 2(1) comme étant des terrains que la Couronne met de côté à l’usage et au profit des Indiens, la Loi n’a pas pour effet de conférer au gouverneur en conseil, ni au ministre du MAINC ou à tout autre délégué prévu par la loi le pouvoir de prendre les mesures nécessaires à la création d’une réserve. De plus, la Loi ne précise pas non plus les mesures à prendre pour mettre de côté des terres aux fins de création d’une réserve; elle n’identifie pas davantage les éléments matériel et moral requis pour la mise de côté de terres. Il faut chercher ailleurs les sources d’un tel pouvoir d’origine législative.

Les appelants reconnaissent que, à l’origine, la prérogative royale était la source du pouvoir de la Couronne de créer des réserves. Dans des textes tels les traités conclus avec les Mi’kmaq au début des années 1760, qui ont été examinés dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, la Couronne avait noué directement des relations avec les Premières nations, sans le truchement de quelque pouvoir d’origine législative. Il s’agit là d’un exemple d’exercice de la prérogative. Ce n’est que depuis

50

51

52

the scope of the royal prerogative with respect to reserve creation.

53

The appellants submit that, while the royal prerogative may have once been the source of authority for creating reserves, it has been superseded by statute. The question, then, which must first be answered is whether and to what degree the royal prerogative has been limited in the scope of its application to reserve creation. This analysis necessarily implies determining how the royal prerogative is limited.

(2) Royal Prerogative

54

Generally speaking, in my view, the royal prerogative means “the powers and privileges accorded by the common law to the Crown” (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 1:14). The royal prerogative is confined to executive governmental powers, whether federal or provincial. The extent of its authority can be abolished or limited by statute: “once a statute has occupied the ground formerly occupied by the prerogative, the Crown [has to] comply with the terms of the statute”. (See P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 17; see also, Hogg, *supra*, at pp. 1:15-1:16; P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at pp. 66-67.) In *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), Lord Dunedin described the interplay of royal prerogative and statute, at p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specially empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed.

Lord Parmoor added, at p. 568: “The Royal Prerogative has of necessity been gradually curtailed, as a settled rule of law has taken the place

la dernière partie du dix-huitième siècle qu’ont été édictées des lois susceptibles d’écarter le recours à la prérogative royale pour créer des réserves ou de restreindre la portée de son application à cet égard.

Les appelants affirment que, bien qu’elle ait pu jadis constituer la source du pouvoir de créer des réserves, la prérogative royale a été écartée par un pouvoir d’origine législative. En conséquence, il faut d’abord se demander si l’application de la prérogative royale aux fins de création des réserves a été restreinte et, si oui, dans quelle mesure. Cette question implique nécessairement qu’on établisse comment la prérogative royale peut être restreinte.

(2) La prérogative royale

D’une manière générale, j’estime que la prérogative royale s’entend [TRADUCTION] « des pouvoirs et privilèges reconnus à la Couronne par la common law » (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 1:14). La prérogative royale se limite aux pouvoirs exercés par l’exécutif, tant au niveau fédéral que provincial. Il est possible, au moyen d’une loi, d’abolir la prérogative ou de restreindre la portée de celle-ci : [TRADUCTION] « dès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, l’État est tenu de se conformer à ses dispositions ». (Voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 17; voir aussi Hogg, *op. cit.*, p. 1:15-1:16; P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 75-76). Dans l’arrêt *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), lord Dunedin a décrit ainsi l’interaction de la prérogative royale et des textes de loi, à la p. 526 :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la Couronne est partie à chaque loi fédérale, il est logique d’affirmer que, dans les cas où la loi porte sur quelque chose qui, avant cette loi, pouvait être effectué au moyen de la prérogative, et qu’elle a particulièrement pour effet d’habiliter la Couronne à accomplir la même chose, sous réserve de certaines conditions, la Couronne consent à cette situation et, par cette loi, à ce que la prérogative soit restreinte.

Lord Parmoor a ajouté, à la p. 568, que [TRADUCTION] « [l]a prérogative royale est nécessairement réduite de façon graduelle, au fur et à

of an uncertain and arbitrary administrative discretion”. In summary, then, as statute law expands and encroaches upon the purview of the royal prerogative, to that extent the royal prerogative contracts. However, this displacement occurs only to the extent that the statute does so explicitly or by necessary implication: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17; Hogg and Monahan, *supra*, at p. 17; Lordon, *supra*, at p. 66.

The appellants submit that statute has long since displaced the royal prerogative in the area of reserve creation. The first post-Confederation statute which dealt with Indians, *An Act providing for the organization of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, gave the Secretary of State authority to control and manage the lands and property of Indians and, in s. 3(6) of the *Indian Act, 1876*, defined a reserve to include any land “set apart by treaty or otherwise”, implying that there were several ways by which a reserve could be created. The essential element then, and which continues today, is that the lands be set apart.

Further, s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act*, the successor to the *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113, repealed S.C. 1950, c. 22, s. 26, states that the Governor in Council may “set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for such purposes, and for any other purpose that he may consider to be conducive to the welfare of the Indians”. The appellants submit that this provision, in combination with the provisions discussed above in the *Indian Act*, has supplanted the royal prerogative.

The respondents counter that s. 18(d) provides for the creation of a land bank from which the

mesure qu’une règle de droit bien établie remplace un pouvoir discrétionnaire administratif de nature arbitraire et incertaine ». En résumé, donc, à mesure que le droit d’origine législative s’élargit et empiète sur la prérogative, celle-ci se contracte de façon correspondante. Toutefois, un tel remplacement ne se produit que lorsque la loi le dit explicitement ou lorsque ce remplacement ressort de celle-ci par implication nécessaire : voir *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17; Hogg et Monahan, *op. cit.*, p. 17; Lordon, *op. cit.*, p. 75-76.

Les appelants prétendent que, en matière de création de réserves, la prérogative royale a depuis longtemps été écartée par des dispositions législatives. Après la Confédération, la première loi portant sur les Indiens — *Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance* — conférait au secrétaire d’État le pouvoir de contrôler et d’administrer les terres et biens des Indiens, et le par. 3(6) de l’*Acte des Sauvages, 1876*, précisait qu’une réserve se composait de terres « mises à part, par traité ou autrement », ce qui laissait supposer qu’il existait plusieurs façons de créer une réserve. L’élément essentiel à l’époque, et encore d’ailleurs de nos jours, est le fait que des terres soient mises de côté.

Qui plus est, l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 — loi qui a remplacé la *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113, abrogée par S.C. 1950, ch. 22, art. 26 — précise que le gouverneur en conseil peut « mettre à part et affecter les étendues de territoire ou les terres qui peuvent être nécessaires afin de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations d’après les traités conclus avec les Indiens et d’accorder des concessions ou des baux gratuits pour ces objets, ainsi que pour tout autre objet qu’il peut considérer comme devant contribuer au bien-être des Indiens ». Les appelants estiment que, conjugué aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* examinées précédemment, cet alinéa a eu pour effet d’écartier la prérogative royale.

Les intimés répliquent que l’al. 18d) prévoit la constitution d’une banque de terrains à partir de

55

56

57

Crown may create reserves, but that it does not provide for the actual creation of reserves themselves. The respondents rely upon *Town of Hay River v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 262 (T.D.), in which Mahoney J. stated in *obiter*, at p. 265, that “the authority to set apart Crown lands for an Indian reserve in the Northwest Territories appears to remain based entirely on the Royal Prerogative, not subject to any statutory limitation”.

58

In my view, the statutory framework described by the appellants has limited to some degree but not entirely ousted, the royal prerogative in respect of the creation of reserves within the meaning of the *Indian Act* in the Yukon. Whenever the Crown decides to set up a reserve under the *Indian Act*, at a minimum, s. 2(1) puts limits on the effects of the decision of the Crown in the sense that the definition of a “reserve” in the *Act* means (1) that the title to reserve lands remains with the Crown, and (2) that the reserve must consist of lands “set apart” for the use and benefit of a band of Indians. If the royal prerogative were completely unlimited by statute, the Crown would essentially be able to create reserves, in any manner it wished, including the transfer of title by sale, grant or gift to a First Nation or some of its members. However, in the Yukon, so long as the Crown intends to create a reserve as defined by the *Indian Act*, Parliament has put limits on the scope and effects of the power to create reserves at whim, through the application of the statutory definition of a reserve in s. 2(1). If the Crown intended to transfer land to a First Nation outside the scope of the *Indian Act*, the role and effects of the prerogative would not be constrained by this Act and would have to be examined in a different legal environment.

59

Section 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has similarly placed limits on the royal prerogative with respect to the creation of reserves by establishing a new and different source of authority whose exercise may trigger the process of reserve creation.

laquelle la Couronne peut créer des réserves, mais qu’il ne pourvoit pas à la création même des réserves. Au soutien de leur argument, ils invoquent l’affaire *Ville de Hay River c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 262 (1^{re} inst.), dans laquelle le juge Mahoney a affirmé, à la p. 265, dans des remarques incidentes, qu’« il appert que le pouvoir de mettre à part des terres de la Couronne pour une réserve indienne dans les Territoires du Nord-Ouest se fonde entièrement sur la prérogative royale, qui n’est soumise à aucune limitation statutaire ».

À mon avis, ce cadre législatif a restreint dans une certaine mesure — sans toutefois l’écarter — l’application de la prérogative royale en matière de création, au Yukon, de réserves indiennes au sens de la *Loi sur les Indiens*. Chaque fois que la Couronne décide d’établir une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, le par. 2(1) de celle-ci a à tout le moins pour conséquence de limiter les effets de cette décision, en ce sens que la définition de « réserve » y figurant permet d’établir les points suivants : (1) Sa Majesté continue d’être propriétaire des terres formant la réserve; (2) la réserve doit être constituée de terres « mise[s] de côté » à l’usage et au profit d’une bande indienne. Si la loi n’assortissait la prérogative royale d’aucune limite à cet égard, la Couronne serait essentiellement en mesure de créer des réserves de la façon qui lui plairait, y compris en cédant le titre de propriété à une première nation ou à certains de ses membres par vente, concession ou don. Cependant, au Yukon, pour autant que la Couronne entend créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, le Parlement a, par l’application de la définition de réserve prévue au par. 2(1) de la Loi, limité la portée et les effets du pouvoir de l’État de créer des réserves à son gré. Si la Couronne entend céder des terres à une première nation en dehors du régime de la *Loi sur les Indiens*, le rôle et les effets de la prérogative ne seraient pas limités par cette loi et devraient être examinés dans un contexte juridique différent.

L’alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 limite lui aussi de manière analogue l’application de la prérogative royale en matière de création de réserves en établissant des pouvoirs de source nouvelle et différente, dont l’exercice peut mettre en

It indicates that at least some of the lands used to fulfill treaty requirements, which include the creation of reserves for signatory First Nations, are to be drawn from lands set apart and appropriated for that purpose by the Governor in Council under the terms of the 1952 *Territorial Lands Act*.

That said, it would not be accurate to state that the royal prerogative has been completely ousted from the field by the 1952 *Territorial Lands Act*. Section 18(d) does, on its face, seem to bestow a power on the Governor in Council to set apart lands for the creation of reserves. However, as the respondent Government of Canada points out, this does not necessarily mean that this section grants authority to actually create the reserve and that the prerogative no longer plays any part in the process. The setting apart and appropriating of land is not the entire matter; the Crown must also manifest an intent to make the land so set apart a reserve. The use of the words “as may be necessary” implies a separation in time between the appropriation of the lands and the fulfilment of the treaty obligations. In other words, once the land is appropriated, it does not yet have the legal status of a reserve; something more is required to accomplish that end. This requirement reflects the nature of a process which is political, at least in part. Given the consequences of the creation of a reserve for government authorities, for the bands concerned and for other non-native communities, the process will often call for some political assessment of the effect, circumstances and opportunity of setting up a reserve, as defined in the *Indian Act*, in a particular location or territory.

The appellants have not pointed to any other statutory provision which identifies the process by which the Crown takes lands set apart and appropriated under s. 18(d) and turns them into a reserve. Indeed, the Act remains entirely silent in this respect. Rather, the appellants seem to rely on a logical leap from the fact of setting apart and

branle le processus de création d’une réserve. Cette disposition précise qu’au moins certaines des terres utilisées pour satisfaire aux obligations prévues par les traités — y compris la création de réserves pour les Premières nations signataires — doivent provenir des terres mises à part et affectées à cette fin par le gouverneur en conseil conformément à la *Loi sur les terres territoriales* de 1952.

Cela dit, il serait inexact d’affirmer que la prérogative royale a été complètement écartée dans ce secteur d’activité par la *Loi sur les terres territoriales* de 1952. À première vue, l’al. 18d) semble conférer au gouverneur en conseil le pouvoir de mettre à part des terres pour créer des réserves. Cependant, comme le souligne le gouvernement du Canada intimé, il ne s’ensuit pas nécessairement que cette disposition accorde le pouvoir de créer concrètement une réserve ni que la prérogative n’intervient plus dans ce processus. Il ne suffit pas que la Couronne mette à part et affecte les terres concernées, elle doit aussi manifester l’intention de constituer en réserve les terres ainsi mises à part. L’expression « qui peuvent être nécessaires » suppose un laps de temps entre le moment où il y a affectation des terres et celui où il y a exécution des obligations prévues par le traité. En d’autres termes, même une fois affectées, les terres n’ont pas encore la qualité juridique de réserve; il faut quelque chose de plus pour que cela se réalise. Cette exigence témoigne de la nature du processus, qui revêt, au moins en partie, un caractère politique. Compte tenu des conséquences qu’entraîne la création d’une réserve pour les autorités gouvernementales, les bandes visées et les collectivités non autochtones, il est souvent nécessaire de procéder à une certaine évaluation, sur le plan politique, des effets, des circonstances et de l’opportunité de l’établissement d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* dans un endroit ou territoire particulier.

Les appelants n’ont fait état d’aucune autre disposition législative précisant le processus par lequel la Couronne prend des terres affectées en vertu de l’al. 18d) et en fait une réserve. De fait, la Loi est muette sur ce point. Les appelants semblent plutôt inférer un rapport de cause à effet entre l’affectation de terres et la création d’une réserve. Comme je

appropriating the land to the creation of a reserve. As I have said, the language of s. 18(d) does not make that leap. If Parliament had meant in s. 18(d) to grant the Governor in Council the power to both appropriate lands for the purpose of meeting treaty obligations to create reserves and to create the reserves from the lands appropriated, it would have used more specific language to effect such a grant of authority.

62

Even if I were to find that s. 18(d) has occupied the field with respect to the creation of Indian reserves, it is nevertheless clear from the language of the section that the Governor in Council has been given the power to create reserves from lands set apart. The Governor in Council is given discretion (indicated by the use of the word “may”) to decide whether to set apart lands and whether to designate said lands as the reserve of any particular First Nation. Further, the Governor in Council is under no obligation to set apart particular lands for the use and benefit of a band, unless that has been provided for under treaty or some other land settlement agreement. Otherwise, the Governor in Council is free to designate any Crown land the Crown chooses as a reserve for a particular band. Although this is not at stake in the present appeal, it should not be forgotten that the exercise of this particular power remains subject to the fiduciary obligations of the Crown as well as to the constitutional rights and obligations which arise under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

63

It is worth noting that, in either situation, it is the Governor in Council who exercises the authority granted. The royal prerogative in Canada is exercised by the Governor General under the letters patent granted by His Majesty King George VI in 1947 (see *Letters Patent constituting the office of Governor General of Canada (1947)*, in *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31)). In the usual course of things, the Governor General exercises these powers for the Queen in right of Canada, acting on the advice of a Committee of the Privy Council (which consists of the Prime Minister and Cabinet of the

l’ai dit plus tôt, le texte de l’al. 18d) ne permet pas de tirer cette inférence. Si le législateur avait voulu, à l’al. 18d), donner au gouverneur en conseil à la fois le pouvoir d’affecter des terres pour qu’il respecte ses obligations prévues par traités en matière de création de réserves et le pouvoir de créer des réserves sur les terres ainsi affectées, il aurait utilisé des termes plus explicites pour accorder de tels pouvoirs.

Même si je devais conclure que la question de la création des réserves indiennes est entièrement régie par l’al. 18d), il ressort néanmoins clairement du texte de cette disposition que le gouverneur en conseil a reçu le pouvoir de créer des réserves à partir des terres mises à part. Le gouverneur en conseil s’est vu accorder le pouvoir discrétionnaire (comme en témoigne l’utilisation du mot « peut ») de mettre à part des terres et de les désigner comme réserve d’une Première nation donnée. En outre, le gouverneur en conseil n’a aucune obligation de mettre à part des terres précises à l’usage et au profit d’une bande, à moins d’y être tenu aux termes d’un traité ou d’un autre accord sur des revendications territoriales. Hormis cette situation, il lui est loisible de désigner comme réserve d’une bande donnée toute terre de la Couronne choisie par cette dernière. Bien qu’il ne s’agisse pas là d’une question en litige dans le présent pourvoi, il ne faut cependant pas oublier que l’exercice de ce pouvoir particulier demeure évidemment assujéti au respect des obligations et droits constitutionnels établis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu’aux obligations de fiduciaire de la Couronne.

Il convient de signaler que, quoi qu’il en soit, c’est le gouverneur en conseil qui exerce le pouvoir ainsi conféré. Au Canada, la prérogative royale est exercée par le gouverneur général en vertu des lettres patentes délivrées par Sa Majesté le Roi George VI en 1947 (voir *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada (1947)*, *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 (reproduites dans L.R.C. 1985, App. II, n° 31)). Dans le cours normal des choses, le gouverneur général exerce ces pouvoirs pour le compte de la Reine du chef du Canada, sur l’avis du Comité du Conseil privé (qui comprend le premier ministre et le Cabinet du

government of the day). Thus, if the power to create reserves is derived from the royal prerogative, the Governor General, or Governor in Council, would normally exercise that power. On the other hand, s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* specifically designates the Governor in Council as the holder of the power to set apart and appropriate lands for the fulfilment of treaty obligations. In effect, the holder of the power is the same person in both cases.

The question arises in both cases as to whether the powers of the Governor in Council must be exercised personally or if those powers may be delegated to a government official. As the intervener Coalition submits, one must look both at the Crown and Aboriginal perspectives to determine on the facts of a given case whether the party alleged to have exercised the power to create a reserve could reasonably have been seen to have the authority to bind the Crown to act to appropriate or set apart the lands and then to designate them as a reserve. In my view, the correct test of this is to be found in this Court's judgment in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1040:

To arrive at the conclusion that a person had the capacity to enter into a treaty with the Indians, he or she must thus have represented the British Crown in very important, authoritative functions. It is then necessary to take the Indians' point of view and to ask whether it was reasonable for them to believe, in light of the circumstances and the position occupied by the party they were dealing with directly, that they had before them a person capable of binding the British Crown by treaty.

While these words were said in the context of treaty creation, they seem relevant in principle to the creation of a reserve. In both cases, an agent of the Crown, duly authorized, acts in the exercise of a delegated authority to establish or further elaborate upon the relationship that exists between a First Nation and the Crown. The Crown agent makes representations to the First Nation with respect to the Crown's intentions. And, in both cases, the honour of the Crown rests on the Governor in Council's willingness to live up to those representations made

gouvernement de l'heure). Par conséquent, si le pouvoir de créer des réserves découle de la prérogative royale, c'est le gouverneur général — ou le gouverneur en conseil — qui exerce normalement ce pouvoir. Par contre, l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 désigne explicitement le gouverneur en conseil en tant que titulaire du pouvoir de mettre à part et d'affecter des terres pour satisfaire aux obligations prévues par les traités. En fait, le titulaire du pouvoir est la même personne dans les deux cas.

La question qui se pose dans l'un et l'autre cas est de savoir si les pouvoirs du gouverneur en conseil doivent être exercés par lui personnellement ou s'ils peuvent être délégués à un représentant du gouvernement. Comme le soutient la Coalition intervenante, il faut examiner à la fois le point de vue de la Couronne et celui des Autochtones pour déterminer, au regard des faits d'une affaire donnée, si la partie qui, prétend-on, aurait exercé le pouvoir de créer une réserve pouvait raisonnablement être considérée comme titulaire du pouvoir de lier la Couronne lorsqu'elle a mis à part et affecté des terres et les a ensuite désignées comme réserve. À mon avis, le critère applicable dans un tel cas est celui qui a été énoncé dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1040 :

Pour en arriver à la conclusion qu'une personne avait la capacité de conclure un traité avec les Indiens, il faut donc qu'elle ait représenté la Couronne britannique dans des fonctions très importantes d'autorité. Il faut ensuite se placer du point de vue des Indiens et se demander s'il était raisonnable de leur part, eu égard aux circonstances et à la position occupée par leur interlocuteur direct, de croire qu'ils avaient devant eux une personne capable d'engager la Couronne britannique par traité.

Bien que ces propos aient été formulés dans le contexte de la conclusion de traités, ils semblent en principe pertinents relativement à la création d'une réserve. En effet, dans les deux cas, un représentant de la Couronne dûment autorisé exerce un pouvoir délégué pour établir des rapports entre une Première nation et la Couronne ou pour renforcer ceux qui existent déjà. Le représentant de la Couronne communique à la Première nation concernée les intentions de la Couronne. Et, dans les deux cas, l'honneur de la Couronne dépend de l'empressement du

to the First Nation in an effort to induce it to enter into some obligation or to accept settlement on a particular parcel of land.

66

However, from the passage from *Sioui*, it is also clear that not just any Crown agent will do. Many minor officials who are Crown agents could hardly be said to act to bind the Crown in this case or any other, in a process which involves significant political considerations or concerns about the Crown's duties and obligations towards First Nations. The Crown agent must "have represented [the Crown] in very important, authoritative functions" (*Sioui*, *supra*, at p. 1040). Similarly, where reserves have been created by means of an Order-in-Council, there is no question that it is the Governor in Council who is making the representations and who is exercising the power to create the reserve. On the other hand, in the circumstances of this case, the registration in the Yukon Territory Land Registry of the setting aside of land for the Indian Affairs Branch is not sufficient to show intent to create a reserve given the widely varying types of interests in land recorded in that Register.

E. *Summary of Principles Governing the Creation of Reserves Applicable to this Case*

67

Thus, in the Yukon Territory as well as elsewhere in Canada, there appears to be no single procedure for creating reserves, although an Order-in-Council has been the most common and undoubtedly best and clearest procedure used to create reserves. (See: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at pp. 674-75; Woodward, *supra*, at pp. 233-37.) Whatever method is employed, the Crown must have had an intention to create a reserve. This intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown. For example, this intention may be evidenced either by an exercise of executive authority such as an Order-in-Council, or on the basis of specific statutory provisions

gouverneur en conseil à respecter les déclarations faites à la Première nation dans le but de l'inciter à contracter certaines obligations ou à accepter un règlement relativement à une parcelle de terre donnée.

Cependant, il ressort également de façon claire de ce passage de l'arrêt *Sioui* que ce ne sont pas tous les représentants de la Couronne qui peuvent lier cette dernière. Il serait difficile d'affirmer que les actes qu'accomplissent de nombreux fonctionnaires subalternes en qualité de représentants de la Couronne ont pour effet de la lier dans le cadre d'un processus mettant en jeu d'importantes questions touchant aux devoirs et obligations de la Couronne envers les Premières nations. L'agent doit « [avoir] représenté la Couronne [. . .] dans des fonctions très importantes d'autorité » (voir *Sioui*, précité, p. 1040). De même, lorsqu'il y a création d'une réserve par décret, il ne fait aucun doute que les déclarations qui sont faites à cet égard émanent du gouverneur en conseil et que c'est ce dernier qui exerce le pouvoir de créer la réserve. Par contre, dans les circonstances de la présente affaire, l'inscription au bureau d'enregistrement des droits fonciers du Yukon des terres mises à part pour la Division des affaires indiennes n'est pas suffisante pour établir l'intention de créer une réserve, compte tenu du large éventail de droits fonciers inscrits dans le registre concerné.

E. *Sommaire des principes qui régissent la création des réserves et s'appliquent en l'espèce*

Par conséquent, tant au Yukon qu'ailleurs au Canada, il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves, quoique la prise d'un décret ait été la mesure la plus courante et, indubitablement, la meilleure et la plus claire des procédures utilisées à cette fin. (Voir : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 674-675; Woodward, *op. cit.*, p. 233-237.) Quelle que soit la méthode utilisée, la Couronne doit avoir eu l'intention de créer une réserve. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l'autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention. Par exemple, cette intention peut être dérogée soit de l'exercice du pouvoir de

creating a particular reserve. Steps must be taken in order to set apart land. The setting apart must occur for the benefit of Indians. And, finally, the band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart. Hence, the process remains fact-sensitive. The evaluation of its legal effect turns on a very contextual and fact-driven analysis. Thus, this analysis must be performed on the basis of the record.

It should be noted that the parties did not raise, in the course of this appeal, the impact of the fiduciary obligations of the Crown. It must be kept in mind that the process of reserve creation, like other aspects of its relationship with First Nations, requires that the Crown remain mindful of its fiduciary duties and of their impact on this procedure, and taking into consideration the *sui generis* nature of native land rights: see the comments of Lamer C.J. in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at paras. 14-16.

F. *The Evidence Relating to the Creation of a Reserve at Ross River*

To succeed, the appellants in this case have to show at least that land had been set apart for them. No real dispute arises with respect to the setting aside of land, nor with respect to the absence of an Order-in-Council, which latter issue, in my view, is not determinative of the issue. The key question remains whether there was an intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown. In other words, what is critical is whether the particular Crown official, on the facts of a given case, had authority to bind the Crown or was reasonably so seen by the First Nation, whether the official made representations to the First Nation that he was binding the Crown to create a reserve, and whether the official had the authority to set apart lands for the creation of the reserve or was reasonably so seen.

l'exécutif — par exemple la prise d'un décret — soit de l'application de certaines dispositions législatives créant une réserve particulière. Des mesures doivent être prises lorsqu'on veut mettre des terres à part. Cette mise à part doit être faite au profit des Indiens. Et, enfin, la bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. Le processus demeure donc fonction des faits. L'évaluation de ses effets juridiques repose sur une analyse éminemment contextuelle et factuelle. En conséquence, l'analyse doit être effectuée au regard des éléments de preuve au dossier.

Il convient de signaler que, dans l'affaire qui nous occupe, les parties n'ont pas soulevé la question de l'incidence des obligations de fiduciaire de la Couronne. Il faut se rappeler que, dans le cadre de la procédure de création des réserves, comme dans les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations, la Couronne doit rester consciente de ses obligations de fiduciaire et de leur incidence sur cette procédure, et prendre en considération la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones : voir les commentaires du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 14-16.

F. *La preuve relative à la création d'une réserve à Ross River*

Pour avoir gain de cause en l'espèce, les appellants doivent au moins démontrer que des terres ont été mises à part pour eux. Personne ne conteste vraiment la mise de côté des terres ni l'absence de décret, fait qui, à mon avis, n'est pas à lui seul déterminant quant à la question en litige. La question clé demeure celle de savoir si des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne ont eu l'intention de créer une réserve. En d'autres mots, il est essentiel de déterminer si, eu égard aux faits d'une affaire donnée, le représentant de la Couronne concerné avait le pouvoir de lier la Couronne ou a raisonnablement été considéré comme tel par la Première nation concernée, si ce représentant a déclaré à la Première nation qu'il engageait la Couronne à créer une réserve et s'il avait le pouvoir de mettre des terres de côté en vue de la création d'une réserve ou s'il a raisonnablement été considéré comme tel.

70

The appellants pointed to parts of the evidence which, in their opinion, indicated that such an intention had existed and had led to the setting apart of the lands where the Band had been living for many years. The appellants point to a number of individuals involved in the management of native affairs in the Yukon who recommended to the Minister of Citizenship and Immigration, Indian Affairs Branch, and/or the Supervisor of Lands and Mining, Department of Northern Affairs and National Resources, that a reserve be created for the Band. They placed strong emphasis on their recommendations as well as on the fact that a village was established at Ross River, as had also been recommended.

71

In my view, the critical flaw in the appellants' reliance on the authority of these Crown officials to bind the Crown appears when one asks whether these agents either (1) made representations to the Ross River Band that they had authority to create reserves; or (2) both made the representations and set apart the lands by legal act. On this appeal, the appellants have made no attempt to show that in fact these Crown agents ever made representations to the members of the Ross River Band that the Crown had decided to create a reserve for them. Nowhere in the appellants' lengthy review of the facts is there any reference to such evidence. Nor did Maddison J., in his reasons for judgment at trial, make any such reference. The evidence presented by the appellants all relates to recommendations made by Crown officials to other Crown officials, which recommendations were generally ignored or rejected. There appears to have been a long-lasting and deep-seated tension, even disagreement, as to the opportunity of creating new reserves between the civil servants working directly with native groups in the Yukon and their superiors in Ottawa. The evidence shows that no person having the authority to bind the Crown ever agreed to the setting up of a reserve at Ross River. Every representation made by those Crown officials actually in a position to set apart the lands was to the effect that no reserves existed in the Yukon Territory and that it was contrary to government policy to create reserves there. There is simply no evidence provided by the appellants which suggests that any Crown agents with the authority to set

Les appelants ont fait état d'éléments de preuve qui, selon eux, indiquaient que cette intention avait existé et avait abouti à la mise de côté des terres qui étaient habitées par la Bande depuis de nombreuses années. Ils ont mentionné certaines personnes ayant participé à la gestion des affaires autochtones au Yukon qui ont recommandé au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (Division des affaires indiennes) ou au Supérieur des terres et des mines (ministère du Nord canadien et des Ressources nationales) la création d'une réserve pour la Bande. Les appelants ont attaché une grande importance à ces recommandations ainsi qu'au fait qu'un village avait été établi à Ross River, conformément à une autre recommandation.

À mon avis, la faille cruciale de l'argument des appelants reposant sur le pouvoir des représentants de la Couronne de lier celle-ci apparaît lorsque l'on se demande si ces mandataires ont (1) soit déclaré à la bande de Ross River qu'ils avaient le pouvoir de créer des réserves; (2) soit fait une telle déclaration et mis les terres de côté au moyen d'un acte juridique. Dans le présent pourvoi, les appelants n'ont pas tenté de démontrer que, dans les faits, ces représentants de la Couronne avaient à quelque moment que ce soit déclaré aux membres de la bande de Ross River que la Couronne avait décidé de créer une réserve à leur intention. Nulle part dans l'examen approfondi des faits effectué par les appelants il n'est fait mention d'une telle preuve. Le juge Maddison du tribunal de première instance n'en parle pas non plus dans ses motifs. La preuve produite par les appelants porte entièrement sur les recommandations qui ont été présentées par certains fonctionnaires à d'autres fonctionnaires et qui, de façon générale, ont été ignorées ou rejetées. Il semble avoir existé pendant longtemps, entre les fonctionnaires qui travaillaient directement avec les groupes autochtones au Yukon et les supérieurs de ces fonctionnaires à Ottawa, des tensions profondes voire un désaccord quant à l'opportunité de créer de nouvelles réserves. La preuve indique qu'aucune personne habilitée à lier la Couronne n'a donné son aval à l'établissement d'une réserve à Ross River. Toutes les déclarations faites par les fonctionnaires réellement en mesure de mettre de côté des terres précisaient qu'il n'existait pas de réserve au Yukon

apart lands went to the members of the Band and in effect said: "The Crown is now creating a reserve for you, a reserve of the type contemplated under the *Indian Act* and which will be subject to all of the terms of that Act". Conversely, those Crown officials who did advocate the creation of a reserve, whether or not they made representations to the Band, never had the authority to set apart the lands and create a reserve.

Some specific facts are particularly telling in this respect. They confirm that the appellants failed to demonstrate the existence of the intentional component of the reserve-creation process. At most, as indicated above, they proved that there had been a long-standing disagreement between the local agents of DIAND and its predecessors and its central administration in Ottawa. This conflict originated in the 1950s. For example, the Indian Commissioner for British Columbia, who was also in charge of native affairs in the Yukon, recommended that a number of new reserves, including one at Ross River, be created in the territory. The Deputy Minister of the Department of Citizenship and Immigration, Indian Affairs Branch, advised the Acting Minister against such a move and no action was taken.

A few years later, in 1957, the Deputy Minister recommended against the creation of new reserves. As a result, the Government of Canada decided not to implement a recommendation to set up 10 new reserves including one at Ross River. In 1958, the Deputy Minister received new recommendations against the creation of reserves.

In 1962, the Yukon Agency of the Indian Affairs Branch of the Department of Citizenship and Immigration applied to the Department of Northern

et que la création de réserves allait à l'encontre de la politique du gouvernement pour ce territoire. Les appelants n'ont tout simplement pas présenté d'élément de preuve tendant à indiquer qu'un représentant de la Couronne habilité à mettre des terres de côté soit allé rencontrer les membres de la Bande et leur ait dit : « La Couronne est actuellement en train de créer, à votre intention, une réserve du type prévu par la *Loi sur les Indiens*, qui sera assujettie à toutes les dispositions de cette loi ». Au contraire, aucun des fonctionnaires qui préconisaient effectivement la création d'une réserve, qu'ils aient ou non fait des déclarations à la Bande, n'a jamais détenu le pouvoir de mettre des terres à part et de créer une réserve.

Certains faits sont particulièrement révélateurs à cet égard. Ils confirment que les appelants ont omis de démontrer l'existence de l'élément intentionnel du processus de création des réserves. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, ces faits établissent tout au plus qu'il y avait depuis longtemps désaccord entre les représentants locaux du MAINC et de ses prédécesseurs et l'administration centrale à Ottawa. Ce conflit remontait aux années 50. Par exemple, le commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique, qui était également responsable des affaires autochtones au Yukon, avait recommandé la création d'un certain nombre de nouvelles réserves au Yukon, notamment à Ross River. Le sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, Division des affaires indiennes, avait déconseillé au ministre par intérim de l'époque de donner suite à cette recommandation et aucune mesure n'avait été prise.

Quelques années plus tard, en 1957, le sous-ministre a recommandé qu'on ne crée pas de nouvelles réserves. Le gouvernement du Canada a en conséquence décidé de ne pas donner suite à la recommandation d'établir 10 nouvelles réserves, dont une à Ross River. En 1958, le sous-ministre a reçu de nouvelles recommandations défavorables à la création de réserves.

En 1962, l'Agence du Yukon de la Division des affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a présenté au ministère du

72

73

74

Affairs and National Resources and asked that land be set aside for the Ross River Indian Village site, presumably pursuant to the *Territorial Lands Act*. After a series of correspondence about the location and size of the site, the Department of Northern Affairs and National Resources informed the Indian Affairs Branch that land had been set aside “for [the] Indian Affairs Branch”, but not specifically for the Ross River Band.

Nord canadien et des Ressources nationales une demande sollicitant que des terres soient mises de côté comme site du village indien de Ross River, vraisemblablement en vertu de la *Loi sur les terres territoriales*. Après un échange de correspondance concernant l'emplacement et la superficie du site envisagé, le ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la Division des affaires indiennes que des terres avaient été mises de côté [TRADUCTION] « pour la Division des affaires indiennes », mais non expressément pour la bande de Ross River.

75 After the village was established and the land was set aside, the Department constantly maintained the position that it had not intended to create a reserve. In 1972, a published list of reserves restated the official position that no reserve had been created in the Yukon, within the meaning of the *Indian Act*. In 1973, the Department reversed in part its previous stance. It acknowledged that six reserves had been created by Orders-in-Council, between 1900 and 1941. The Ross River site was not among them.

Après l'établissement du village et la mise de côté des terres, le ministère a continué de maintenir qu'il n'avait pas voulu créer une réserve. En 1972, sur une liste publique des réserves, on réitérait la position officielle indiquant qu'aucune réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* n'avait été créée au Yukon. En 1973, le ministère a partiellement modifié sa position antérieure, reconnaissant que six réserves avaient été créées par décret de 1900 à 1941. Le site de Ross River ne figurait pas parmi celles-ci.

76 After 1965, the reality of these set-asides which do not constitute reserves seems to have been well established. There was an early illustration of this fact. In 1966, the Government of Yukon took back control of a lot on the site of the Ross River Indian Village and leased it to a private citizen. There was consultation with the Band, but no authorization or consent was requested from it. No suggestion was made at the time that the Band's consent would be required. Finally, as we shall see, the existence of these lands set aside, while not having the status of reserves, was recognized during the negotiations leading to the conclusion of the Umbrella Final Agreement.

Après 1965, la réalité de ces mises de côté n'ayant pas pour effet de constituer des réserves semble avoir été bien établie. On trouve une illustration de ce fait dès 1966, date à laquelle le gouvernement du Yukon a récupéré un lot sur le site du village indien de Ross River et l'a loué à un particulier. La Bande a été consultée, mais on ne lui a pas demandé son autorisation ni son consentement. À l'époque, personne n'avait suggéré qu'une telle démarche serait nécessaire. Finalement, comme nous le verrons plus loin, on a reconnu l'existence de ces terres mises de côté — qui n'ont pas la qualité de réserves — au cours des négociations ayant abouti à la conclusion de l'Accord-cadre définitif.

G. *The Effect of the Setting Aside*

G. *L'effet de la mise de côté de certaines terres*

77 As argued by the respondent, the Government of Canada, what happened in this case was the setting aside of lands for the use of the Band. No reserve was legally created. This procedure may raise concerns because it may amount to a bureaucratic attempt to sidestep the process of reserve creation and establish communities which remain in legal limbo. The use of this procedure may leave

Comme l'a fait valoir le gouvernement du Canada intimé, il y a eu en l'espèce mise de côté de terres à l'usage de la Bande. Aucune réserve n'a été créée du point de vue juridique. Une telle façon de faire peut inquiéter du fait qu'elle pourrait être une tentative, par l'administration, en vue d'éviter le recours au processus de création des réserves et d'établir des collectivités qui demeurent dans une situation

considerable uncertainty as to the rights of the Band and its members in relation to the lands they are allowed to use in such a manner. Nevertheless, it must not be forgotten that the actions of the Crown with respect to the lands occupied by the Band will be governed by the fiduciary relationship which exists between the Crown and the Band. It would certainly be in the interests of fairness for the Crown to take into consideration in any future negotiations the fact that the Ross River Band has occupied these lands for almost half a century.

The Umbrella Final Agreement acknowledges that these set asides were common practice in the Yukon. Indeed, as pointed out in the factum of the Government of Yukon, the Umbrella Final Agreement provides for rules and procedures designed to deal with the status of lands set aside, which set-aside lands are clearly distinguished from *Indian Act* reserves. Under this agreement, lands set aside must become settlement land under a Yukon First Nation Final Agreement. Such settlement land is specifically identified as not being reserve land. Thus, it may well be thought that the alleged claim of the appellants should have been pursued through the negotiation process, given the absence of intention to create a reserve on the part of the Crown.

VI. Conclusion

For these reasons, the appeal should be dismissed, with no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Government of Yukon: The Minister of Justice of the Yukon Territory, Whitehorse.

juridique incertaine. L'utilisation de cette procédure peut créer beaucoup d'incertitude quant aux droits de la Bande et de ses membres sur les terres qu'ils sont ainsi autorisés à utiliser. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les actes accomplis par la Couronne relativement aux terres occupées par la Bande sont régis par les rapports de fiduciaire qui existent entre cette dernière et la Couronne. Il serait certainement conforme à l'équité que, dans toutes négociations futures, la Couronne tienne compte du fait que la bande de Ross River occupe ces terres depuis près d'un demi-siècle.

L'Accord-cadre définitif constitue une reconnaissance que ces mises de côté étaient pratique courante au Yukon. De fait, comme on le souligne dans le mémoire du gouvernement du Yukon, l'Accord-cadre définitif établit des règles et des procédures applicables aux terres mises de côté, terres que l'on différencie clairement des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*. Aux termes de cet accord, les terres mises de côté doivent devenir des terres visées par un règlement en vertu de l'accord définitif conclu par une Première nation du Yukon. On précise explicitement que ces terres visées par un règlement ne sont pas des terres de réserve. Par conséquent, il est permis de considérer que, vu l'absence d'intention par la Couronne de créer une réserve, les appelants auraient dû avoir recours au processus de négociation pour faire valoir leur revendication.

VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune ordonnance n'est rendue en ce qui concerne les dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé le gouvernement du Yukon : Le ministre de la Justice du Territoire du Yukon, Whitehorse.

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

Solicitors for the intervener the Coalition of B.C. First Nations: Mandell Pinder, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante la Coalition of B.C. First Nations : Mandell Pinder, Vancouver.

Howard Burke *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURKE

Neutral citation: 2002 SCC 55.

File No.: 28546.

2002: March 12; 2002: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Verdict — Validity — Foreman announcing a verdict — Court recording verdict as “not guilty” — Jury dismissed and accused discharged — Trial judge informed shortly thereafter that court may have erred in recording verdict — True verdict intended by jury may have been “guilty as charged” — Trial judge subsequently conducting limited inquiry into verdict and changing recorded verdict from “not guilty” to “guilty” — Whether trial judge had jurisdiction to conduct inquiry into verdict and alter it after discharge of jury — Whether rule in Head should be re-examined.

At the close of the accused's trial for attempted murder, the foreman announced the verdict. The trial judge, court registrar, and both counsel heard “not guilty as charged”. A “not guilty” verdict was recorded and the jury was discharged. While escorting the jurors out of the courtroom, a court officer asked the foreman what the jury's verdict had been. The foreman replied, “You're kidding, guilty”. Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court, the trial judge was informed of the apparent error. An effort was made to locate the jurors. The foreman and another juror were found in the parking lot and brought back to the courthouse. The court officer called the remaining jurors at their homes, but was unable to reach two jurors. Approximately 25 minutes after the discharge of the appellant, court resumed in order to clarify the verdict. In the presence of both counsel and one juror,

Howard Burke *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BURKE

Référence neutre : 2002 CSC 55.

N° du greffe : 28546.

2002 : 12 mars; 2002 : 21 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Verdict — Validité — Annonce du verdict par le président du jury — Verdict « non coupable » inscrit par le tribunal — Libération du jury et remise en liberté de l'accusé — Signalement peu de temps après au juge du procès de la possibilité que le tribunal ait commis une erreur en inscrivant le verdict — Possibilité que le véritable verdict qu'entendait rendre le jury soit « coupable de l'infraction reprochée » — Enquête limitée sur le verdict menée subséquemment par le juge du procès et substitution du verdict « coupable » au verdict « non coupable » qui avait été inscrit — Le juge du procès avait-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et le modifier? — Y a-t-il lieu de revoir la règle énoncée dans l'arrêt Head?

Au terme du procès pour tentative de meurtre que subissait l'accusé, le président du jury a annoncé le verdict. Le juge du procès, le greffier de la cour et les deux avocats ont entendu « non coupable de l'infraction reprochée ». Le verdict « non coupable » a été inscrit et le jury a été libéré. Pendant qu'elle escortait les jurés hors de la salle d'audience, une fonctionnaire de la cour a demandé au président quel avait été le verdict. Ce dernier a répondu « Vous plaisantez, coupable ». Environ sept à neuf minutes après l'annonce du verdict en salle d'audience, le juge du procès a été avisé de l'erreur apparente. Des efforts ont été déployés pour retrouver les jurés. Le président du jury et un autre juré ont été rejoints dans le stationnement et ramenés à la salle d'audience. La fonctionnaire de la cour a téléphoné aux autres jurés à leur domicile, mais a toutefois été incapable de rejoindre deux d'entre eux. Environ

the foreman confirmed that the verdict was intended to be guilty. The trial judge reconvened court the next day. The full jury and both counsel were present, but the accused was not. Each of the jurors testified that their verdict was "guilty". The trial judge concluded that he had jurisdiction to conduct a limited inquiry into what the actual verdict was and into whether the court had committed an error in recording the verdict. A temporary publication ban was imposed but two articles describing the incident were published in two widely read newspapers. Three days later, at the third inquiry, both the accused and the full jury were present. The court reporter testified that he originally recorded the foreman's response as unclear but when he replayed the tape at normal speed, he heard "guilty as charged"; playing the tape on more sophisticated audio equipment, he heard "not guilty as charged" and was prepared to certify the verdict as such. The trial judge then questioned the jury. The foreman testified that he had cleared his throat in announcing the verdict, and that he had in fact said "guilty as charged". Most of the jurors testified that they had heard something like "guilty", but one testified that she was unable to hear the foreman as he announced the verdict. The trial judge then asked each juror two questions regarding taint or bias. Nine jurors indicated that their testimony had not been influenced by the media or anyone else. Two jurors testified that they had read or heard things in the media about the case but had not been influenced. One juror started to allude to an item he had heard in the media about the case, but the trial judge cut him off before he could give a complete answer.

The trial judge distinguished *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, and held that he had the jurisdiction to change the recorded verdict from "not guilty" to "guilty as charged". He found no air of reality to the suggestion that the jurors were or may have been tainted between the time when the verdict was announced and the time that the jurors were reconvened and testified the next morning. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal, finding that the error in this case was an accidental slip.

25 minutes après la libération de l'appelant, la cour a repris l'audience afin de clarifier la question du verdict. En présence des deux avocats et d'un autre juré, le président du jury a confirmé que le verdict qu'entendait rendre le jury était « coupable ». Le juge du procès a réuni de nouveau le tribunal le lendemain. Le jury au complet et les deux avocats étaient présents, mais non l'accusé. Les jurés ont chacun déclaré que leur verdict était « coupable ». Le juge du procès a conclu qu'il avait compétence pour tenir une enquête limitée en vue de découvrir quel était le verdict véritable et de déterminer si la cour avait commis une erreur en inscrivant le verdict. Une ordonnance temporaire de non-publication a été rendue, mais deux articles décrivant l'événement ont été publiés dans deux journaux à fort tirage. Trois jours plus tard, l'accusé et le jury au complet ont assisté à la troisième enquête. Le sténographe judiciaire a déclaré avoir d'abord inscrit que la réponse du président du jury était imprécise, mais qu'après avoir fait rejouer le ruban à vitesse normale il avait entendu « coupable de l'infraction reprochée »; écoutant de nouveau le ruban à l'aide de matériel audio plus perfectionné, il a entendu « non coupable de l'infraction reprochée » et il était prêt à certifier le verdict en ces termes. Le juge a alors interrogé les jurés. Le président du jury a déclaré qu'il s'était raclé la gorge en prononçant le verdict et que, dans les faits, il avait dit « coupable de l'infraction reprochée ». La plupart des jurés ont témoigné avoir entendu quelque chose comme « coupable », mais une jurée a déclaré ne pas avoir pu entendre le président du jury lorsqu'il a annoncé le verdict. Le juge du procès a posé à chaque juré deux questions au sujet de la possibilité d'influence ou de partialité. Neuf jurés ont indiqué que leur témoignage n'avait pas été influencé par les médias ni par qui que ce soit d'autre. Deux jurés ont déclaré avoir lu ou entendu des choses dans les médias au sujet de l'affaire, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias au sujet de l'affaire, mais le juge du procès l'a interrompu avant qu'il ne puisse donner une réponse complète.

Le juge du procès a distingué l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, de la présente affaire et il a conclu qu'il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit, savoir « non coupable », par « coupable de l'infraction reprochée ». Il n'a accordé aucune vraisemblance à la suggestion que les jurés avaient été ou pouvaient avoir été influencés entre le moment où le verdict a été annoncé et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel de l'accusé, estimant que l'erreur survenue en l'espèce était un lapsus.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.: *Head* cannot be distinguished from the present case. However, the evolving jurisprudence and policy concerns warrant developing an exception to the general rule enunciated in *Head* that a trial judge is *functus officio* and lacks jurisdiction to reconvene the jury to inquire into an alleged error in the verdict once the jury in a criminal trial has been discharged. A trial judge retains the limited and exceptional jurisdiction to recall the jury and conduct a narrow inquiry into the alleged error where the error does not require the jury to reconsider the verdict or continue its deliberations with a view to handing down additional verdicts. This type of error is not properly called "clerical" or "administrative", as those types of errors may be corrected by the judge without recalling the jury.

The first question that a trial judge must ask post-discharge is whether the error requires reconsideration of the verdict. If it does, the general rule in *Head* applies and there are no circumstances under which the judge will retain or otherwise possess jurisdiction to reconvene the jury and conduct an inquiry into the alleged error. If the error does not require the jury to reconsider its verdict, then the trial judge possesses jurisdiction to conduct an inquiry into whether the facts of the case disclose a reasonable apprehension of bias. In determining whether this apprehension is raised, the trial judge must consider all the relevant circumstances of the case, the most crucial circumstance usually being the dispersal of the jury and its probable effect on the minds of reasonable members of the public.

Where the trial judge concludes, post-discharge, that the facts raise a reasonable apprehension of bias, he should declare a mistrial if that is the necessary remedy to prevent a miscarriage of justice. In making that order, the trial judge must consider the rights of the accused and the public, along with the effect of not ordering a mistrial on the administration of justice. On the other hand, if a mistrial is not necessary to prevent a miscarriage of justice, then the trial judge should uphold the verdict as given at trial. Where, however, the trial judge concludes that there is no reasonable apprehension of bias, he must correct the error in the verdict; a mistrial is not available as a remedy.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et LeBel : L'arrêt *Head* ne peut être distingué de la présente affaire. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence ainsi que des considérations de politique générale justifient d'assortir d'une exception la règle générale énoncée dans cet arrêt et selon laquelle, après la libération du jury dans un procès pénal, le juge du procès est dessaisi de l'affaire et n'a pas compétence pour réunir de nouveau le jury et enquêter sur l'erreur qui, allègue-t-on, entacherait le verdict. Lorsque l'erreur en cause ne requiert pas que le jury réexamine son verdict ou poursuive ses délibérations en vue de rendre des verdicts supplémentaires, le juge du procès conserve le pouvoir restreint de réunir de nouveau le jury et de mener une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Une erreur de ce genre ne saurait être qualifiée d'erreur « matérielle » ou « administrative », car de telles erreurs peuvent être corrigées par le juge sans qu'il faille réunir de nouveau le jury.

La première question que le juge du procès doit se poser après la libération du jury est de savoir s'il s'agit d'une erreur requérant le réexamen du verdict. Dans l'affirmative, la règle générale énoncée dans l'arrêt *Head* s'applique, et, en aucun cas, le juge ne conserve ni ne possède de quelque autre façon le pouvoir de réunir de nouveau le jury et d'enquêter sur l'erreur alléguée. Si l'erreur ne requiert pas que le jury réexamine son verdict, le juge du procès a alors compétence pour tenir une enquête, au cours de laquelle il doit se demander si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Pour statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, un facteur crucial étant généralement la dispersion du jury et son effet probable sur l'esprit de membres raisonnables du public.

Lorsque, après la libération du jury, le juge du procès estime que les faits font naître une crainte raisonnable de partialité, il doit prononcer la nullité le procès, si cette solution s'impose pour prévenir une erreur judiciaire. Le juge du procès tient alors compte des droits de l'accusé et de ceux du public, ainsi que de l'effet qu'aurait sur l'administration de la justice la décision de ne pas prononcer la nullité du procès. À l'opposé, si l'annulation du procès n'est pas nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès doit alors maintenir le verdict rendu au procès. Toutefois, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il doit corriger l'erreur entachant le verdict; en pareil cas, il n'y a pas ouverture à l'annulation du procès.

The present case falls within the exception to the general rule in *Head*. The alleged error lay in the faulty transmission and recording of the verdict and, since this error did not involve reconsideration of the verdict, the trial judge had post-discharge jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged error. However, the trial judge did not conduct the proper analysis. Instead of asking whether there was a reasonable apprehension in the minds of right-thinking, properly informed members of the public that the jurors might have been biased or influenced, the trial judge conducted an actual bias test. In this case, the length of time which elapsed between the delivery of the recorded verdict and the point at which the jury was reconvened was substantial; the accused was discharged from custody; the nature and the scope of the jury's dispersal was extensive; and, lastly, the jurors were exposed to the reaction of the public to the recorded verdict during the period when they were absent from the courtroom and to the potentially prejudicial media coverage of this case which appeared before and after the temporary publication ban. When the proper test is applied and all the relevant circumstances are considered in context, there is no question that the facts, particularly the jury's extensive and extended dispersal, establish a reasonable apprehension of bias. As a result, the trial judge did not possess the exceptional jurisdiction to correct the verdict. He retained only the remedial jurisdiction to declare a mistrial. He was therefore in error when he changed the verdict and registered a conviction.

Per Arbour J.: This is an appropriate case to re-examine the rule in *Head*. The trial judge's jurisdiction to inquire as to whether the verdict was correctly recorded is based on the fact that the trial may not have been properly concluded. A verdict other than the intended unanimous verdict of the jury is a nullity. If, as here, the trial judge has a reasonable concern that the verdict might be a nullity, the trial should resume as if the verdict had not been rendered. The trial judge should determine whether the recorded verdict was in fact null and void and if not, the verdict should stand. If the recorded verdict was a nullity, it should be set aside and the trial should resume. The appropriate test is whether there is a "reasonable apprehension of taint or bias". If there is no reasonable apprehension of bias, then there is no perceived threat to the impartiality of the jury and the jury is in the same position as it was prior to the court recording the verdict. Under this approach, the jury is free to continue deliberations if necessary. If there has been a reasonable apprehension of bias, the trial judge's only option is to declare a mistrial and to order a new trial "on such terms as justice may require". In this

La présente affaire relève de l'exception à la règle générale énoncée dans l'arrêt *Head*. L'erreur alléguée découle de la communication et de l'inscription erronées du verdict et, comme cette erreur n'exigeait pas le réexamen du verdict, le juge du procès avait compétence pour enquêter sur celle-ci après la libération du jury. Toutefois, il n'a pas mené la bonne enquête. Plutôt que de se demander si des membres du public sensés et bien renseignés pouvaient raisonnablement craindre que les jurés aient pu être partiaux ou influencés, le juge du procès a appliqué le critère visant à déterminer s'il y avait eu partialité réelle. En l'espèce, il s'est écoulé un délai substantiel entre l'annonce du verdict inscrit et le moment où le jury a été réuni de nouveau, l'accusé a été remis en liberté, la nature et la durée de la dispersion du jury en l'espèce étaient importantes et, enfin, les jurés ont été exposés aux réactions du public à l'égard du verdict durant leur absence de la salle d'audience, ainsi qu'au traitement médiatique potentiellement préjudiciable réservé à cette affaire avant et après l'interdiction temporaire de publication. Lorsque le bon critère est appliqué et que toutes les circonstances pertinentes sont prises en compte eu égard au contexte, il ne fait aucun doute que les faits — en particulier la longue et large dispersion du jury — établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, le juge du procès n'avait plus le pouvoir exceptionnel de corriger le verdict, mais il ne conservait que le pouvoir de prononcer l'annulation du procès. Il a donc commis une erreur en modifiant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité.

Le juge Arbour : La présente affaire constitue une occasion propice au réexamen de la règle énoncée dans *Head*. Le pouvoir du juge du procès d'enquêter sur la question de savoir si le verdict a été inscrit correctement repose sur le fait que le procès n'a peut-être pas pris fin régulièrement. Tout verdict autre que le verdict unanime rendu par le jury est frappé de nullité. Si, comme en l'espèce, le juge du procès craint raisonnablement que le verdict puisse être frappé de nullité, le procès doit se poursuivre comme si le verdict n'avait pas été rendu. Le juge du procès doit déterminer si le verdict qui a été inscrit était effectivement frappé de nullité; dans le cas contraire, le verdict doit être maintenu. Si le juge du procès conclut à la nullité du verdict inscrit, il doit l'écarter et poursuivre le procès. Le critère approprié est celui de la « crainte raisonnable d'influence ou de partialité ». S'il n'y a pas crainte raisonnable de partialité, il y a alors absence de menace apparente à l'impartialité du jury, qui se retrouve dans la position où il était avant l'inscription du verdict par le tribunal. Suivant cette approche, le jury est libre de poursuivre au besoin ses délibérations. S'il y a crainte

case, the extent of the jury's dispersal established a reasonable apprehension of bias and the appropriate remedy is to order a new trial.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): There is agreement with Major J. that the strict rule in *Head* must be rejected in favour of a more refined and flexible analysis, and with the stated test for determining the limits of the exercise of post-discharge jurisdiction. However, whether a verdict can be corrected post-discharge is a highly fact-specific analysis which depends on the totality of the circumstances, including the probable reason for the initial mistake and the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment the error is brought to the trial judge's attention. While dispersal may, in some instances, provide the most compelling evidence on which the test will turn, it is not the deciding factor in a case where, as here, the evidence satisfactorily establishes error in carrying out the court's recording of the jury's true verdict and a failure to correct that error would not serve the administration of justice.

In this case, a reasonable and right-minded person, apprised of the totality of the circumstances, would not conclude that there was a reasonable apprehension of taint. Although the nature and scope of the jury's dispersal and the potential exposure to media coverage raise the possibility of taint, neither of these factors is dispositive given the credible reason for the error and the manner in which it was brought to the court's attention and confirmed by the jury. Mere exposure to media or conversations about the case does not automatically spoil the juror's later statements, especially where, as here, it is abundantly clear that the jury had actually intended to find the accused "guilty". On the particular facts of this case, there was no reasonable apprehension of taint, and it was proper for the trial judge to record the jury's true verdict. To require a new trial or allow the verdict to stand in light of the totality of these circumstances would work a serious injustice to the interests of the state and the general public.

raisonnable de partialité, le juge du procès n'a d'autre choix que de prononcer la nullité du procès et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès « aux conditions que la justice peut exiger ». En l'espèce, l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été établie en raison de la durée de la dispersion du jury, et la réparation qui convient consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Il y a accord avec l'opinion du juge Major selon laquelle la règle stricte énoncée dans l'arrêt *Head* doit être rejetée au profit d'une analyse plus souple et élaborée, ainsi qu'avec le critère applicable pour déterminer les limites de l'exercice de ce pouvoir après la libération du jury. Cependant, la question de savoir si un verdict peut ou non être corrigé après la libération du jury requiert une analyse éminemment factuelle qui, dans chaque cas, dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la cause probable de l'erreur initiale et la durée de la période écoulée entre le verdict original et le moment où l'erreur a été portée à l'attention du juge du procès. Bien que, dans certains cas, la dispersion puisse apporter la preuve la plus convaincante dans l'application du test, elle ne constitue pas le facteur déterminant dans un cas où, comme en l'espèce, la preuve établit de façon satisfaisante qu'une erreur est survenue dans l'inscription par le tribunal du verdict véritable rendu par le jury et où le fait de ne pas corriger cette erreur ne servirait pas l'administration de la justice.

En l'espèce, une personne sensée, raisonnable et au fait de l'ensemble des circonstances ne conclurait pas qu'il y avait crainte raisonnable d'influence. Bien que la nature et la durée de la dispersion des jurés et le fait qu'ils aient pu être exposés à la couverture de l'événement par les médias soulèvent la possibilité d'influence, aucun de ces facteurs n'est concluant vu la cause crédible de l'erreur et la manière dont celle-ci a été signalée au tribunal puis confirmée par le jury. Le seul fait que les jurés aient été exposés aux reportages des médias ou à des conversations au sujet de l'affaire ne vicie pas nécessairement leurs déclarations subséquentes, particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il est très clair que le jury entendait déclarer l'appelé « coupable ». À la lumière des faits particuliers de la présente espèce, il n'existait pas de crainte raisonnable d'influence et le juge du procès était fondé à inscrire le verdict véritable du jury. À la lumière de l'ensemble de ces circonstances, exiger la tenue d'un nouveau procès ou confirmer le verdict serait commettre une très grave injustice envers les intérêts de l'État et du public en général.

Cases Cited

By Major J.

Discussed: *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684; **referred to:** *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171; *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *R. v. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225; *R. v. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656; *R. v. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303; *R. v. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169; *R. v. Z.A.*, Eng. C.A., March 8, 1999, unreported; *People v. Powell*, 221 P.2d 117 (1950); *State v. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (1956); *State v. Fornea*, 140 So.2d 381 (1962); *Commonwealth v. Brown*, 323 N.E.2d 902 (1975); *State v. Edwards*, 552 P.2d 1095 (1976); *Webber v. State*, 652 S.W.2d 781 (1983); *Burchett v. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (1987); *People v. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (1991); *State v. Myers*, 459 S.E.2d 304 (1995); *Montanez v. People*, 966 P.2d 1035 (1998); *State v. Green*, 995 S.W.2d 591 (1999); *Martin v. State*, 732 So.2d 847 (1998); *United States v. Dotson*, 817 F.2d 1127 (1987), am. 821 F.2d 1034 (1987); *Bricmont v. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *People v. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (1971); *R. v. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. x; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. x; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii; *R. v. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. xii; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL).

By Arbour J.

Discussed: *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Head, [1986] 2 S.C.R. 684; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *State v. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (1995); *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 644(1), 647(1), (2), (4).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt analysé : *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *R. c. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. c. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171; *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *R. c. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225; *R. c. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656; *R. c. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303; *R. c. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169; *R. c. Z.A.*, C.A. Angl., le 8 mars 1999, inédit; *People c. Powell*, 221 P.2d 117 (1950); *State c. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (1956); *State c. Fornea*, 140 So.2d 381 (1962); *Commonwealth c. Brown*, 323 N.E.2d 902 (1975); *State c. Edwards*, 552 P.2d 1095 (1976); *Webber c. State*, 652 S.W.2d 781 (1983); *Burchett c. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (1987); *People c. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (1991); *State c. Myers*, 459 S.E.2d 304 (1995); *Montanez c. People*, 966 P.2d 1035 (1998); *State c. Green*, 995 S.W.2d 591 (1999); *Martin c. State*, 732 So.2d 847 (1998); *United States c. Dotson*, 817 F.2d 1127 (1987), mod. 821 F.2d 1034 (1987); *Bricmont c. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *People c. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (1971); *R. c. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. x; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. Lessard*, [1992] R.J.Q. 1205, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. vii; *R. c. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20, autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. xii; *R. c. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL).

Citée par le juge Arbour

Arrêt analysé : *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684.

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

R. c. Head, [1986] 2 R.C.S. 684; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148; *State c. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (1995); *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 644(1), 647(1), (2), (4).

Authors Cited

Maric, Vaso. Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 53 O.R. (3d) 600, 153 C.C.C. (3d) 97, 41 C.R. (5th) 134, 143 O.A.C. 286, [2001] O.J. No. 1119 (QL), dismissing the appellant's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1997] O.J. No. 5568 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

David M. Tanovich, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The main issue in this appeal is whether a trial judge has jurisdiction, after discharge of the jury, to correct an improperly recorded verdict. More specifically, the question here is whether the trial judge had jurisdiction post-discharge to change a wrongly recorded “not guilty” verdict to the jury's true verdict: “guilty as charged”.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Major J., and I respectfully disagree with him on two issues, namely, the elements of the test to be applied by trial judges in these circumstances and the result he reaches.

I. Limits on Post-Discharge Jurisdiction

I agree with Major J., for the reasons he gives, that the strict rule announced in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, must be rejected in favour of “a more refined and flexible analysis” that confers upon trial judges the jurisdiction to correct a criminal verdict

Doctrine citée

Maric, Vaso. Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 600, 153 C.C.C. (3d) 97, 41 C.R. (5th) 134, 143 O.A.C. 286, [2001] O.J. No. 1119 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1997] O.J. No. 5568 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

David M. Tanovich, pour l'appelant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question principale que pose ce pourvoi est de décider si le juge du procès a compétence, après la libération du jury, pour corriger un verdict incorrectement inscrit. Plus précisément, il s'agit ici de déterminer si le juge du procès avait le pouvoir, après la libération du jury, de substituer au verdict [TRADUCTION] « non coupable », qui avait été inscrit erronément, le véritable verdict du jury, soit « coupable de l'infraction reprochée ».

J'ai eu l'avantage des motifs de mon collègue le juge Major et, avec déférence, je dois exprimer mon désaccord avec lui sur deux points : les éléments du test que doit appliquer le juge du procès en de telles circonstances et le résultat auquel il arrive.

I. Limites de la compétence du tribunal après la libération du jury

À l'instar du juge Major, je suis d'avis, pour les raisons qu'il invoque, que la règle stricte énoncée dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, doit être rejetée au profit d'« une analyse plus souple et élaborée » accordant au juge qui préside un procès

1

2

3

post-discharge in certain limited circumstances. I also agree with Major J.'s reasons that the test for determining the limits of the exercise of post-discharge jurisdiction is "reasonable apprehension of taint" which requires that "an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — [would] conclude" that taint likely occurred. As this Court has previously explained, the reasonable apprehension test requires a determination that an informed person would think that it is more likely than not that the jury upon recall after discharge would not decide fairly; "[t]he grounds for this apprehension must . . . be substantial and I . . . refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the 'very sensitive or scrupulous conscience'": see *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 31 (quoting *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 395, *per de Grandpré J.* (writing for the majority on this issue)).

4

I respectfully disagree, however, with the heavy emphasis Major J. places on dispersal as an element in establishing reasonable apprehension of taint. Whether or not a verdict can be corrected post-discharge is a highly fact-specific analysis and one which, in every case, will depend on the totality of the circumstances, including the probable reason for the initial mistake and the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment the error is brought to the trial judge's attention: see *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.), at p. 154. Often, it will not be practical to use an essentially bright-line test of dispersal to determine whether a jury verdict can be corrected; as Lamer J. pointed out in *Head, supra*, at p. 700 (quoting *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at para. 2355):

It has occasionally been said that this correction must be claimed before the jury are discharged, but this seems unsound because such errors are seldom ascertained until

criminel le pouvoir de corriger le verdict après la libération du jury dans certaines circonstances limitées. Je souscris également à l'opinion du juge Major selon laquelle le critère applicable pour déterminer les limites de l'exercice de ce pouvoir est celui de la « crainte raisonnable d'influence », lequel exige qu'« une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique » arrive à la conclusion que le jury a vraisemblablement été influencé. Comme l'a déjà expliqué notre Cour, suivant le critère de la crainte raisonnable d'influence, le tribunal doit se demander si une personne bien renseignée croirait qu'il est vraisemblable que le jury, réuni de nouveau après sa libération, ne rende pas une décision juste; « les motifs de crainte doivent être sérieux et je [. . .] refuse d'admettre que le critère doit être celui d'« une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne » » : voir *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 31 (citant l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 395, le juge de Grandpré (qui s'exprimait pour la majorité sur cette question)).

En toute déférence, toutefois, je n'accorde pas la même importance que juge Major à la dispersion du jury en tant qu'élément permettant d'établir l'existence d'une crainte raisonnable d'influence. La question de savoir si un verdict peut ou non être corrigé après la libération du jury requiert une analyse éminemment factuelle qui, dans chaque cas, dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la cause probable de l'erreur initiale et la durée de la période écoulée entre le verdict original et le moment où l'erreur a été portée à l'attention du juge du procès : voir l'arrêt *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.), p. 154. Il n'est souvent pas pratique de recourir à un critère de dispersion essentiellement rigide pour décider si le verdict d'un jury peut être corrigé; comme l'a souligné le juge Lamer dans *Head*, précité, p. 700 (citant *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, par. 2355) :

[TRADUCTION] On a parfois soutenu qu'il faut demander cette rectification avant que le jury ne soit libéré, mais cet argument semble porter à faux parce que de telles

after the jury have separated and conversed out of court, and if the error is satisfactorily established, there can hardly be any fixed time to limit its correction.

Given that the general rule prohibiting post-discharge jurisdiction serves to protect the interests of justice, it is axiomatic that an exception to that rule must serve the interests of justice in a way that adherence to the rule could not. Where it is carefully established that an error was made in recording the jury's true verdict, the interests of justice will rarely be served by prohibiting the trial judge from altering the verdict as entered. Such a rigid adherence to procedural niceties, in my view, would undermine, rather than strengthen, the public's confidence in our jury system by impeding the ascertainment of truth and justice. As the court in *State v. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (Wis. 1995), concluded, at p. 151:

It is not difficult, however, to imagine a scenario where an incorrect verdict transcription could result in a serious injustice. The public policy considerations of promoting a jury's freedom of deliberation, the stability and finality of judgments and protecting jurors against annoyance and embarrassment are indeed noble and must be taken into account; however, these considerations may not completely trump the ascertainment of the "truth" as actually found by the jury.

In the instance of an erroneously entered guilty verdict, it would be a serious injustice to allow an innocent person to remain in prison simply because members of the jury had separated or mingled with the public. There is no guarantee that the Attorney General would forego the holding of a new trial, given the limited inquiry concerning the verdict, and no certainty that a new trial would produce the same result. Even if bail were granted, the innocent person's burden would be great. I believe that it is also society's interest that those found guilty do not go free.

erreurs sont rarement constatées avant que les jurés ne se soient dispersés et qu'ils n'aient eu des conversations hors de la salle d'audience et, si l'erreur est établie d'une manière satisfaisante, sa rectification ne peut guère être soumise à un délai fixe.

Comme la règle générale excluant la compétence du tribunal après la libération du jury vise à protéger les intérêts de la justice, il va de soi que toute exception à cette règle doit servir les intérêts de la justice d'une manière que ne permettrait pas de faire le respect de la règle. Lorsqu'il est soigneusement établi qu'une erreur est survenue dans l'inscription du verdict véritable du jury, rares sont les cas où les intérêts de la justice seraient servis en interdisant au juge du procès de rectifier le verdict qui a été inscrit. Selon moi, une application aussi stricte de certaines technicalités procédurales aurait plutôt pour effet de miner — et non de renforcer — la confiance du public dans notre système de procès par jury en empêchant de faire éclater la vérité et la justice. Comme l'a dit le tribunal dans l'arrêt *State c. Williquette*, 526 N.W.2d 144 (Wis. 1995), p. 151 :

[TRADUCTION] Il n'est toutefois pas difficile d'imaginer un scénario dans lequel la transcription erronée du verdict pourrait donner lieu à une grave injustice. Il va de soi que les considérations de politique générale comme le fait de favoriser des délibérations franches au sein du jury, la stabilité et le caractère définitif des jugements et la protection des jurés contre les ennuis et les désagréments sont des objectifs nobles, qui doivent être pris en compte; mais ces considérations ne sauraient toutefois l'emporter entièrement sur la manifestation de la « vérité », telle qu'elle a été constatée par le jury.

Dans les cas où un verdict de culpabilité aurait été inscrit à tort, ce serait commettre une grave injustice que de permettre qu'une personne innocente demeure en prison uniquement parce que des membres du jury se sont dispersés ou mêlés au public. Rien ne garantit que le procureur général renoncerait à la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de l'enquête limitée qui est effectuée au sujet du verdict, ni qu'un nouveau procès aboutirait au même résultat. Même si cette personne innocente était libérée sous caution, elle se verrait néanmoins imposer un lourd fardeau. Je crois que la société a également intérêt à ce que les personnes déclarées coupables ne soient pas remises en liberté.

6

While dispersal may, in some instances, provide the most compelling evidence on which the test will turn, I do not think dispersal acts as the deciding factor in a case where, as here, the evidence satisfactorily establishes error in carrying out the court's recording of the jury's true verdict and a failure to correct that error would not serve the administration of justice.

II. Application of the Law to the Facts of this Case

7

In stating the verdict, the foreperson coughed or stuttered, causing listeners to hear different verdicts. The verdict as pronounced was never repeated or confirmed by the court. Although the trial judge thought he heard "not guilty as charged", later that same afternoon, he admitted to having "a raging head cold" and acknowledged that there was something "unusual" about the verdict. The court reporter initially recorded the foreperson's verdict as "(inaudible) guilty as charged" and, when examined the next day, testified that he "couldn't be sure" what the foreperson said at the moment of hearing it. Even after replaying the original tape in the courtroom "eight to twelve" times, he was unable to discern what the verdict was (albeit at "normal speed" he heard "guilty as charged"). The court officer testified that she had been unable to understand the foreperson due to a "rumbling" or "gurgling" noise he made while delivering the verdict. Ten of the eleven jurors testified under oath that they heard the foreperson say "guilty", the eleventh stated that she was not able to hear the verdict as announced. The foreperson testified that he sometimes stammered and also had a soft tone of voice, but that he had said "guilty as charged".

Bien que, dans certains cas, la dispersion puisse apporter la preuve la plus convaincante dans l'application du test, je ne pense pas qu'elle constitue le facteur déterminant dans un cas où, comme en l'espèce, la preuve établit de façon satisfaisante qu'une erreur est survenue dans l'inscription par le tribunal du verdict véritable rendu par le jury et où le fait de ne pas corriger cette erreur ne servirait pas l'administration de la justice.

II. Application du droit pertinent aux faits de l'espèce

Lorsqu'il a prononcé le verdict, le président du jury a toussé ou bégayé et les personnes présentes n'ont pas toutes entendu le même verdict. Le verdict qui a été prononcé n'a jamais été répété ni confirmé par le tribunal. Quoique le juge du procès ait cru entendre [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée », il a admis, plus tard le même après-midi, qu'il souffrait d'un « rhume de cerveau aigu » et reconnu qu'il y avait quelque chose « d'inhabituel » à propos du verdict. Le sténographe judiciaire a d'abord consigné en ces termes le verdict du président du jury [TRADUCTION] « (inaudible) coupable de l'infraction reprochée » puis, lorsqu'il a été interrogé le lendemain, il a déclaré qu'il ne [TRADUCTION] « pouvait dire avec certitude » ce que le président du jury avait dit au moment où il a entendu l'annonce du verdict. Même après avoir réentendu [TRADUCTION] « huit à douze » fois le ruban original dans la salle d'audience, il a été incapable de discerner quel était exactement le verdict (bien qu'à « vitesse normale » il entendait « coupable de l'infraction reprochée »). La fonctionnaire de la cour a témoigné ne pas avoir été capable de comprendre le président du jury en raison d'un [TRADUCTION] « borborygme » ou « gargouillement » fait par ce dernier alors qu'il prononçait le verdict. Dix des onze autres jurés ont témoigné sous serment qu'ils avaient entendu le président du jury dire [TRADUCTION] « coupable », tandis que la onzième jurée a déclaré n'avoir pu entendre le verdict qui a été prononcé. Le président du jury a déclaré qu'il lui arrivait de bégayer et, en plus, que le ton de sa voix était doux, mais il a témoigné qu'il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ».

Also significant in this case is the manner in which the error was brought to the attention of the court. After the verdict was announced on September 18, the jury was escorted by the court officer from the courtroom to the jury room. Within about 30 seconds after leaving the courtroom, the court officer asked the foreperson what the verdict was. At this point, all 12 jurors were back in the jury room and still within the care and control of the court. In the presence of all of the other members of the jury, the foreperson replied, "You're kidding, guilty". Although some of the jurors were in a position to overhear what was said, none of them contradicted the foreperson's statement. The jurors were then escorted down a private elevator in order to exit the building, which is typical when there is a guilty verdict. On the way back to her office, the court officer heard that the court deputy had said that the verdict was "not guilty". She testified that she knew immediately that an error had been made.

Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court, the court officer informed the trial judge of the error. Two constables at the court found the foreperson and another juror in the parking lot. Both jurors were alone and separately confirmed to one of the constables that the verdict was guilty. Within about 25 minutes of the discharge of the appellant, the trial judge had the foreperson and the other juror back in court. Under oath, the foreperson confirmed to the trial judge that the jury's verdict was guilty and that he had pronounced a guilty verdict in the courtroom. In my view, there is no question of the foreperson's verdict being altered as a result of anything he heard after returning the initial verdict; any possibility that he was tainted after exiting the building into the parking lot is completely mitigated by the fact that he had already disclosed the error to the court officer while still within the care and control of the court.

Un autre élément significatif en l'espèce est la manière dont l'erreur a été signalée au tribunal. Après l'annonce du verdict, le 18 septembre, les jurés ont été escortés de la salle d'audience à la salle des jurés par la fonctionnaire de la cour. Moins de 30 secondes après la sortie de la salle d'audience, la fonctionnaire a demandé au président quel était le verdict. À ce moment-là, les 12 jurés étaient revenus dans la salle des jurés et demeuraient encore sous l'autorité et la surveillance du tribunal. En présence de tous les autres membres du jury, le président du jury lui a répondu [TRADUCTION] « Vous plaisantez, coupable ». Même si certains des jurés étaient assez proches pour entendre cette conversation, aucun d'entre eux n'a contredit la déclaration du président du jury. Les jurés ont alors pris, sous escorte, un ascenseur privé les conduisant à la sortie de l'immeuble, ce qui est la procédure habituelle en cas de verdict de culpabilité. À son retour au bureau, la fonctionnaire de la cour a appris que le greffier avait dit que le verdict était [TRADUCTION] « non coupable ». Elle a témoigné s'être aperçue immédiatement qu'une erreur venait de se produire.

Sept à neuf minutes environ après le prononcé du verdict dans la salle d'audience, la fonctionnaire de la cour a avisé le juge du procès de l'erreur. Deux agents de police affectés à la cour ont rejoint le président du jury et un autre juré dans le stationnement. Chaque juré était seul et les deux ont confirmé séparément à l'un des agents que le verdict était « coupable ». Environ dans les 25 minutes qui ont suivi la remise en liberté de l'appelant, le juge du procès avait réuni le président du jury et l'autre juré dans la salle d'audience. Le président du jury a confirmé sous serment au juge du procès que le verdict du jury était « coupable » et qu'il avait prononcé un verdict de culpabilité dans la salle d'audience. À mon avis, il est exclu que le verdict du président du jury ait été modifié par suite de quoi que ce soit qu'il ait pu entendre après avoir rendu le verdict initial; toute possibilité qu'il ait pu être influencé après être sorti de l'immeuble et s'être rendu dans le stationnement est complètement exclue du fait qu'il avait déjà révélé l'erreur à la fonctionnaire de la cour pendant qu'il était encore sous l'autorité et la surveillance de la cour.

10

Around the time the trial judge was questioning the foreperson, the court officer called the remaining 10 jurors at their homes and asked them to return to the courthouse. She also asked one of the jurors on the phone “off the record” what the verdict was; like the foreperson and the other juror found in the parking lot, the juror said “guilty”.

11

The trial judge reconvened court the following morning. The full jury was present, and each of the jurors unequivocally testified that the verdict was “guilty”, including the foreperson who repeated that he had said “guilty as charged”. On September 23, the jury was again reconvened and each juror was separately asked to repeat the verdict as pronounced as well as the verdict they had agreed to. Once again, all responded “guilty” to both inquiries, except for one juror who testified that she did not hear the foreperson as he announced the verdict, but that there was “not a doubt in [her] mind at all” as to what the actual verdict was. Although, as Major J. points out, two jurors testified that they had read and heard statements about the case in the media, I think it is important to stress that both unequivocally and consistently testified that the true verdict was guilty. The first indicated that he was certain what verdict the jury had reached: “I read the articles on the weekend but they had no influence. The verdict was given. The verdict is what it was. We spent almost – close to 15 hours in deliberations. There was no question” (emphasis added). Similarly, the latter testified that there was “not a doubt in [her] mind at all” as to what the verdict was. The juror who started to allude to something he had heard in the media but was prevented by the trial judge from completing his testimony on that point was asked not only whether he heard anything that affected, but also anything that might have affected, his testimony in court. He replied: “Absolutely not”.

Pendant que le juge du procès interrogeait le président du jury, la fonctionnaire de la cour a téléphoné aux 10 autres jurés à leur résidence pour leur demander de revenir au palais de justice. Elle a alors demandé [TRADUCTION] « officieusement » à l'un des jurés quel était le verdict; à l'instar du président du jury et de l'autre juré rejoint dans le stationnement, ce juré a répondu [TRADUCTION] « coupable ».

Le juge du procès a de nouveau réuni le tribunal le lendemain matin. Le jury au complet y était et chaque juré a déclaré de manière non équivoque que le verdict était [TRADUCTION] « coupable », y compris le président du jury, qui a répété qu'il avait dit « coupable de l'infraction reprochée ». Le 23 septembre, le jury a une fois de plus été réuni et chacun d'eux a été appelé séparément à répéter le verdict tel qu'il avait été annoncé ainsi que le verdict qu'ils avaient arrêté. Encore une fois, tous ont répondu [TRADUCTION] « coupable » aux deux questions, sauf pour une jurée qui a déclaré qu'elle n'avait pas entendu le président du jury au moment où il a annoncé le verdict, mais que le verdict véritable [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute dans [son] esprit ». Bien que, comme le souligne le juge Major, deux jurés aient déclaré avoir lu et entendu des reportages à propos de l'affaire dans les médias, je pense qu'il est important de signaler qu'ils ont tous deux maintenu catégoriquement que le verdict véritable était « coupable ». Le premier a dit qu'il était certain du verdict arrêté par le jury : [TRADUCTION] « J'ai lu les articles pendant la fin de semaine, mais ils n'ont eu aucune influence sur moi. Le verdict avait été rendu. Le verdict est ce qu'il était alors. Nous avons passé presque – pratiquement 15 heures à délibérer. Il n'y avait pas de doute » (je souligne). De même, l'autre a dit que le verdict [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute dans [son] esprit ». Le juré qui a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias, mais qui a été empêché par le juge du procès de compléter son témoignage sur ce point, s'est vu demander non seulement s'il avait entendu quelque chose qui avait influencé son témoignage devant le tribunal, mais également s'il avait entendu quelque chose qui aurait pu influencer son témoignage. Il a répondu : [TRADUCTION] « Absolument pas ».

Taking into consideration the totality of the circumstances, I do not think there was a reasonable apprehension of taint in this case. Although the nature and scope of the jury's dispersal and the potential exposure to media coverage raise the possibility of taint, neither of these factors is dispositive given the credible reason for the error and the manner in which it was brought to the court's attention and confirmed by the jury. Even though the other jurors did not confirm the error until the next day, it is significant that the court officer was told the jury's actual verdict within seconds after the verdict was pronounced and before the foreperson had any opportunity to mingle with the public. Also significant is the fact that the foreperson communicated the true verdict to the judge within a very short period of time. The jurors who were recalled on September 19, the morning after the verdict was returned, were simply confirming the correct verdict that had already been communicated by the foreperson to the trial judge the previous day. The evidence indicates that until they were called at home after the trial, these jurors were under the impression that the verdict announced in court was guilty.

In short, from the conclusion of the trial through the third and final inquiry, every single juror, whether asked off the record or under oath, consistently, repeatedly, and unequivocally confirmed that the verdict was "guilty". A reasonable and right-minded person, apprised of these circumstances, would not conclude that there was a reasonable apprehension of taint in this case; quite simply, "[t]he clear evidence of [undue influence] required to sustain a reasonable apprehension of [taint] is nowhere to be found": *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 58. To require a new trial or allow the incorrect verdict to stand in light of the totality of these circumstances would work a serious injustice to the interests of the state and the general public "since it forces the court to tell the jurors that despite the fact that they have dutifully carried out the oath that they had sworn to uphold by listening to [20] days of evidence and then rendering a unanimous and otherwise valid verdict, their decision must be ignored": V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, at p. 136. I have utmost faith in the

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne pense pas qu'il y ait eu quelque crainte raisonnable d'influence en l'espèce. Bien que la nature et la durée de la dispersion des jurés et le fait qu'ils aient pu être exposés à la couverture de l'événement par les médias soulèvent la possibilité d'influence, aucun de ces facteurs n'est concluant vu la cause crédible de l'erreur et la manière dont celle-ci a été signalée au tribunal puis confirmée par le jury. Même si les autres jurés n'ont confirmé l'erreur que le lendemain, il faut souligner que la fonctionnaire de la cour a appris le verdict véritable du jury dans les secondes qui ont suivi son prononcé et avant que le président du jury n'ait eu l'occasion de se mêler au public. Autre fait notable, le président du jury a communiqué le verdict véritable au juge dans un très court délai. Les jurés qui ont été rappelés le 19 septembre, le lendemain matin du prononcé du verdict, n'ont fait que confirmer le verdict véritable qui avait déjà été communiqué la veille au juge du procès par le président du jury. La preuve indique que, jusqu'à ce qu'on les rejoigne par téléphone à domicile après le procès, ces jurés avaient l'impression que le verdict qui avait été annoncé en salle d'audience était « coupable ».

En somme, de la clôture du procès jusqu'à la fin de la troisième et dernière enquête, chaque juré a — soit en réponse à une question officieuse soit dans une déposition sous serment — confirmé de manière constante, répétée et non équivoque que le verdict était « coupable ». Une personne sensée et raisonnable, au fait de ces circonstances, ne conclurait pas qu'il y avait crainte raisonnable d'influence en l'espèce; bref, « [i]l n'y a pas de preuve établissant clairement l'existence [d'influence indue] justifiant une crainte raisonnable [d'influence] » : *S. (R.D.)*, précité, par. 58. Exiger la tenue d'un nouveau procès ou confirmer le verdict inexact, à la lumière de l'ensemble de ces circonstances, serait commettre une très grave injustice envers les intérêts de l'État et du public en général, [TRADUCTION] « puisqu'[une telle décision] oblige le tribunal à dire aux jurés que, en dépit du fait qu'ils aient dûment respecté leur serment et écouté [20] jours de témoignages et de plaidoiries puis rendu un verdict unanime et par ailleurs valide, leur décision doit être écartée » : V. Maric, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135,

public's ability to understand the error that took place here and the need for flexibility on the part of judges to take appropriate steps to remedy errors of this nature. It strikes me that any confusion on the part of the public will stem from the decision to expend the Crown's resources on another trial even though there is no reasonable apprehension of taint and no doubt that the jury's true verdict was "guilty".

14

In any event, I wholly disagree with Major J. that the trial judge's conclusion was incomplete and resulted in an error of law. I believe instead that considerable deference is owed to the trial judge's largely fact-driven conclusion that there is "absolutely no air of reality to the suggestion that there was or may have been tainting in respect of any one or more of the members of the jury between the time the verdict was announced on the afternoon of September 18, 1997 and the time the members of the jury reconvened and testified the following morning" in this case. This conclusion was based, not by "focuss[ing] solely on whether the jurors were actually influenced" (emphasis in original), as Major J. suggests (at para. 89), but rather on an objective consideration of the totality of the circumstances; indeed, the "air of reality" test applied by the trial judge, like the reasonable apprehension of taint inquiry, looks to the viewpoint of a reasonable person properly informed of the situation: see *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29. The trial judge conducted an extensive three-day inquiry in which all relevant persons, including the court reporter, the court officer, the registrar, the court constables, and all 12 members of the jury, were carefully examined. As Weiler J.A. noted in her reasons in the Court of Appeal, at para. 45: "The trial judge ensured that the process in which he engaged was fair to the accused. Having regard to the fact the accused was not present [of his own accord] when some of the evidence was heard, he had the witnesses repeat all of the evidence to ensure that the appellant was not prejudiced." In my view, the factors that the trial judge took into account, namely, the reason for the error, the manner in which it came to his attention, and the clear and unequivocal

p. 136. Je suis entièrement convaincue que le public est en mesure de comprendre l'erreur survenue en l'espèce et la nécessité d'accorder aux juges la souplesse nécessaire pour prendre les mesures qui s'imposent afin de remédier aux erreurs de cette nature. J'estime que toute confusion qui pourrait naître au sein du public découlera de la décision de consacrer les ressources de l'État à la tenue d'un autre procès, même s'il n'y a aucune crainte raisonnable d'influence et s'il ne fait aucun doute que le verdict véritable du jury était « coupable ».

Quoi qu'il en soit, je ne saurais souscrire à l'opinion du juge Major que la conclusion du juge du procès était incomplète et a entraîné une erreur de droit. Je crois plutôt qu'il faut faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la conclusion largement factuelle du juge du procès selon laquelle, en l'espèce, [TRADUCTION] « la suggestion qu'un ou plusieurs des membres du jury aient été influencés ou aient pu l'être entre le moment de l'annonce du verdict, dans l'après-midi du 18 septembre 1997, et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin n'a absolument aucune vraisemblance ». Cette conclusion a été tirée non pas en « s'attach[ant] uniquement à la question de savoir si les jurés avaient été réellement influencés » (souligné dans l'original), comme le suggère le juge Major (au par. 89), mais plutôt au terme de l'examen de l'ensemble des circonstances; de fait, tout comme l'analyse relative à la crainte raisonnable d'influence, le critère de la « vraisemblance » qu'a appliqué le juge du procès tient compte du point de vue d'une personne raisonnable et bien au fait de la situation : voir *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29. Le juge du procès a mené une enquête approfondie de trois jours au cours de laquelle toutes les personnes intéressées — y compris le sténographe judiciaire, la fonctionnaire de la cour, le greffier, les agents de police affectés à la cour ainsi que les 12 membres du jury — ont été soigneusement interrogées. Comme le souligne madame le juge Weiler de la Cour d'appel au par. 45 de ses motifs : [TRADUCTION] « Le juge du procès a fait en sorte que le processus qu'il avait choisi soit équitable envers l'accusé. Eu égard au fait que [par choix] l'accusé n'était pas présent quand une partie de la preuve a été entendue, le juge du procès a demandé

statements of the jurors that the verdict was “guilty as charged”, favour dismissal. I am not persuaded that dispersal of the jury was the overriding factor that the trial judge should have considered.

The trial judge was aware of the publicity surrounding the verdict as well as the possibility that some, perhaps even all, of the jurors were exposed to reactions by the public and the media. Unlike my colleague, however, I do not believe that mere exposure to media or conversations about the case automatically spoils the juror’s later statements, especially where, as here, it is abundantly clear that the jury had actually intended to find the appellant “guilty”. In another case with a different set of facts, we might find dispositive the fact that a discharged juror potentially mingled with the public or read media reports of the trial. On the particular facts of this case, however, there was no reasonable apprehension of taint, and it was proper for the trial judge to record the jury’s true verdict.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

At issue in this appeal are important considerations of our justice system, particularly that of the jury.

In criminal cases the jury must be unanimous to convict or acquit; a failure to reach a verdict results in a mistrial. An essential ingredient of that process

aux témoins de reprendre leur témoignage au complet afin de s’assurer que l’appelant ne subisse pas de préjudice. » À mon avis, les facteurs dont le juge du procès a tenu compte, à savoir la cause de l’erreur, la manière dont celle-ci a été portée à son attention et les déclarations claires et non équivoques des jurés portant que le verdict était [TRADUCTION] « coupable de l’infraction reprochée », militent en faveur du rejet du pourvoi. Je ne suis pas convaincue que la dispersion du jury était le principal facteur que le juge du procès aurait dû prendre en considération.

Le juge du procès était au fait de toute la publicité qui avait entouré le verdict et de la possibilité que certains jurés, voire tous, aient été exposés aux réactions du public et des médias. Contrairement à mon collègue, toutefois, je ne crois pas que le seul fait que les jurés aient été exposés aux reportages des médias ou à des conversations au sujet de l’affaire vicié nécessairement leurs déclarations subséquentes, particulièrement dans les cas où, comme en l’espèce, il est très clair que le jury entendait déclarer l’appelant [TRADUCTION] « coupable ». Il est possible que, dans une affaire ultérieure comportant un contexte factuel différent, nous jugions déterminant le témoignage d’un juré qui, une fois libéré, a pu se mêler au public ou lire dans les médias des reportages sur le procès. À la lumière des faits particuliers de la présente espèce, cependant, il n’existait pas de crainte raisonnable d’influence et le juge du procès était fondé à inscrire le verdict véritable du jury.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève d’importantes considérations touchant notre système de justice, particulièrement l’institution du jury.

Dans les instances pénales, le verdict de culpabilité ou d’acquiescement doit être rendu à l’unanimité par le jury. L’incapacité de celui-ci à s’entendre sur

15

16

17

18

is that the presiding judge is fully aware of the decision and is also aware that it is the decision of each and every juror.

19

Canadians repose confidence in our jury system, a system that has remained essentially unchanged since our country was founded. The public expects a fair and final verdict from its juries. Any departure from those standards would, to the detriment of the country, erode that confidence. We cannot permit that erosion.

20

This appeal arises from a unique set of circumstances which raises these concerns. To all public appearances, the appellant Howard Burke was acquitted by a jury on the charge of attempted murder. The foreman announced the verdict. In doing so, he either stuttered or cleared his throat such that different people in the courtroom heard different versions of the verdict. The trial judge heard “not guilty” and recorded the verdict as such. The jury had actually intended to find the appellant “guilty”.

21

The trial judge excused the jury, and shortly after their exit, discharged the accused. Soon after the jury’s discharge, a court officer discovered that the foreman believed that the jury had delivered a verdict of guilty. Upon being informed of the error, the trial judge held several inquiries into what had taken place. The trial judge concluded that he had jurisdiction to change the recorded verdict to “guilty as charged” and register a conviction.

22

The issue at the heart of this appeal is whether a trial judge has jurisdiction in a criminal trial to inquire into and possibly correct an error in the verdict after the discharge of the jury, and if so, the extent to which such jurisdiction exists. I conclude that such jurisdiction may exist in certain unusual circumstances.

le verdict entraîne l’annulation du procès. Un aspect essentiel de ce processus est que le juge président le procès sache parfaitement quelle est cette décision et que celle-ci a l’aval de chacun des jurés.

Les Canadiennes et les Canadiens ont confiance dans notre système de procès devant jury, lequel est demeuré pratiquement inchangé depuis la création de notre pays. Le public attend des jurys qu’ils prononcent des verdicts justes et définitifs. Toute dérogation à ces normes aurait pour effet d’ébranler cette confiance et de nuire à notre pays. Nous ne saurions permettre une telle érosion.

Le présent pourvoi découle d’un ensemble exceptionnel de circonstances, qui soulèvent ces diverses considérations. Selon toutes les apparences extérieures, l’appelant Howard Burke a été acquitté par un jury de l’accusation de tentative de meurtre qui pesait contre lui. Le président du jury a annoncé le verdict. Au moment de l’annonce, il semble qu’il ait bégayé ou se soit raclé la gorge et, de ce fait, les personnes présentes dans la salle d’audience n’ont pas entendu le même verdict. Le juge du procès a entendu les mots [TRADUCTION] « non coupable » et inscrit ce verdict. Dans les faits, le jury entendait plutôt déclarer l’accusé « coupable ».

Le juge du procès a libéré les jurés puis, après leur sortie, il a remis l’accusé en liberté. Peu de temps après la libération du jury, une fonctionnaire de la cour s’est rendu compte que le président du jury croyait que le jury avait prononcé un verdict de culpabilité. Dès qu’il a été avisé de l’erreur, le juge du procès a mené plusieurs enquêtes pour savoir ce qui s’était passé. Il a conclu qu’il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit par celui de [TRADUCTION] « coupable de l’infraction reprochée » et pour inscrire une déclaration de culpabilité.

La question qui est au cœur du pourvoi est de savoir si, dans une instance criminelle, le juge du procès a compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur une erreur relative au verdict et possiblement pour corriger cette erreur et, dans l’affirmative, quelle est l’étendue de cette compétence. Je conclus à l’existence de cette compétence dans certaines circonstances exceptionnelles.

There are four possible outcomes of a jury trial:

- (1) The jury renders the verdict that it intended. The jury is discharged and the trial has concluded. This is the usual result.
- (2) The jury does not render the verdict it intended. The jury is not yet discharged. The trial judge retains jurisdiction to record the intended verdict.
- (3) The jury does not render the verdict it intended. The jury is discharged by the trial judge but, unlike the strict rule in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, the trial judge retains a narrow post-discharge jurisdiction to recall the jury for the purposes of an equally narrow inquiry into the alleged error, the focus of the inquiry being whether there is a reasonable apprehension of bias. This jurisdiction to recall the jury for an inquiry exists only for unintended errors; the trial judge cannot recall the jury to make any changes to the verdict that require further jury deliberation. If there is no reasonable apprehension of bias, the trial judge can and should correct the erroneous verdict.
- (4) The jury does not render the verdict it intended. The jury is discharged, the trial judge recalls them for an inquiry, and the inquiry establishes a reasonable apprehension of bias. Normally, such an apprehension is only likely to arise where the jury has dispersed. Dispersal of the jury means that the jury has ceased to operate as a single unit, and has separated and mingled (or had the opportunity to mingle) with the public. Dispersal is a crucial factor in determining whether or not there is a reasonable apprehension of bias. If the trial judge concludes that there is a reasonable apprehension of bias, the trial judge cannot record the intended verdict, because the trial, in a manner of speaking, has reached the end of the road. However, in order to prevent a miscarriage of justice, the trial judge retains the ability to

Quatre issues sont possibles au terme d'un procès devant jury :

- (1) Le jury prononce le verdict qu'il entendait rendre, il est libéré et le procès prend fin. C'est l'issue habituelle.
- (2) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre, mais il n'a pas été encore libéré. Le juge du procès garde compétence pour inscrire le verdict qu'il entendait rendre le jury.
- (3) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre. Le jury a été libéré par le juge du procès, mais, contrairement à la règle stricte établie dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, le juge du procès conserve un pouvoir limité, soit celui de rappeler les jurés pour tenir une enquête — elle aussi de portée limitée — sur l'erreur alléguée, l'aspect central de cette enquête étant la question de l'existence ou non d'une crainte raisonnable de partialité. Ce pouvoir de rappeler le jury ne s'applique toutefois qu'à l'égard des erreurs commises par inadvertance; le juge n'est pas habilité à rappeler le jury pour que soient apportés au verdict des modifications exigeant de nouvelles délibérations. S'il n'existe pas de crainte raisonnable de partialité, le juge du procès peut et doit corriger le verdict erroné.
- (4) Le jury ne prononce pas le verdict qu'il entendait rendre. Le jury a été libéré. Le juge rappelle les jurés et tient une enquête qui permet d'établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Normalement, une telle crainte n'est susceptible de naître que dans les cas où le jury s'est dispersé. Il y a dispersion du jury lorsque celui-ci cesse d'agir comme une entité distincte et que ses membres se sont dispersés et mêlés au public (ou ont eu l'occasion de le faire). La dispersion est un facteur crucial à prendre en compte pour déterminer s'il existe ou non une crainte raisonnable de partialité. Si le juge du procès conclut à l'existence d'une telle crainte, il ne peut inscrire le verdict que le jury entendait rendre, puisque le procès est en quelque sorte arrivé à son terme. Toutefois, afin de prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès conserve

order a mistrial or to maintain the originally communicated verdict.

24

This appeal falls within the fourth category, above. The jury had mistakenly rendered an unintended verdict. The jury had been discharged and had dispersed into the community for a lengthy period of time. The overall circumstances establish that there was a reasonable apprehension of bias. The duration of the jury's dispersal is an important factor in finding a reasonable apprehension of bias in this case. Given these circumstances the trial judge ought to have ordered a mistrial, as maintaining the originally recorded verdict would result in a miscarriage of justice. Therefore, I would allow the appeal and order a new trial.

II. Facts

25

The appellant was charged with attempted murder. The charge stemmed from events that took place on October 28, 1996, in which the appellant shot Ian Francis. The dispute between the appellant and Francis concerned an unpaid debt relating to a drug trafficking enterprise, in which Francis and the appellant were joint partners. The appellant claimed the shooting was done in self-defence. The trial was presided over by Minden J. of the Ontario Court (General Division). The trial commenced on September 2, 1997. The jury retired to consider its verdict on September 17.

26

On September 18, the foreman announced the verdict. The trial judge, court registrar and both counsel heard "not guilty as charged". The Crown asked that the jury be polled. The court registrar did not repeat the verdict to the jurors, but instead asked each juror if they agreed or disagreed with the verdict as announced. This polling method was prescribed by a court practice manual. All of the jurors stated that they agreed. The court recorded a verdict of "not guilty", and discharged the jury. The jury exited the courtroom. Shortly thereafter the appellant was discharged and court was adjourned at 2:55 p.m.

le pouvoir de prononcer la nullité du procès ou de maintenir le verdict communiqué initialement.

La situation visée par le présent pourvoi appartient à la quatrième catégorie. Le jury a par inadvertance prononcé un verdict qu'il n'entendait pas rendre. Après avoir été libéré, il est resté dispersé au sein de la collectivité pendant une longue période. L'ensemble des faits établit qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. En l'espèce, la durée de la dispersion du jury est un facteur important relativement à la conclusion qu'il y avait crainte raisonnable de partialité. Vu ces circonstances, le juge du procès aurait dû prononcer la nullité du procès, car le maintien du verdict inscrit initialement entraînerait une erreur judiciaire. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Les faits

L'appelant a été accusé de tentative de meurtre. Cette accusation remonte à des événements survenus le 28 octobre 1996, lorsque l'appelant a abattu Ian Francis. Le différend entre l'appelant et Francis portait sur une dette impayée concernant une opération de trafic de drogues à l'égard de laquelle Francis et lui étaient associés. L'appelant a prétendu avoir tiré en état de légitime défense. Le procès, qui était présidé par le juge Minden de la Cour de l'Ontario (Division générale), a débuté le 2 septembre 1997. Le 17 septembre, le jury s'est retiré pour délibérer.

Le 18 septembre, le président du jury a annoncé le verdict. Le juge du procès, le greffier de la cour et les deux avocats ont entendu [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée ». Le procureur de la Couronne a demandé qu'on vérifie le verdict auprès des jurés individuellement. Au lieu de répéter le verdict aux jurés, le greffier a plutôt demandé à chacun d'eux s'il était d'accord ou non avec le verdict tel qu'il avait été annoncé. Cette méthode de vérification était prescrite par un guide des pratiques de la cour. Tous les jurés ont déclaré être d'accord avec le verdict. La cour a inscrit le verdict « non coupable » et libéré le jury. Le jury a quitté la salle d'audience. Peu après, l'appelant a été libéré et l'audience a été levée à 14 h 55.

While escorting the jurors out of the courtroom, a court officer asked the foreman what the jury's verdict had been. In the presence of other jurors, the foreman replied, "You're kidding, guilty". The jurors were then escorted down a private elevator in order to exit the building. On the way back to her office, the court officer heard that the verdict had been recorded as "not guilty". Within approximately seven to nine minutes after the announcement of the verdict in court and the jury's exit from the courtroom, the court officer informed Minden J. in his chambers of the apparent error.

An effort was made to locate the jurors. The foreman and another juror were found in the parking lot and brought back to the courthouse. The court officer called the remaining jurors at their homes, but was unable to reach two jurors. She asked one of the jurors on the phone "off the record" what the verdict had been; the juror said guilty.

At 3:20 p.m., 25 minutes after the discharge of the appellant, court resumed in order to clarify the verdict. This was the first of three inquiries. The appellant was not present. Both counsel were present, as well as the foreman and the other juror who had been found in the parking lot. The foreman confirmed that the verdict was intended to be guilty. The other juror was not asked to confirm the verdict. Minden J. stated that he had a head cold and that he could have misunderstood the verdict as announced. Although he thought he had heard "not guilty", he acknowledged that there was "something about it that was unusual".

Minden J. reconvened court on September 19, 1997. The full jury was present, but not the accused. Each of the jurors testified that their verdict was "guilty". The foreman testified that he sometimes stammered and also had a soft tone of voice, but that he had said "guilty as charged". The trial judge concluded that he had jurisdiction to conduct a limited inquiry into what the actual verdict was, and into

Pendant qu'elle escortait les jurés hors de la salle d'audience, une fonctionnaire de la cour a demandé au président quel avait été le verdict. En présence d'autres jurés, le président du jury lui a répondu [TRADUCTION] « Vous plaisantez, coupable ». Les jurés ont alors pris, sous escorte, un ascenseur privé les conduisant à la sortie de l'immeuble. À son retour au bureau, la fonctionnaire de la cour a appris que le verdict qui avait été inscrit était [TRADUCTION] « non coupable ». Environ sept à neuf minutes après l'annonce du verdict en salle d'audience et la sortie du jury de celle-ci, la fonctionnaire a avisé le juge Minden, dans son cabinet, de l'erreur apparente.

Des efforts ont été déployés pour retrouver les jurés. Le président du jury et un autre juré ont été rejoints dans le stationnement et ramenés à la salle d'audience. La fonctionnaire de la cour a téléphoné aux autres jurés à leur domicile, mais elle a été incapable de rejoindre deux d'entre eux. Elle a demandé [TRADUCTION] « officieusement » à l'un des jurés, quel avait été le verdict. Le juré a répondu coupable.

À 15 h 20, soit 25 minutes après la libération de l'appellant, la cour a repris l'audience afin de clarifier la question du verdict et tenu alors la première de trois enquêtes. L'appellant était absent, mais les deux avocats étaient présents, en compagnie du président du jury et de l'autre juré, qu'on avait rejoints dans le stationnement. Le président du jury a confirmé que le verdict qu'entendait rendre le jury était coupable. On n'a pas demandé à l'autre juré de confirmer le verdict. Le juge Minden a déclaré qu'il souffrait d'un rhume de cerveau et qu'il était possible qu'il ait mal entendu le verdict annoncé. Même s'il croyait avoir entendu [TRADUCTION] « non coupable », il a reconnu qu'il y avait « quelque chose d'inhabituel à propos du verdict ».

Le juge Minden a réuni de nouveau le tribunal le 19 septembre 1997. Le jury au complet y était, mais non l'accusé. Les jurés ont chacun déclaré que leur verdict était « coupable ». Le président du jury a déclaré qu'il lui arrivait de bégayer et qu'il ne parlait pas d'une voix forte, mais il a témoigné qu'il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Le juge du procès a conclu qu'il avait

27

28

29

30

whether the court had committed an error in recording the verdict. He ordered the appellant to appear and issued a bench warrant for his arrest. Court was adjourned until September 22, 1997. A temporary publication ban was imposed.

31 Two articles describing the incident were published in two widely read Toronto papers, the *Star* and the *Sun*. One article appeared on September 19, 1997, and the other on September 22, 1997.

32 On September 23, court reconvened for the third and final time with both the appellant and jury present. The court reporter was called to testify. The transcript of the original proceedings reads as follows:

COURT REGISTRAR: How do you find for the accused, guilty or not guilty as charged?

JURY FOREPERSON: (inaudible) guilty as charged.

The court reporter stated that he originally recorded the foreman's response as unclear. When he replayed the tape at normal speed, he heard "guilty as charged". However when he played the tape again on more sophisticated audio equipment, he heard "not guilty as charged" and was prepared to certify the verdict as such.

33 The jury was questioned. The foreman testified that he had cleared his throat in announcing the verdict, and that he had in fact said "guilty as charged". He again stated that he was soft spoken, and that he had a tendency to stammer when nervous. The trial judge asked the remaining 11 jurors whether they heard the verdict when it was announced and if so, what they heard. Most of the jurors testified that they had heard the verdict as it was announced, and that they had heard "guilty". One juror testified that she was unable to hear the foreman as he announced the verdict. Another juror stated that "as near as I could tell", she heard the foreman say "guilty as charged".

compétence pour tenir une enquête limitée en vue de découvrir quel était le verdict véritable et de déterminer si la cour avait commis une erreur en inscrivant le verdict. Il a ordonné à l'appelant de comparaître et a lancé un mandat d'arrestation contre lui. Il a ajourné l'audience jusqu'au 22 septembre 1997 et rendu une ordonnance temporaire de non-publication.

Deux articles décrivant l'événement ont été publiés dans deux journaux à fort tirage de Toronto, le *Star* et le *Sun*, l'un le 19 septembre 1997 et l'autre le 22 septembre 1997.

Le 23 septembre, la cour s'est réunie pour la troisième et dernière fois en présence de l'appelant et du jury. Le sténographe judiciaire a été appelé à témoigner. Voici le passage pertinent de la transcription de la procédure originale :

[TRADUCTION]

LE GREFFIER : Quelle est votre décision, l'accusé est-il coupable ou non coupable de l'infraction reprochée?

LE PRÉSIDENT DU JURY : (inaudible) coupable de l'infraction reprochée.

Le sténographe judiciaire a déclaré avoir d'abord inscrit que la réponse du président du jury était imprécise. Lorsqu'il a fait rejouer le ruban à vitesse normale, il a entendu [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Toutefois, lorsqu'il a écouté de nouveau le ruban à l'aide de matériel audio plus perfectionné, il a entendu [TRADUCTION] « non coupable de l'infraction reprochée » et il était prêt à certifier le verdict en ces termes.

Le juge a interrogé les jurés. Le président du jury a déclaré qu'il s'était raclé la gorge en prononçant le verdict et que, dans les faits, il avait dit [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée ». Il a de nouveau déclaré qu'il ne parlait pas d'une voix forte et qu'il avait tendance à bégayer sous l'effet de la nervosité. Le juge du procès a demandé aux 11 autres jurés de dire s'ils avaient entendu le verdict au moment où il a été annoncé et, si oui, de dire ce qu'ils avaient entendu. La plupart des jurés ont témoigné avoir entendu le verdict lorsqu'il a été annoncé et avoir entendu le mot [TRADUCTION] « coupable ». Une jurée a déclaré

There was some variation among the jurors' testimonies as to whether they heard the foreman say "guilty as charged", "guilty" of the offence of "first degree murder", "guilty of attempted murder", or "guilty as accused".

Counsel for the defence requested that he be permitted to cross-examine the jurors in order to test their credibility and examine the possibility of bias. The trial judge did not permit defence counsel's cross-examination. Instead, he asked each juror two questions regarding taint or bias:

1. Between the giving of your verdict last Thursday afternoon and your testimony on Friday, was anything said to you by anyone, either by family, friends, court officials, fellow jurors or anyone else that influenced you so as to affect your testimony here in court?
2. Between the giving of your verdict last Thursday afternoon and your testimony on Friday, did you read or hear anything in the media that influenced you so as to affect your testimony here in court?

Two jurors testified that they had read or heard things in the media about the case but had not been influenced. One juror started to allude to an item he had heard in the media about the case, but was cut off by the trial judge before he could give a complete answer. The remaining nine jurors replied in the negative to both of the above questions. The inquiry ended on September 24, 1997.

III. Judicial History

Minden J. held that he had the jurisdiction to change the recorded verdict from "not guilty" to "guilty as charged". He considered the Supreme

ne pas avoir pu entendre le président du jury lorsqu'il a annoncé le verdict. Une autre a affirmé que, [TRADUCTION] « pour autant qu'elle puisse l'affirmer », elle avait entendu le président du jury dire « coupable de l'infraction reprochée ». Les dépositions des jurés ont divergé quant aux termes exacts employés par le président du jury, certains disant avoir entendu [TRADUCTION] « coupable de l'infraction reprochée », « coupable » de l'infraction de « meurtre au premier degré », « coupable de tentative de meurtre » ou « coupable des faits reprochés ».

L'avocat de la défense a demandé la permission de contre-interroger les jurés afin de mettre leur crédibilité à l'épreuve et d'examiner la possibilité de partialité. Le juge du procès ne l'a pas autorisé à le faire, il a plutôt posé lui-même à chaque juré deux questions au sujet de la possibilité d'influence ou de partialité :

[TRADUCTION]

1. Entre le prononcé de votre verdict jeudi après-midi dernier et votre témoignage vendredi, quelqu'un — un parent, un ami, un fonctionnaire de la cour, un autre juré ou toute autre personne — vous a-t-il dit quoi que ce soit qui vous a influencé et qui a une incidence sur le témoignage que vous donnez en ce moment?
2. Entre le prononcé de votre verdict jeudi après-midi dernier et votre témoignage vendredi, avez-vous lu ou entendu dans les médias quoi que ce soit qui vous a influencé et qui a une incidence sur le témoignage que vous donnez en ce moment?

Deux jurés ont déclaré avoir lu ou entendu des choses dans les médias au sujet de l'affaire, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias au sujet de l'affaire, mais le juge du procès l'a interrompu avant qu'il ne puisse donner une réponse complète. Les autres jurés ont répondu par la négative aux deux questions précitées. L'enquête a pris fin le 24 septembre 1997.

III. Historique des procédures judiciaires

Le juge Minden a conclu qu'il avait compétence pour remplacer le verdict qui avait été inscrit, savoir [TRADUCTION] « non coupable », par

34

35

36

Court decision in *Head, supra*, which if applied would result in him being *functus officio*. Minden J. found that *Head* was distinguishable from the present case, because “[t]he issue in *Head* was whether or not a jury could be reconvened to vary or reconsider its . . . verdict after the jury had been discharged. . . . The issue here is: what was the jury’s verdict and was an error made . . . in recording that verdict?”

37

He found no air of reality to the suggestion that the jurors were or may have been tainted between the time when the verdict was announced and the time that the jurors were reconvened and testified the next morning. The jury’s true and unanimous verdict was “guilty”. The mandate of a trial judge is to accurately record the jury’s true verdict; the trial judge failed to follow his mandate in this case. Therefore, the inaccurate recording of the verdict and the discharge of the jury and accused constituted a “nullity”. Minden J. recorded the verdict as “guilty” and registered a conviction. He sentenced the appellant to 12½ year’s imprisonment.

38

Weiler J.A. (Simmons J.A. concurring) for the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal: (2001), 53 O.R. (3d) 600. She concluded that the rule in *Head* makes it clear that once the jury has been discharged, it is too late to inquire into the nature of the verdict. This rule is based on policy reasons such as protecting jurors from post-trial harassment, encouraging open discussion in the jury room, and ensuring the finality of the verdict. However, Weiler J.A. held, at para. 37, that although a judicial body is normally *functus officio* once a jury has been discharged, sometimes a “clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission” can be corrected. She concluded that the error in this case is an accidental slip. She also concluded that *Head* does not govern this case. *Head* dealt with an internal event, the jury’s deliberations, which are protected to encourage free and frank

« coupable de l’infraction reprochée ». Il a examiné l’arrêt *Head*, précité, de notre Cour qui, s’il était applicable, entraînait son dessaisissement. Le juge Minden a estimé que cet arrêt pouvait être distingué de la présente espèce pour la raison suivante : [TRADUCTION] « [l]a question en litige dans *Head* était de savoir si un jury pouvait ou non être réuni de nouveau pour modifier ou réexaminer son [. . .] verdict après avoir été libéré. [. . .] En l’espèce, la question en litige est la suivante : Quel était le verdict du jury et y a-t-il eu erreur [. . .] dans l’inscription de ce verdict? »

Il n’a accordé aucune vraisemblance à la suggestion que les jurés avaient été ou pouvaient avoir été influencés entre le moment où le verdict a été annoncé et celui où ils ont été réunis de nouveau pour témoigner le lendemain matin. Le verdict véritable et unanime du jury était [TRADUCTION] « coupable ». La mission du juge du procès consiste à inscrire fidèlement le verdict véritable du jury; le juge du procès ne s’est pas acquitté de sa mission en l’espèce. Par conséquent, l’inscription inexacte du verdict et la libération du jury et de l’accusé étaient frappées de « nullité ». Le juge Minden a consigné le verdict « coupable » et inscrit une déclaration de culpabilité. Il a condamné l’appellant à une peine d’emprisonnement de douze ans et demi.

Madame le juge Weiler (avec l’appui de madame le juge Simmons) a rejeté l’appel au nom de la Cour d’appel de l’Ontario : (2001), 53 O.R. (3d) 600. Elle a estimé qu’il ressort clairement de la règle établie dans l’arrêt *Head* que, dès que le jury a été libéré, il est trop tard pour s’enquérir de la nature du verdict. Cette règle est fondée sur des considérations de politique générale visant notamment à protéger les jurés contre le harcèlement à la suite du procès, à favoriser des délibérations franches dans la salle des jurés et à assurer le caractère définitif du verdict. Madame le juge Weiler a toutefois conclu que, bien qu’un organisme judiciaire soit normalement dessaisi dès la libération du jury, il est parfois possible de corriger [TRADUCTION] « une erreur ou faute matérielles découlant d’un lapsus ou d’une omission accidentels » (par. 37). Elle a estimé qu’on était en présence d’un lapsus.

debate by the jurors without fear of reprisal. Unlike *Head*, the error in the present case was caused by events external to the jury deliberations: what the foreman said in open court and what was heard by the trial judge. As *Head* is distinguishable, its policy reasons were not applicable to this case.

Goudge J.A. dissented. He would have allowed the appeal and restored the originally recorded acquittal. Goudge J.A. disagreed with Weiler J.A.'s conclusion that *Head* was inapplicable to this case. Both *Head* and the present case were about whether, post-discharge, a jury can be reconvened to determine the true nature of the verdict in order to correct an error in the recording of the verdict. An approach which would permit an inquiry into the true verdict in some cases would "inevitably encompass the post-discharge contacts and experiences of jurors and the appearance of possible outside influence that may arise as a consequence. The inquiry will have to engage in the difficult task of evaluating that appearance" (para. 67). In contrast, the principle in *Head* eliminates any need for such complex inquiries. He concluded, at para. 69, that although it may indeed be that an "accidental slip" not requiring the recall of the jury can be corrected post-discharge, that was not the case here.

IV. Issues

- (a) Does a trial judge in a criminal case have jurisdiction to conduct an inquiry into the verdict and alter the verdict after the discharge of the jury?

Elle a aussi jugé que l'arrêt *Head* ne s'appliquait pas en l'espèce. Cet arrêt portait sur un événement interne, les délibérations des jurés, que l'on protège afin d'encourager ces derniers à débattre franchement entre eux, sans crainte de représailles. Contrairement à la situation dans l'affaire *Head*, l'erreur en l'espèce a été causée par des événements extérieurs aux délibérations du jury : ce que le président du jury a dit en salle d'audience et ce qu'a entendu le juge du procès. Comme l'arrêt *Head* pouvait être distingué de la présente espèce, les considérations de politique générale s'y rattachant n'étaient pas applicables.

Le juge Goudge a exprimé sa dissidence. Il aurait accueilli l'appel et rétabli l'acquittement inscrit initialement. Il ne partageait pas la conclusion de madame le juge Weiler selon laquelle l'arrêt *Head* était inapplicable en l'espèce. Tant dans l'affaire *Head* que dans celle dont il était saisi se posait la question de savoir si, après la libération des jurés, il est possible de les réunir de nouveau afin de déterminer la nature véritable du verdict et de corriger une erreur dans l'inscription de celui-ci. Dans certains cas, la démarche propre à permettre de s'enquérir du verdict véritable [TRADUCTION] « viserait inévitablement les contacts qu'ont les jurés avec autrui après leur libération, les situations qu'ils rencontrent ainsi que l'apparence de possibles influences extérieures susceptibles d'en résulter. L'examen comportera nécessairement la difficile tâche d'apprécier cette apparence » (par. 67). Par contraste, le principe établi dans l'arrêt *Head* élimine tout besoin d'effectuer des examens aussi complexes. Au paragraphe 69, le juge Goudge a conclu que, bien qu'il soit possible qu'un [TRADUCTION] « lapsus » ne requérant pas qu'on réunisse à nouveau les jurés puisse effectivement être corrigé après leur libération, il n'était pas en présence d'une telle situation en l'espèce.

IV. Les questions en litige

- a) Le juge président une instance criminelle a-t-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et modifier celui-ci?

- (b) If the answer to (a) is “yes”, what are the parameters guiding or limiting this post-discharge jurisdiction?
- (c) If a trial judge has post-discharge jurisdiction, what is the scope of the trial judge’s remedial jurisdiction?
- (d) Did the trial judge in this case err by correcting the verdict and entering a conviction?
- (b) En cas de réponse affirmative à la question a), quels sont les paramètres guidant ou limitant l’exercice de cette compétence postérieure à la libération du jury?
- (c) Si le juge du procès a compétence après la libération du jury, quelle est l’étendue de ce pouvoir de réparation?
- (d) En l’espèce, le juge du procès a-t-il commis une erreur en corrigeant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité?

V. Analysis

41 These reasons refer to a number of cases dealing with the reasonable apprehension of bias. As the test for taint is the same, and for ease in reading, the use of the term “bias” in these reasons can be interpreted as raising the same issues as “taint”. Taint is in essence a form or subset of bias. Taint and bias are intended here to be, and should be, interchangeable.

A. *The Rule in Head*

42 The common law rule was enunciated by this Court in *Head*. There, the trial judge mistakenly discharged the jury before they had delivered their complete verdict. The foreman pronounced the accused not guilty of the charge as laid. The jury was discharged. Immediately after discharge, the foreman said: “we thought we could find the Defendant not guilty of the charge as laid, but guilty of a lesser charge, is that right?” (*Head, supra*, at p. 696). McIntyre J. for the majority of the Court found that, upon discharge of the jury, the trial judge was *functus officio* and did not have the jurisdiction to correct the verdict. He stated, at pp. 688-90:

On the return of the jury if a clear and unambiguous verdict is given, it is the judge’s duty to accept the verdict

V. Analyse

Les présents motifs se réfèrent à un certain nombre de décisions relatives à la crainte de partialité (« *bias* »). Comme le critère de l’influence (« *taint* ») est le même, et également par souci de commodité, l’emploi du mot « partialité » dans les présents motifs peut être considéré comme soulevant les mêmes questions que le mot « influence ». L’influence est essentiellement une forme de partialité ou une sous-catégorie de celle-ci. En l’espèce, donc, les mots influence et partialité sont interchangeables et devraient être considérés comme tels.

A. *La règle établie dans l’arrêt Head*

La règle de common law a été énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Head*. Dans cette affaire, le juge du procès avait erronément libéré le jury avant qu’il ne rende complètement son verdict. Le président du jury a déclaré l’accusé non coupable de l’infraction qui lui était reprochée. Le jury a été libéré et, immédiatement après sa libération, le président du jury a dit : [TRADUCTION] « nous avons cru que nous pourrions déclarer l’accusé non coupable de l’infraction reprochée, mais coupable d’une infraction moindre, n’est-ce pas? » (*Head*, précité, p. 696). S’exprimant pour la majorité de notre Cour, le juge McIntyre a conclu que, dès la libération du jury, le juge du procès était *functus officio*, c’est-à-dire dessaisi de l’affaire, et qu’il n’avait pas compétence pour corriger le verdict. Il a dit ceci, aux p. 688 à 690 :

Si, à son retour, le jury rend un verdict clair et non équivoque, le juge est alors tenu d’accepter ce verdict et,

and, in accordance with the practice of his court, cause it to become a part of the record of the court.

Where, on the other hand, there is ambiguity in the verdict . . . , the trial judge should inquire into the matter to ascertain the true position The judge has the discretion in such a case to accept a substituted or second verdict for the first one returned. This discretion, however, is one which is to be exercised during the course of the trial, that is, in the presence of the accused and his counsel, and prior to the dissolution of the court by the discharge of the jury. . . . It is clear, in my view, that the power or duty of the trial judge to intervene when a jury verdict is returned and to make inquiries relating to the true nature of the verdict is one to be exercised prior to the discharge of the jury [Emphasis added.]

For the majority in *Head*, discharge of the jury is the point of no return beyond which the trial judge in a criminal case cannot alter the recorded verdict.

Lamer J. (as he then was) approached the issue differently in a concurring opinion. He would have permitted a limited post-discharge jurisdiction to inquire into and correct errors made in the conveying or recording of the verdict, but no jurisdiction to correct errors that would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations. This approach had been used in civil but not criminal cases.

McIntyre J. disagreed with this position. He preferred to retain the bright-line rule that there is no jurisdiction to inquire into the alleged error and to alter the verdict post-discharge, regardless of the type or cause of error. He correctly stated that there are different policy concerns animating criminal law matters that are absent from civil matters, such as the interests of the state and the general public in the outcome of a criminal case (*Head, supra*, pp. 691-92). Although McIntyre J. did not go on to specify other relevant policy concerns, the courts below in this case articulated some of the policies animating the bright-line rule in *Head*, including: preserving the finality of the verdict and the certainty of the

conformément à la pratique de son tribunal, de le faire inscrire dans les registres de la cour.

Si, par contre, le verdict est ambigu [. . .], le juge du procès doit faire enquête afin de déterminer la situation véritable [. . .] Le juge peut alors, à sa discrétion, accepter qu'un second verdict soit substitué au premier. Ce pouvoir discrétionnaire doit toutefois être exercé au cours du procès, c'est-à-dire en présence de l'accusé et de son avocat, et avant que le tribunal ne soit dissout par la libération du jury. [. . .] Il est clair, selon moi, que le pouvoir ou le devoir qu'a le juge du procès d'intervenir lorsque le jury rend son verdict et de s'enquérir de la nature véritable de ce verdict, doit être exercé ou accompli, selon le cas, avant la libération du jury . . . [Je souligne.]

Pour les juges de la majorité dans l'arrêt *Head*, la libération du jury est le point de non-retour au-delà duquel le juge qui préside un procès criminel ne peut modifier le verdict qui a été inscrit.

Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a, dans une opinion concourante, abordé la question sous un autre angle. Il aurait reconnu l'existence d'une compétence limitée, après la libération du jury, pour enquêter sur les erreurs commises dans la communication ou l'inscription du verdict et les corriger, mais il aurait refusé toute compétence pour corriger des erreurs qui obligeraient le jury à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations. Cette approche avait été appliquée dans des affaires civiles, mais non dans des affaires pénales.

Le juge McIntyre n'a pas souscrit à cette position, préférant conserver la règle rigide selon laquelle le tribunal n'a pas, après la libération du jury, compétence pour enquêter sur l'erreur alléguée et à modifier le verdict indépendamment de la nature de l'erreur ou de la cause de celle-ci. Il a à juste titre affirmé que le droit pénal est régi par des considérations de politique générale différentes de celles qui régissent le droit privé, par exemple l'intérêt de l'État et du public en général dans l'issue des affaires criminelles (*Head, précité*, p. 691-692). Bien que le juge McIntyre n'ait pas fait état d'autres considérations pertinentes, les jugements en l'espèce en ont mentionné certaines qui sont à la base

43

44

trial process; shielding jurors from post-trial harassment and promoting free and frank jury discussions by protecting the secrecy of their deliberations; and preventing the administration of justice from falling into disrepute by ensuring that the jury is not biased. These different considerations warrant a more stringent approach in the criminal law sphere.

45 The courts below held that *Head* was distinguishable from this case. I do not agree. In both *Head* and this appeal, the juries intended verdicts that were misunderstood by the trial judge. The jury in *Head* was not reconsidering its verdict; they had already decided to find the accused guilty on the included charge and not guilty on the charge as laid, and, similar to this case, failed to make their intentions successfully known prior to discharge. The internal-external distinction drawn by Weiler J.A. is unclear. In both cases, the courts had to determine what the intended verdict was, and in doing so, both courts had to inquire into what had been agreed upon in the jury room. Therefore, the error in this case was as “internal” as that in *Head*. *Head* cannot be distinguished from this appeal.

46 That being so, this appeal presents the Court with an opportunity to revisit the rule articulated by McIntyre J. in light of the approach now used in various common law jurisdictions. In my opinion, the common law rule in *Head* must be reformulated. Otherwise, apparent absurdities might result. For instance, where the error in recording the verdict is discovered immediately after the discharge of the jury but before the jurors have left the jury box, *Head* would say that the error could not be corrected.

47 I do not think that result can be right. Where the error is rapidly discovered after discharge but prior to the jury having separated or dispersed, many of

de la règle rigide énoncée dans l’arrêt *Head*, notamment : préserver le caractère définitif des verdicts et la certitude du processus judiciaire, protéger les jurés contre le harcèlement à la suite du procès et favoriser des débats libres et francs entre les jurés en protégeant le secret de leurs délibérations, et empêcher que l’administration de la justice soit déconsidérée en veillant à assurer l’impartialité du jury. Ces différentes considérations justifient l’application d’une approche plus stricte en droit pénal.

Les jugements dont appel ont estimé que l’arrêt *Head* pouvait être distingué de la présente espèce. Je ne suis pas d’accord. Tant dans l’affaire *Head* que dans celle qui nous occupe, le jury avait arrêté un verdict qui a été mal compris par le juge du procès. Dans la première, le jury ne réexaminait pas son verdict. Il avait déjà décidé de déclarer l’accusé coupable de l’infraction incluse mais non coupable de l’infraction dont il était inculqué et, tout comme en l’espèce, il n’avait pas réussi à communiquer adéquatement son intention avant d’être libéré. La distinction erreur interne/erreur externe tirée par madame le juge Weiler de la Cour d’appel n’est pas claire. Dans les deux affaires, les tribunaux étaient appelés à déterminer quel verdict avait été arrêté et, à cette fin, ils devaient s’enquérir de ce qui avait été arrêté dans la salle des jurés. Par conséquent, l’erreur survenue en l’espèce avait un caractère aussi « interne » que celle constatée dans l’affaire *Head*, qui ne peut donc être distinguée du présent pourvoi.

Puisqu’il en est ainsi, le présent pourvoi donne à notre Cour l’occasion de revoir, à la lumière de l’approche qui est maintenant appliquée dans divers ressorts de common law, la règle qu’a énoncée le juge McIntyre. À mon avis, la règle de common law énoncée dans l’arrêt *Head* doit être reformulée. Ne pas le faire risquerait d’entraîner des absurdités évidentes. Supposons, par exemple, que l’erreur dans l’inscription du verdict soit constatée immédiatement après la libération des jurés mais avant qu’ils n’aient quitté leur banc, suivant l’arrêt *Head* cette erreur ne saurait être corrigée.

Je ne pense pas qu’un tel résultat soit approprié. Lorsque l’erreur est constatée rapidement après que le jury a été libéré mais avant qu’il se soit dispersé,

the policy concerns supporting the rule in *Head* are not engaged. If the error is discovered immediately after discharge, then it would seem that the passage of time has been so slight that the finality of the verdict is not a pressing concern. An immediate discovery of the error would mean that the accused and the court could not have been under the illusion of the incorrectly recorded verdict for very long. An error made only in conveying or recording the verdict can be corrected without exposing the deliberations of the jury to undue scrutiny and subjecting them to the risk of post-trial harassment. If the jury has not dispersed beyond the jury box, then there is no realistic possibility that outside influences have tainted the jury. Thus, there is no danger to the administration of justice.

To the contrary, the administration of justice would be brought into disrepute by barring the court from correcting a recorded verdict where there is no perceptible injustice to the accused and no reasonable apprehension of bias. See *V. Maric*, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, at pp. 136-37, where it was observed:

Such rigidity jeopardizes the integrity of the jury system since it forces the court to tell the jurors that despite the fact that they have dutifully carried out the oath that they had sworn to uphold by listening to days of evidence and then rendering a unanimous and otherwise valid verdict, their decision must be ignored. . . . [T]he interests of the state and the general public would not be served

In those circumstances, not only would the policy issues used to justify the standard in *Head* not come into play, but the application of the rule in *Head* to this specific situation would run contrary to one of its own underlying policy concerns, namely the administration of justice.

If policy concerns animating the bright-line rule in *Head* are not at risk in the hypothetical facts outlined above (at para. 47), then there is no remaining rationale for prohibiting the trial judge from

bon nombre des considérations de politique générale à la base de la règle de l'arrêt *Head* ne s'appliquent pas. Si l'erreur est constatée immédiatement après la libération du jury, on peut imaginer qu'il s'est écoulé si peu de temps que la question du caractère définitif du verdict ne constitue pas une préoccupation urgente. Si on découvre l'erreur immédiatement, l'accusé et le tribunal n'auront pas été très longtemps sous la fausse impression créée par le verdict incorrectement consigné. S'il s'agit simplement d'une erreur survenue dans la communication ou l'inscription du verdict, elle peut être corrigée sans exposer les délibérations des jurés à un examen trop approfondi et faire courir à ceux-ci le risque d'être harcelés après le procès. Si les jurés ne se sont pas dispersés plus loin que leur banc, il n'y a pas de possibilité réelle d'influences extérieures indues. Par conséquent, la considération dont jouit l'administration de la justice n'est pas compromise.

Au contraire, l'administration de la justice serait déconsidérée si on empêchait le tribunal de corriger le verdict qui a été inscrit, lorsqu'il n'en découle aucune injustice perceptible pour l'accusé et qu'il n'y a aucune crainte raisonnable de partialité. Voir *V. Maric*, Annotation to *R. v. Burke* (2001), 41 C.R. (5th) 135, p. 136-137, où l'auteur fait l'observation suivante :

[TRADUCTION] Une telle rigidité compromet l'intégrité de l'institution même du jury, puisqu'elle oblige le tribunal à dire aux jurés que, en dépit du fait qu'ils aient dûment respecté leur serment et écouté des jours et des jours de témoignages et de plaidoiries, puis rendu un verdict unanime et par ailleurs valide, leur décision doit être écartée. [. . .] [L]es intérêts de l'État et du public en général ne seraient pas servis

En pareilles circonstances, non seulement les considérations de politique générale invoquées pour justifier la norme établie dans l'arrêt *Head* n'entrent-elles pas en jeu, mais l'application de la règle énoncée dans cet arrêt à cette situation particulière irait à l'encontre de l'une de ces considérations, à savoir l'administration de la justice.

Si les considérations de politique générale qui sous-tendent la règle rigide établie dans l'arrêt *Head* ne sont pas menacées dans les circonstances hypothétiques décrites plus tôt (par. 47), alors il

reconvening the jury to inquire into the alleged error, and possibly altering the verdict in those limited circumstances.

50

Head proposes a blanket approach that fails to respond to the nuances of specific contexts. Errors can vary from the jury wanting to reconsider its verdict, to a mere administrative slip, from the error being discovered immediately, to where it is not revealed until several days later, from the situation where the jurors have not yet stepped foot outside of the jury box or courtroom, to where the jurors have gone home. It appears obvious that an absolute rule with no exceptions is not attuned to modern, lengthy and expensive jury trials. Lamer J.'s separate reasons in *Head* are more responsive to variances in the facts noted above.

51

There is a wealth of authority supporting the adoption of a more refined and flexible analysis of this sort of problem, similar to the contextual approach suggested by Lamer J. The law in the United Kingdom has evolved to permit the clarification of a verdict in rare circumstances, after the jury has been discharged: *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171 (S.C.); *R. v. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.); *R. v. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225 (C.A.); *R. v. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656 (C.A.); *R. v. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303 (C.A.); *R. v. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169 (C.A.); *R. v. Z.A.*, Eng. C.A., March 8, 1999, unreported. Although American case law diverges widely on this issue, several courts have held that in certain situations verdicts can be revisited after the trial judge tells the jury that it is discharged: *People v. Powell*, 221 P.2d 117 (Cal. Dist. Ct. App. 1950); *State v. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (N.J. County Ct. 1956); *State v. Fornea*, 140 So.2d 381 (La. 1962); *Commonwealth v. Brown*, 323 N.E.2d 902 (Mass. 1975); *State v. Edwards*, 552 P.2d 1095 (Wash. Ct. App. 1976); *Webber v. State*, 652 S.W.2d 781 (Tex. Crim. App. 1983); *Burchett v. Commonwealth*, 734 S.W.2d 818 (Ky. Ct. App. 1987); *People v. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (Ill.

n'y a plus de raison justifiant d'interdire au juge du procès de rappeler le jury pour enquêter sur l'erreur alléguée et possiblement modifier le verdict dans ces circonstances limitées.

L'arrêt *Head* propose une approche générale qui ne permet pas de tenir compte des nuances de certains contextes. Les situations dans lesquelles peuvent survenir une erreur varient considérablement, qu'il s'agisse du désir du jury de réexaminer son verdict ou d'une simple inadvertance administrative, de l'erreur qui est décelée immédiatement jusqu'à celle qui ne l'est que plusieurs jours plus tard, et du cas où les jurés n'ont pas encore quitté leur banc ou la salle d'audience à celui où ils sont rentrés chez eux. Il semble évident qu'une règle absolue, n'admettant aucune exception, n'est pas adaptée aux longs et coûteux procès devant jury qui ont lieu de nos jours. Les motifs distincts du juge Lamer dans l'arrêt *Head* tiennent davantage compte des différentes situations évoquées ci-dessus.

Une abondante jurisprudence appuie l'application, à l'égard de cette sorte de problème, d'une analyse plus souple et élaborée, analogue à l'approche contextuelle suggérée par le juge Lamer. Au Royaume-Uni, le droit a évolué et il est maintenant permis au tribunal, dans de rares circonstances, de clarifier un verdict après la libération du jury : *R. c. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. c. Cefia* (1979), 21 S.A.S.R. 171 (S.C.); *R. c. Andrews* (1985), 82 Cr. App. R. 148 (C.A.); *R. c. Follen*, [1994] *Crim. L.R.* 225 (C.A.); *R. c. Loumoli*, [1995] 2 N.Z.L.R. 656 (C.A.); *R. c. Maloney*, [1996] 2 Cr. App. R. 303 (C.A.); *R. c. Aylott*, [1996] 2 Cr. App. R. 169 (C.A.); *R. c. Z.A.*, C.A. Angl., 8 mars 1999, inédit. Bien que la jurisprudence américaine soit très partagée sur cette question, bon nombre de tribunaux ont jugé que, dans certaines circonstances, il est loisible de corriger des verdicts après la libération du jury par le juge : *People c. Powell*, 221 P.2d 117 (Cal. Dist. Ct. App. 1950); *State c. Brandenburg*, 120 A.2d 59 (N.J. County Ct. 1956); *State c. Fornea*, 140 So.2d 381 (La. 1962); *Commonwealth c. Brown*, 323 N.E.2d 902 (Mass. 1975); *State c. Edwards*, 552 P.2d 1095 (Wash. Ct. App. 1976); *Webber c. State*, 652 S.W.2d 781 (Tex. Crim. App. 1983); *Burchett c. Commonwealth*, 734 S.W.2d

App. Ct. 1991); *State v. Myers*, 459 S.E.2d 304 (S.C. 1995); *Montanez v. People*, 966 P.2d 1035 (Colo. 1998); *State v. Green*, 995 S.W.2d 591 (Tenn. Crim. App. 1999).

These cases affirm the same general rule used by this Court in *Head*, i.e., that post-discharge, a trial judge is *functus* and has no authority to alter a recorded verdict. However, the case law in these jurisdictions also recognizes an exception to the general rule and permits a rare residual jurisdiction to inquire into the proper verdict in limited circumstances. In addition to the evolving jurisprudence, policy concerns warrant moving beyond *Head* to develop an exception to the general rule. A movement away from the rigidity of the *Head* rule is timely, given both the policy issues involved and the bulk of modern case law on this point. In my opinion, although *Head* forms the general rule that prohibits changes to a criminal verdict post-discharge, we should not foreclose the possibility of a limited and exceptional jurisdiction remaining with the trial judge to recall the jury for the purposes of inquiring into the alleged error, which may result in correction of the recorded verdict. The question then is under what circumstances should this jurisdiction be exercised.

B. *Post-Discharge Jurisdiction to Conduct an Inquiry*

The trial judge does not have the exceptional jurisdiction to inquire into the alleged error post-discharge when the alleged error is of the type such that its correction would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations: *Head*, *supra*, per Lamer J., at pp. 702-3. This limited residual jurisdiction may only be exercised where the errors do not “challenge the ‘validity’ of the verdict or the deliberation or mental processes of the jurors”: *Martin v. State*, 732 So.2d 847 (Miss.

818 (Ky. Ct. App. 1987); *People c. McNeeley*, 575 N.E.2d 926 (Ill. App. Ct. 1991); *State c. Myers*, 459 S.E.2d 304 (S.C. 1995); *Montanez c. People*, 966 P.2d 1035 (Colo. 1998); *State c. Green*, 995 S.W.2d 591 (Tenn. Crim. App. 1999).

Ces décisions confirment la même règle générale appliquée par notre Cour dans l'arrêt *Head*, à savoir que, après la libération du jury, le juge du procès est dessaisi de l'affaire et n'est plus habilité à modifier le verdict qui a été inscrit. Toutefois, dans ces divers ressorts, la jurisprudence reconnaît elle aussi l'existence d'une exception à la règle générale et permet l'exercice d'une rare compétence résiduelle pour enquêter, dans des circonstances limitées, sur le verdict qu'on entendait rendre. Outre l'évolution de la jurisprudence, des considérations de politique générale justifient d'aller au-delà de l'arrêt *Head* et d'assortir la règle générale d'une exception. Le temps est propice pour assouplir la règle établie dans *Head*, eu égard à la fois aux considérations de politique générale en jeu et à l'ensemble de la jurisprudence contemporaine favorisant cette démarche. À mon avis, bien que l'arrêt *Head* énonce la règle générale interdisant la modification, après la libération du jury, du verdict rendu par celui-ci dans une instance pénale, nous ne devrions pas écarter complètement la possibilité que le juge du procès puisse conserver une compétence limitée et exceptionnelle l'autorisant à réunir de nouveau le jury pour enquêter sur l'erreur alléguée, mesure susceptible d'entraîner la correction du verdict qui a été inscrit. La question est alors de savoir dans quelles circonstances ce pouvoir devrait être exercé.

B. *Le pouvoir du juge d'enquêter après la libération du jury*

Le juge du procès ne dispose pas du pouvoir exceptionnel d'enquêter, après la libération du jury, sur l'erreur alléguée dans les cas où, en raison de la nature de l'erreur, le jury doit réexaminer son verdict ou poursuivre ses délibérations : *Head*, précité, le juge Lamer, p. 702-703. Ce pouvoir résiduel limité ne peut être exercé que lorsque les erreurs [TRADUCTION] « ne mettent pas en doute la “validité” du verdict, des délibérations ou des raisonnements des jurés » : *Martin c. State*, 732 So.2d

1998), at p. 851. The rationale is that, once the jury has delivered its verdict, it should not be permitted to change its mind. If the error requires the jury post-discharge to reconsider its earlier conclusion or continue its cogitations on the matter, the error cannot be corrected, because the trial process has concluded and the judge is *functus officio*.

54

It is only where the error does not engage the deliberations of the jury that the exceptional jurisdiction may be exercised. It is unwise to characterize these types of errors as “clerical errors” or “accidental slips”, given the vague meaning of these terms. “Clerical errors” or “accidental slips”, as those terms are commonly understood, are administrative and may be corrected by the judge without recalling the jury: *United States v. Dotson*, 817 F.2d 1127 (5th Cir. 1987), modified upon rehearing 821 F.2d 1034 (5th Cir. 1987); *Bricmont v. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199, and *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. These slips would be minor, such as correcting dates and duties of a similar nature. However, the error in the present appeal and similar cases necessitates a recall of the jury in order to confirm the true and unanimous verdict and the discrepancy with the announced and recorded verdict. Therefore, rather than use the label “clerical error”, it is preferable to say that the exceptional post-discharge jurisdiction can only be exercised where the correction of the error, although it requires the presence of the jury, does not require the jury to reconsider its verdict or complete its deliberations with a view to handing down additional verdicts: *Head, supra, per Lamer J.*, at pp. 702-3.

55

If an irregularity has been detected and the jury has been discharged, the first question a trial judge should ask is whether the nature of the error is such that it would involve the jury reconsidering its verdict or completing its deliberations. If yes, then the general rule in *Head* applies and the trial judge is

847 (Miss. 1998), p. 851. La justification de cette restriction est que, dès que le jury a rendu son verdict, il ne devrait pas être autorisé à changer d’avis. Si, en raison de l’erreur en question, le jury doit, après sa libération, réexaminer sa conclusion initiale ou poursuivre ses délibérations sur l’affaire, cette erreur ne peut être corrigée étant donné que le procès est clos et que le juge est dessaisi de l’affaire.

Ce n’est que lorsque l’erreur ne concerne pas les délibérations du jury que la compétence exceptionnelle peut être exercée. Il n’est pas sage de qualifier les erreurs de ce genre d’« erreurs matérielles » ou de « lapsus », étant donné le sens vague de ces expressions. Selon l’acception générale de ces termes, les « erreurs matérielles » ou les « lapsus » sont des erreurs administratives qui peuvent être corrigées par le juge sans qu’il faille réunir de nouveau le jury : *United States c. Dotson*, 817 F.2d 1127 (5th Cir. 1987), modifiée à la suite d’une nouvelle audience 821 F.2d 1034 (5th Cir. 1987); *Bricmont c. Mathieu* (1987), 7 Q.A.C. 199, et *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848. Il s’agirait d’erreurs mineures, par exemple erreurs de dates ou autres coquilles du genre. Toutefois, l’erreur en cause dans le présent pourvoi et dans des affaires similaires nécessite le rappel du jury afin de confirmer le verdict véritable et unanime, ainsi que la divergence entre le verdict communiqué et celui qui a été inscrit. Par conséquent, plutôt que d’employer l’expression « erreur matérielle », il est préférable de dire que la compétence exceptionnellement applicable après la libération du jury ne peut être exercée que lorsque la correction de l’erreur, quoiqu’elle requière la présence du jury, n’oblige pas celui-ci à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations en vue de prononcer d’autres verdicts : *Head*, précité, le juge Lamer, p. 702-703.

Lorsqu’une irrégularité est décelée mais que le jury a été libéré, la première question que le juge du procès doit se poser est de savoir si la nature de l’erreur est telle que le jury doit réexaminer son verdict ou poursuivre ses délibérations. Dans l’affirmative, la règle générale de l’arrêt *Head* s’applique

functus officio. If no, the trial judge has a narrow and exceptional jurisdiction to recall the jury for the purposes of inquiring into the alleged error.

C. *The Nature of the Inquiry and its Limitations*

If it is concluded that the error does not require reconsideration of the verdict by the jury, the trial judge has an exceptional jurisdiction to recall the jury for the purposes of conducting an inquiry. However, it remains to be determined whether the trial judge has remedial jurisdiction to change the originally recorded verdict. In some cases, it may simply be too late to change the verdict, even though the error does not involve reconsideration of the verdict. What then is the appropriate cutoff point beyond which the verdict cannot be altered? The post-discharge inquiry determines this cutoff point.

In the courts that permit post-discharge alteration of a verdict, the most common rule is to preclude clarification and correction of the verdict once the jurors have dispersed. The case law expresses its concern with dispersal in various ways, focussing at some times on whether the jurors have “separat[ed] from the presence and control of the trial court” and at others on the “opportunity for outside contact or influence”: *Green, supra*, at pp. 609 and 612.

Some courts have taken a rigid stand on dispersal, and concluded that even the briefest exit from the courtroom eliminates any possibility of changing the verdict: *Brandenburg, supra*; *People v. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (Mich. Ct. App. 1971). For instance, in *Green, supra*, the jury was reassembled 58 seconds after their discharge; it was held to be too late for the trial judge to correct the verdict. This appears to me to be too narrow and rigid an approach to defining the circumstances under which the remedial jurisdiction to correct the verdict exists. If the “discharge” rule in *Head* is to be varied, it would make no sense to

et le juge du procès est dessaisi de l'affaire. Dans le cas contraire, le juge dispose d'un pouvoir exceptionnel et limité l'autorisant à réunir de nouveau le jury pour enquêter sur l'erreur alléguée.

C. *La nature de l'enquête et ses limites*

Si le juge du procès estime qu'il ne s'agit pas d'une erreur obligeant le jury à réexaminer son verdict, il dispose du pouvoir exceptionnel de rappeler le jury pour tenir une enquête. Toutefois, il reste à décider si le juge du procès a un pouvoir de réparation l'autorisant à modifier le verdict inscrit initialement. Dans certains cas, même si l'erreur n'est pas telle que le jury doit réexaminer son verdict, il peut être tout simplement trop tard pour modifier celui-ci. Où se situe donc la ligne de démarcation au-delà de laquelle le verdict ne peut plus être modifié? La nature de l'enquête menée après la libération du jury détermine l'emplacement de cette ligne.

Au sein des tribunaux qui autorisent la modification du verdict après la libération du jury, la règle qu'on rencontre le plus fréquemment consiste à interdire la clarification et la correction du verdict dès lors que les jurés se sont dispersés. La façon dont le principe est énoncé dans la jurisprudence sur la question de la dispersion du jury varie, l'accent portant dans certains cas sur la question de savoir si les jurés [TRADUCTION] « ne sont plus en présence du tribunal et sous son autorité » et, dans d'autres, sur celle de savoir s'il y a eu « occasion de contact avec l'extérieur ou d'influence externe » : *Green, précité*, p. 609 et 612.

Certains tribunaux ont adopté une attitude rigide à l'égard de la dispersion et conclu que même la plus brève sortie hors de la salle d'audience élimine toute possibilité de modification du verdict : *Brandenburg, précité*; *People c. Rushin*, 194 N.W.2d 718 (Mich. Ct. App. 1971). Dans l'arrêt *Green, précité*, par exemple, le jury a été rassemblé 58 secondes après sa libération, mais on a estimé qu'il était trop tard pour que le juge du procès puisse corriger le verdict. Cette façon de définir les circonstances dans lesquelles le tribunal dispose du pouvoir de réparation l'autorisant à corriger le verdict me semble trop étroite et trop rigide. S'il y a lieu de

56

57

58

replace that inflexible test with one of equal rigidity.

59

In addition, there may be circumstances where it would be inappropriate for the trial judge to correct the verdict, even though the jury has not yet dispersed or separated. For instance, a discharged jury which has not yet left the jury box could be influenced or tainted by the strong reactions of the accused or the public gallery to the initially announced verdict (see *Follen, supra*). Therefore, as other factors impinge on whether the recorded verdict should be corrected, it seems that dispersal cannot be the sole determinative test for the trial judge's remedial jurisdiction to correct the verdict.

60

The appropriate cutoff point beyond which the verdict cannot be corrected is found in the rationale underlying the "dispersal" case law. The reason for using dispersal as the outside limit is that once the jurors have dispersed, they are no longer functioning as a single, cohesive unit, and are exposed to outside contacts which may reasonably raise the apprehension of bias. The jury's dispersal is relevant only insofar as it establishes the presence or absence of the reasonable apprehension of bias. Logically, if the jurors have left the controlled courtroom environment, then the more time that has passed between the announcement of the verdict and the reconvening of the jury, the more convincing the argument becomes for establishing a reasonable apprehension of bias. Similarly, "reasonable apprehension of bias" is the test used by trial judges in deciding whether to discharge a juror (s. 644(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; *R. v. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349), and in determining whether there has been improper contact between a sequestered jury and the outside world (s. 647(1) and (2) of the *Criminal Code*; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. x). In my opinion, if the dominant consideration driving the "dispersal" case law, the law on sequestering and the law on the discharge of jurors is the fear of a tainted or biased jury, or the appearance of unfairness, then

modifier la règle relative à la « dispersion » énoncée dans l'arrêt *Head*, il serait absurde de remplacer ce critère inflexible par un autre tout aussi rigide.

Il peut en outre se présenter des circonstances où il ne conviendrait pas que le juge du procès corrige le verdict, bien que le jury ne soit pas encore dispersé. Par exemple, un jury qui vient d'être libéré mais n'a pas encore quitté le banc des jurés pourrait être influencé ou impressionné par les fortes réactions de l'accusé ou du public à l'annonce du verdict initial (voir *Follen*, précité). Par conséquent, comme d'autres facteurs influent sur la question de savoir s'il y a lieu de corriger le verdict qui a été inscrit, il semble que la dispersion du jury ne puisse constituer le seul critère déterminant de l'existence du pouvoir de réparation autorisant le tribunal à corriger le verdict après la libération du jury.

La ligne de démarcation appropriée au-delà de laquelle le verdict ne peut être corrigé, peut être dégagée de la justification invoquée dans la jurisprudence sur la « dispersion [du jury] ». La raison pour laquelle la dispersion sert de limite extérieure est qu'une fois qu'elle est survenue, les jurés n'agissent plus comme une entité distincte et cohésive, et qu'ils sont exposés à des contacts extérieurs susceptibles de faire naître une crainte raisonnable de partialité. La dispersion du jury n'est pertinente que dans la mesure où elle établit l'existence ou l'absence d'une crainte raisonnable de partialité. Logiquement, lorsque les jurés ont quitté l'environnement contrôlé de la salle d'audience, plus il s'est écoulé de temps entre l'annonce du verdict et la réunion du jury, plus l'argument prônant l'existence d'une crainte raisonnable de partialité devient convaincant. De même, la « crainte raisonnable de partialité » est le critère utilisé par les juges présidant les procès pour décider s'il y a lieu de libérer un juré (par. 644(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; *R. c. Budai* (2001), 154 C.C.C. (3d) 289, 2001 BCCA 349), et pour décider s'il y a eu communications non autorisées entre un juré séquestré et l'extérieur (par. 647(1) et (2) du *Code criminel*; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. x). À mon avis, si la considération principale à la base de la jurisprudence sur la « dispersion », du droit relatif à la séquestration

this driving consideration should form the relevant test for the trial judge's post-discharge jurisdiction to reconvene the jury and inquire into the alleged error.

The appropriate post-discharge inquiry into an alleged error is "reasonable apprehension of bias". In determining whether this apprehension exists, the trial judge should examine the circumstances of the individual case. This contextual approach has a basis in the English case of *Andrews, supra*, at p. 154:

[T]he judge has a discretion whether to allow the alteration [to the verdict] to be made. In exercising that discretion he will, it goes without saying, take into account all the circumstances of the case; in particular the important considerations will be the length of time which has elapsed between the original verdict and the moment when the jury express their wish to alter it, the probable reason for the initial mistake, the necessity to ensure that justice is done not only to the defendant but also to the prosecution. The fact that the defendant has been discharged from custody is one of the factors but is not necessarily fatal to the judge's discretion to alter the verdict to one of guilty.

As stated in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, the precise phrasing of the test is not crucial, if the substance is plain. It is interchangeably expressed as a "reasonable apprehension", "real likelihood" or "real danger" of bias, a "reasonable suspicion" of prejudice or taint, and so forth. Whatever the exact formulation of the test, the essence of the inquiry is the same; namely, the test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude": *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J.*

The list of factors in *Andrews* does not purport to be exhaustive. All circumstances relevant to determining reasonable apprehension of bias in an individual case should be considered. By way

et de la libération des jurés est la crainte d'influence ou de partialité du jury ou l'apparence d'injustice, alors cette considération devrait constituer le critère pertinent pour l'application du pouvoir autorisant le juge du procès à réunir à nouveau le jury après sa libération et à enquêter sur l'erreur alléguée.

Le critère qu'il convient d'appliquer dans le cadre de l'enquête menée, après la libération du jury, sur l'erreur alléguée est celui de la « crainte raisonnable de partialité ». Afin de statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit examiner les circonstances propres à l'affaire dont il est saisi. Cette approche contextuelle tire son fondement de l'arrêt anglais *Andrews*, précité, p. 154 :

[TRADUCTION] [L]e juge a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu de permettre la modification [du verdict]. Il va sans dire que, dans l'exercice de ce pouvoir, il tient compte de toutes les circonstances de l'affaire; particulièrement des importantes considérations que sont le laps de temps écoulé entre le verdict original et le moment où les jurés expriment leur intention de le modifier, la cause probable de l'erreur initiale et la nécessité de faire en sorte d'être juste non seulement envers le défendeur, mais aussi envers la poursuite. Le fait que le défendeur ait été relaxé ne constitue qu'un des facteurs et il n'est pas nécessairement fatal pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de changer le verdict et d'inscrire un verdict de culpabilité.

Comme il a été dit dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, la formulation précise du critère n'est pas cruciale, pourvu que sa teneur soit claire. On l'énonce au moyen des expressions interchangeables « crainte raisonnable », « réelle probabilité » ou « danger réel » de partialité, « soupçon raisonnable » de parti pris ou d'influence et autres expressions semblables. Quelle que soit la formulation exacte du critère, l'essence de l'examen ne change pas, il s'agit de se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » : *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré.

La liste des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Andrews* ne se veut pas exhaustive. Toutes les circonstances pertinentes pour statuer sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité dans

of illustration, a trial judge may wish to consider whether the jury was exposed to an immediate and strong reaction to the recorded verdict by the public (as in *Follen, supra*) and/or the media.

63 Although the above-listed factors may be useful to take into account, I think that in many cases a significant element in establishing reasonable apprehension is dispersal. It is very important for the trial judge to examine the nature and extent of the jury's dispersal. How much dispersal has occurred? Did the jury merely step back into the jury room, which is not accessible to the public? Or did the jury leave the courthouse and enter public spaces? The trial judge should take care to examine the length of time during which the jury was separated, because obviously the jury's absence from the courtroom for a few seconds or minutes is often less indicative of a reasonable apprehension of bias, as compared to a more extended absence. If a jury has dispersed for a relatively lengthy period of time, such as several days, I would think that a trial judge would almost always conclude that this extensive degree of dispersal would raise a reasonable apprehension of bias. In my opinion, the evidence on dispersal will in many cases provide the most compelling evidence on which the reasonable apprehension of bias determination will turn. Dispersal may often be the linchpin of the reasonable apprehension of bias test.

64 Dispersal may in some cases be reparable but in the circumstances of this case, the wide media coverage and the public statements that it was "scary" that the judge could acquit the accused and then "change his mind", and that the process was "a joke" (*infra*, at para. 84) is some evidence that the legal process was unsatisfactory. The public confidence in the jury system would be diminished and undermined by these circumstances.

une affaire donnée doivent être examinées. À titre d'exemple, le juge du procès peut se demander si le jury a été exposé à des réactions vives et immédiates de la part du public (comme dans l'affaire *Follen*, précitée), des médias ou des deux à l'égard du verdict qui a été inscrit.

Bien qu'il puisse être utile de tenir compte des facteurs susmentionnés, je crois que, dans bon nombre de cas, la dispersion du jury est un élément important pour établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Il est très important que le juge du procès se penche sur la nature de la dispersion et sa durée. Quelle a été l'ampleur de la dispersion? Le jury est-il tout simplement retourné dans la salle des jurés, à laquelle le public n'a pas accès? Ou a-t-il plutôt quitté le palais de justice et est-il entré dans des lieux publics? Le juge du procès devrait prendre soin d'examiner la période pendant laquelle le jury a été dispersé, parce qu'il va de soi qu'une courte absence de quelques secondes ou de quelques minutes hors de la salle d'audience sera moins souvent le signe d'une crainte raisonnable de partialité qu'une absence plus prolongée. Lorsque le jury est resté dispersé pendant une période relativement longue, plusieurs jours par exemple, je pense que dans pratiquement tous les cas le juge du procès estimera qu'une dispersion aussi longue fait naître une crainte raisonnable de partialité. À mon avis, la preuve relative à la dispersion constituera dans de nombreuses affaires la preuve la plus déterminante quant à l'existence ou non d'une crainte raisonnable de partialité. La dispersion est souvent l'élément clé du critère de la crainte raisonnable de partialité.

La dispersion peut dans certains cas ne pas être fatale, mais, dans les circonstances de l'espèce, l'abondante couverture médiatique et les déclarations publiques disant qu'il était « alarmant » que le juge puisse acquitter l'accusé et ensuite « changer d'idée » et que le processus était une « farce » (*infra*, par. 84) constituent des éléments de preuve du caractère insatisfaisant du processus juridique. La confiance du public dans le système de procès devant jury ne manquerait pas d'être ébranlée par ces circonstances.

As the test is the reasonable apprehension of bias, the concern in determining whether there has been dispersal is not whether there has been the opportunity for momentary outside influence, but whether there is a reasonable apprehension of bias. Similar to judges, juries should be presumed to be impartial. There are numerous procedural safeguards designed to ensure the impartiality of jurors (*R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 714). Section 647(1) of the *Criminal Code* ensures that the jury remains sequestered, stating that the trial judge can permit the jury to separate only prior to entering deliberations and rendering the verdict. Section 647(4) contemplates a mistrial if this rule is violated. In addition, there are other safeguards, such as jury selection, the process that requires jurors to swear an oath to give a true verdict according to the evidence, and the judge's instructions in the form of his or her charge to the jury.

As a result, the presumption of impartiality should not be displaced by the slightest suspicion of outside influence. As an allegation of bias or outside contact calls into question the entire integrity of the jury and the overall administration of justice, the impartiality of the jury should only be impugned where on the evidence there is a reasonable apprehension of this bias. The same standard also applies to judges or administrative tribunals when there are allegations of bias: *S. (R.D.)*, *supra*, at paras. 109-15. Courts should be reluctant when presented with a whisper of bias to immediately conclude that the system ensuring impartial decisions has failed; consequently, we should not be quick to find a biased jury unless there is evidence to support a reasonable apprehension of the allegation.

Along those lines, the nature of the post-discharge inquiry into the alleged error does not require proof of actual bias of the jury. The test is "reasonable apprehension of bias", not a "certainty of bias". Not only are there practical concerns about the difficulty of ever being able to prove actual bias, but it is also unnecessary to say that it is important to maintain a

65

Comme le critère applicable est celui de la crainte raisonnable de partialité, la question fondamentale pour décider s'il y a eu dispersion n'est pas de savoir s'il y a eu ou non possibilité d'influence extérieure momentanée, mais plutôt s'il existe une crainte raisonnable de partialité. À l'instar des juges, les jurys doivent être présumés impartiaux. Il existe de nombreuses garanties procédurales visant à assurer l'impartialité des jurés (*R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714). Le paragraphe 647(1) du *Code criminel* permet de garder le jury séquestré, précisant que le juge du procès ne peut autoriser les membres du jury à se séparer qu'avant qu'il amorce ses délibérations et rende son verdict. Suivant le par. 647(4), l'inobservation de cette règle peut entraîner l'annulation du procès. Il existe en outre d'autres garanties tels le processus de sélection des jurés, le serment que ceux-ci doivent prêter indiquant qu'ils prononceront leur verdict à la lumière de la preuve et les directives du juge dans son exposé au jury.

66

Par conséquent, le moindre soupçon d'influence extérieure ne doit pas avoir pour effet écarter la présomption d'impartialité. Comme une allégation de partialité ou de contact avec l'extérieur compromet l'intégrité de tout le jury et l'administration de la justice dans son ensemble, l'impartialité du jury ne devrait être contestée que si des éléments de preuve révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. La même norme est appliquée en cas d'allégation de partialité visant des juges ou des tribunaux administratifs : *S. (R.D.)*, précité, par. 109-115. En cas de simple rumeur de partialité, les tribunaux devraient se montrer réticents à juger sur-le-champ qu'il y a eu défaillance du système visant à assurer des décisions impartiales. En conséquence, nous ne devrions pas être trop prompts à conclure à la partialité d'un jury sans éléments de preuve étayant une crainte raisonnable de l'existence d'une telle situation.

67

En ce sens, l'enquête menée après la libération du jury sur l'erreur alléguée n'exige pas, de par sa nature, qu'on apporte une preuve de partialité réelle du jury. Le critère consiste à établir une « crainte raisonnable de partialité » et non une « partialité certaine ». Cela s'explique non seulement par des raisons d'ordre pratique tenant à la difficulté de

high degree of public confidence in the integrity of the criminal justice system. Actual bias is not the appropriate test. Instead we should look again, albeit unimaginatively, to Lord Hewart's famous admonition that it "is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259.

68 In summary, the jurisprudence has shifted since *Head*. The general rule has been that after the jury in a criminal trial has been discharged, the trial judge is *functus officio* and lacks jurisdiction to reconvene the jury and inquire into the alleged error in the verdict.

69 However, an exception to the general rule exists where the error is one that does not require the jury to reconsider the verdict or continue its deliberations with a view to handing down additional verdicts; there the trial judge retains the limited jurisdiction to recall the jury and conduct a narrow inquiry into the alleged error. This type of error has sometimes been called "clerical", but given the mixed meanings of such phrases as "clerical error" or "accidental slip", the description is inadequate.

70 The first question that a trial judge must ask post-discharge is whether the error is one that requires reconsideration of the verdict. If it requires redeliberation of the verdict, there are no circumstances under which the judge will retain or otherwise possess jurisdiction to reconvene the jury and conduct an inquiry into the alleged error. The trial has concluded and the jury's function is finished. The jury is not then permitted to change its mind. If the error does not require the jury to reconsider its verdict, then the trial judge possesses jurisdiction to conduct an inquiry, the nature of the inquiry being whether the facts of the case disclose a reasonable apprehension of bias. In determining whether this apprehension is raised, the trial judge must consider all of

prouver la partialité réelle, mais aussi, il va sans dire, par l'importance de maintenir un degré élevé de confiance du public dans l'intégrité du système de justice pénale. La partialité réelle ne constitue pas le critère approprié. Il convient plutôt, au risque de manquer d'originalité, de se rappeler la célèbre mise en garde de lord Hewart, savoir qu'il [TRADUCTION] « est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » : *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259.

En somme, la jurisprudence a évolué depuis l'arrêt *Head*. Suivant la règle générale, après la libération du jury dans un procès pénal, le juge du procès est dessaisi de l'affaire et n'a pas compétence pour réunir de nouveau le jury et enquêter sur l'erreur qui, allègue-t-on, entacherait le verdict.

L'application de cette règle générale est toutefois assortie d'une exception, soit les cas où l'erreur en cause ne requiert pas que le jury réexamine son verdict ou poursuive ses délibérations en vue de rendre des verdicts supplémentaires. Dans une telle situation, le juge du procès conserve le pouvoir restreint de réunir de nouveau le jury et de mener une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Les erreurs de ce type sont parfois qualifiées de « matérielles », mais étant donné les divers sens attribués aux expressions comme « erreur matérielle » ou « lapsus », une telle description n'est pas adéquate.

La première question que le juge du procès doit se poser après la libération du jury est de savoir s'il s'agit d'une erreur requérant le réexamen du verdict. Si l'erreur exige la reprise des délibérations, alors en aucun cas le juge ne conserve ni ne possède de quelque autre façon le pouvoir de réunir de nouveau le jury et d'enquêter sur l'erreur alléguée. Le procès est clos et le jury a complété sa tâche. Le jury n'est alors plus autorisé à changer d'opinion. Si l'erreur ne requiert pas que le jury réexamine son verdict, le juge du procès a alors compétence pour tenir une enquête, au cours de laquelle il doit se demander si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Pour statuer sur l'existence d'une telle crainte, le juge du procès doit tenir compte de

the relevant circumstances of the case, an important circumstance usually being the dispersal of the jury and its probable effect on the minds of reasonable members of the public. If the facts disclose a reasonable apprehension of bias, the trial judge's remedial jurisdiction is necessarily limited, such that the trial judge cannot alter the originally recorded verdict. The scope of the trial judge's remedial jurisdiction is discussed in detail in the next section.

D. Remedial Jurisdiction of the Trial Judge

As in some cases a trial judge may possess a residual jurisdiction to conduct an inquiry into the verdict post-discharge, it is logical that there exists a concomitant remedial jurisdiction. The question is the content of this remedial jurisdiction.

In my opinion, the trial judge is, as is frequently the case, in the best position to select the appropriate remedy based on the particular circumstances of the case. Having seen the trial through to the discharge of the jury, the trial judge is in a superior position *vis-à-vis* appellate courts to determine the probable reason for the error and to assess the resulting damage, if any. The trial judge should have the discretion to settle upon the proper remedy for the irregularity that occurred under his or her supervision.

The trial judge must of course be aware of the policies animating the general rule of "discharge is too late" and the rule permitting exceptional jurisdiction to inquire into certain errors. If the trial judge concludes that, in the circumstances, there exists a reasonable apprehension of bias, then he or she cannot correct the verdict because in order to reach that conclusion the trial judge has found that the jury has ceased to function as a single, cohesive unit, resulting in potential exposure to outside influence. To attempt to correct the verdict in the face of a reasonable apprehension or perception by the public that the system is biased or prejudiced is not allowed.

toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, un facteur important étant généralement la dispersion du jury et son effet probable sur l'esprit de membres raisonnables du public. Si les faits révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, le pouvoir de réparation du juge du procès est nécessairement limité et ce dernier ne peut modifier le verdict qui a été inscrit initialement. L'étendue de ce pouvoir de réparation est examinée en détail dans la prochaine section.

D. Le pouvoir de réparation du juge du procès

Étant donné que, dans certains cas, le juge du procès dispose d'une compétence résiduelle l'habilitant à faire enquête sur le verdict après la libération du jury, il est logique qu'il possède un pourvoi de réparation correspondant. La question qui se pose est celle du contenu de ce pourvoi de réparation.

À mon avis, il arrive fréquemment que le juge du procès soit la personne la mieux placée pour choisir la solution appropriée eu égard aux circonstances particulières de l'espèce. Comme il a assisté à tout le procès, jusqu'à la libération du jury, il est en meilleure position que les tribunaux d'appel pour déterminer la cause probable de l'erreur et apprécier le préjudice qui a pu en résulter. Le juge du procès devrait disposer du pouvoir discrétionnaire d'arrêter la solution appropriée pour corriger l'irrégularité survenue dans le cours du procès qu'il présidait.

Le juge du procès doit naturellement bien connaître les considérations de politique générale à la base de la règle générale de l'« interdiction d'intervenir après la libération du jury » et de la règle autorisant l'exercice du pouvoir exceptionnel d'enquêter sur certaines erreurs. Si, dans les circonstances de l'affaire dont il est saisi, le juge du procès conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, il ne peut dès lors corriger le verdict car, pour tirer cette conclusion, il lui a fallu constater que le jury avait cessé de fonctionner comme une entité distincte et cohésive, situation qui risquait d'exposer ses membres à des influences extérieures. Il est interdit de tenter de corriger le verdict s'il existe, dans le public, une crainte ou perception raisonnable que le système est entaché de partialité ou de parti pris.

71

72

73

74

However, a conclusion that there is a reasonable apprehension of bias does not mean that the verdict as originally announced must always stand. Where the trial judge has concluded that the apprehension is raised and, on these circumstances, the verdict cannot be corrected, the trial judge retains the remedial jurisdiction and has the discretion to declare a mistrial. There are broad common law powers to declare a mistrial. Mistrials have been ordered or considered as a potential solution in a range of situations: where a jury member is discharged (*R. v. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [1996] 1 S.C.R. x; and *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii); where inadmissible evidence is adduced during trial which might influence the jury (*R. v. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. xii); where there is inadmissible communication between a witness and a juror causing prejudice (*R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (Que. C.A.)); where disclosure is made immediately prior to or during the trial (*R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (Alta. C.A.); *R. v. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90 (Ont. C.A.)); and where the jury had already rendered a verdict but had not decided on the issue of mental disorder, making it impossible for the judge to enter the intended conviction without "taint" (*R. v. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL) (Gen. Div.)). The common theme running through this case law is the test of whether there is a [TRANSLATION] "real danger" of prejudice to the accused or danger of a miscarriage of justice: *Lessard, supra*, at p. 562 C.C.C.

75

In declaring a mistrial, the trial judge therefore turns his or her mind to the question of whether a mistrial is needed to prevent a miscarriage of justice. This determination will necessarily involve an examination of the surrounding circumstances. Injustice to the accused is of particular concern, given that the state with all its resources acts as the singular antagonist of the individual accused in a criminal case. This factor should be balanced against other relevant

Toutefois, le fait que le juge du procès conclue à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité ne signifie pas pour autant que le verdict annoncé initialement doit toujours être maintenu. Lorsque le juge estime qu'une telle crainte a pris naissance et que, dans les circonstances, le verdict ne peut être corrigé, il conserve néanmoins son pouvoir de réparation et il a le pouvoir discrétionnaire de prononcer la nullité du procès. Les juges disposent, en vertu de la common law, de vastes pouvoirs les autorisant à prononcer la nullité d'un procès. Cette réparation a été soit ordonnée soit envisagée comme solution potentielle dans un large éventail de situations : libération d'un juré (*R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi refusée, [1996] 1 R.C.S. x; *R. c. Lessard*, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. vii); présentation, au cours du procès, d'éléments de preuve inadmissibles et susceptibles d'avoir influencé le jury (*R. c. Woods* (1989), 49 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. xii); communication inadmissible préjudiciable entre un témoin et un juré (*R. c. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (C.A. Qué.)); communication d'éléments de preuve immédiatement avant ou pendant le procès (*R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A. Alb.); *R. c. T. (L.A.)* (1993), 84 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Ont.)); verdict annoncé par le jury, mais sans décision sur la question du trouble mental, situation mettant le juge dans l'impossibilité d'inscrire le verdict de culpabilité arrêté sans qu'il y ait apparence d'« influence » (*R. c. Rondeau*, [1998] O.J. No. 5759 (QL) (Div. gén.)). Le dénominateur commun de toute cette jurisprudence est le critère exigeant que l'on détermine s'il y a « danger réel » de préjudice pour l'accusé ou risque d'erreur judiciaire : *Lessard*, précité, p. 1212.

Avant de prononcer la nullité du procès, le juge qui le préside doit par conséquent se demander si cette décision est nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire. Cette décision implique nécessairement l'examen des circonstances de l'affaire. Le risque d'injustice envers l'accusé est une préoccupation particulièrement importante étant donné que c'est l'État, appuyé par toutes ses ressources, qui agit comme adversaire singulier de l'accusé dans une

factors, such as the seriousness of the offence, protection of the public and bringing the guilty to justice. It may be fitting to allow the announced verdict to stand where the period the accused has been at liberty and under the mistaken impression that he or she had been acquitted has been lengthy, and where the charge is not so egregious as to bring the administration of justice into disrepute. As has already been stated, the trial judge is in the best position to assess the circumstances of each individual case and select the most appropriate remedy.

Where, however, the trial judge concludes that, on the facts, a reasonable apprehension of bias is not raised, then the trial judge can and should correct the error and register the proper verdict. It is difficult to think that a mistrial would be available in those circumstances. There is no need to declare a mistrial where the trial judge has retained jurisdiction, if the fear of the reasonable apprehension is not engaged. Declaring a mistrial may lead to a new trial. Given the time, cost and resources expended on new trials, where a trial judge has found no reasonable apprehension of bias, simply correcting the error is a more efficient and fair result, without any prejudice to the accused or the state.

In summary, where the trial judge concludes, post-discharge, that the facts raise a reasonable apprehension of bias, then the trial judge should declare a mistrial, if that is the necessary remedy to prevent a miscarriage of justice. In making that order, the trial judge considers the rights of the accused, the public, and the effect of not ordering a mistrial on the administration of justice. On the other hand, if a mistrial is not necessary to prevent a miscarriage of justice, then the trial judge should uphold the verdict as given at trial. Where, however, the trial judge concludes that there is no reasonable apprehension of bias, the trial judge must correct the error in the verdict; a mistrial is not available as a remedy.

affaire pénale. Ce facteur doit être mis en balance avec d'autres facteurs pertinents comme la gravité de l'infraction, la protection du public et la nécessité de traduire les coupables en justice. Il peut être approprié de maintenir le verdict qui a été annoncé lorsque la période pendant laquelle l'accusé est demeuré en liberté sous l'impression erronée d'avoir été acquitté a été longue, et lorsque l'accusation n'est pas sérieuse au point où l'administration de la justice serait susceptible d'être déconsidérée. Comme il a été indiqué précédemment, le juge du procès est celui qui est le mieux placé pour apprécier les circonstances particulières de l'affaire dont il est saisi et pour choisir la réparation qui convient le mieux.

En revanche, lorsque, à la lumière des faits, le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il peut et doit corriger l'erreur et inscrire le verdict approprié. Il est difficile d'imaginer l'annulation du procès dans de telles circonstances. Il n'est pas nécessaire de prononcer la nullité du procès lorsque le juge qui l'a présidé a conservé sa compétence, si le risque de crainte raisonnable de partialité n'est pas un facteur. L'annulation du procès initial peut entraîner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu du temps, du coût et des ressources qu'exige la tenue d'un nouveau procès, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, le simple fait de corriger l'erreur constitue une solution beaucoup plus juste et équitable, qui ne cause de préjudice ni à l'accusé ni à l'État.

En résumé, lorsque, après la libération du jury, le juge du procès estime que les faits font naître une crainte raisonnable de partialité, il doit prononcer la nullité du procès, si cette réparation s'impose pour prévenir une erreur judiciaire. Le juge du procès tient alors compte des droits de l'accusé et de ceux du public, ainsi que de l'effet qu'aurait sur l'administration de la justice la décision de ne pas prononcer la nullité du procès. À l'opposé, si l'annulation du procès n'est pas nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire, le juge du procès doit alors maintenir le verdict rendu au procès. Par ailleurs, lorsque le juge du procès conclut à l'absence de crainte raisonnable de partialité, il doit corriger l'erreur entachant le verdict; en pareil cas, il n'y a pas ouverture à l'annulation du procès.

76

77

E. *Application to this Appeal*

78

Before commencing an analysis of the substance of the appeal, I observe, as an aside, that the method of polling prescribed in the court practice manual and used in this case was flawed. Polling the jury is an optional safeguard designed to ensure the true unanimity of the verdict. Merely asking the jurors to assent or dissent with “the verdict as announced” does not ensure that each juror actively confirms the verdict and the unanimity of the verdict. Where polling is requested, the procedure for polling should be for the court clerk to ask each juror to repeat the verdict that the foreman has announced, or for the court clerk to repeat the verdict to each juror and ask if he or she agrees.

79

Applying the principles outlined above to the facts of this case, the appeal should be allowed, and a new trial ordered. The general rule is that, post-discharge, a trial judge in a criminal matter is *functus officio* and does not have jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged irregularity. However, the present case falls within the exception to the general rule. Namely, the error at issue in this case is one that, while necessitating the recall of the jury, does not involve the jury reconsidering its verdict. The alleged error in this case lay in the faulty transmission and recording of the verdict, rather than in the deliberations leading to the verdict. A residual jurisdiction to inquire into the irregularity exists where the error in question did not involve recalling the jury to continue or complete its deliberations.

80

As the error in this case is one that does not involve reconsideration or redeliberation of the verdict, the trial judge had post-discharge jurisdiction to conduct an inquiry into the alleged error. However, the trial judge did not conduct the proper inquiry. As I concluded above, the nature of the inquiry is directed to whether there is a reasonable apprehension of bias. The trial judge instead conducted an

E. *Application au présent pourvoi*

Avant d’amorcer l’analyse du fond du pourvoi, je tiens à souligner, en passant, que la méthode de vérification du verdict prescrite par le guide des pratiques de la cour et qui a été suivie en l’espèce était inadéquate. La vérification du verdict auprès de chaque membre du jury est une mesure de protection facultative qui permet de s’assurer de l’unanimité véritable du verdict. Le fait de se contenter de demander uniquement aux jurés s’ils sont d’accord ou non avec « le verdict tel qu’il a été annoncé » ne garantit pas que chaque juré confirme concrètement le verdict et l’unanimité de celui-ci. En cas de demande de vérification, voici la procédure qui devrait être utilisée : le greffier demande à chaque juré de répéter le verdict que le président du jury a annoncé ou il répète le verdict à chaque juré en lui demandant s’il est d’accord.

L’application des principes susmentionnés aux faits de la présente espèce amène à conclure qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Suivant la règle générale, après la libération du jury dans une instance pénale, le juge du procès est dessaisi de l’affaire et il n’a pas compétence pour enquêter sur l’irrégularité reprochée. Toutefois, la présente espèce relève de l’exception à cette règle générale. En effet, il s’agit d’une erreur qui, bien que nécessitant le rappel du jury, ne requiert pas que celui-ci réexamine son verdict. L’erreur invoquée en l’espèce découle de la communication et de l’inscription erronées du verdict plutôt que des délibérations ayant conduit au verdict. Il existe une compétence résiduelle permettant d’enquêter sur l’irrégularité lorsque l’erreur concernée n’exigeait pas le rappel du jury pour qu’il poursuive ou complète ses délibérations.

Comme nous sommes en présence, en l’espèce, d’une erreur n’exigeant pas le réexamen du verdict ou la reprise des délibérations, le juge du procès avait compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur l’erreur alléguée. Toutefois, il n’a pas mené la bonne enquête. Conformément à la conclusion que j’ai tirée plus tôt, l’enquête vise à déterminer s’il existe une crainte raisonnable de

actual bias test. Furthermore, an assessment of the relevant circumstances by applying the contextual analysis outlined above (at paras. 60-66) leads me to conclude that the apprehension of bias is raised in this case. In particular, the extent of the jury's dispersal provides the most compelling evidence establishing a reasonable apprehension of bias.

A careful analysis of the relevant circumstances of this case supports the conclusion that a reasonable apprehension of bias was raised. First, the length of time which elapsed between the delivery of the recorded verdict and the point at which the jury was reconvened was substantial. Although a court officer discovered the potential error soon after the delivery of the original verdict, the jury was not reassembled as a single entity until the next day. Second, the accused Burke was discharged from custody.

Third, and perhaps most telling, the nature and the scope of the jury's dispersal in this case was extensive. This was not a case where the jurors had momentarily separated, or where the jury had not strayed outside of or far from the courtroom, as in *Ayllott, supra*, *Brandenburg, supra*, *Edwards, supra*, and *Webber, supra*. Instead, by the time the court had discovered the error, the entire jury had left the courtroom, and some had left the courthouse. The jurors were free until the next day to mingle with members of the public. Two jurors were found in the courthouse parking lot. The other ten had left the vicinity of the courthouse, and gone home or elsewhere. Only eight of these jurors were contacted directly, when the court officer telephoned them at home later that day. The whereabouts of two of the jurors that day remains unknown, because the court officer making the phone calls could not reach them. The jury was not together as a cohesive unit until the next day when, in the absence of the accused, they confirmed the guilty verdict. The combined circumstances indicate that the nature of the dispersal in this case was wide and uncontrolled. The relatively extensive degree of separation of the jurors in this case

partialité. Le juge du procès a plutôt appliqué le critère visant à déterminer s'il y avait eu partialité réelle. De plus, l'appréciation des circonstances pertinentes au moyen de l'analyse contextuelle décrite précédemment (par. 60-66) m'amène à conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité en l'espèce. Plus particulièrement, l'ampleur de la dispersion du jury constitue la preuve la plus convaincante de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

Une analyse attentive des circonstances pertinentes de la présente affaire appuie la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. Premièrement, il s'est écoulé un délai substantiel entre l'annonce du verdict inscrit et le moment où le jury a été réuni de nouveau. Bien qu'une fonctionnaire de la cour ait découvert l'erreur potentielle peu de temps après l'annonce du verdict original, le jury n'a été réuni à nouveau en tant qu'entité distincte que le lendemain. Deuxièmement, l'accusé Burke a été remis en liberté.

Troisièmement, fait peut-être le plus révélateur, la nature et la durée de la dispersion du jury en l'espèce étaient importantes. Il ne s'agit pas d'un cas où les jurés se sont momentanément séparés ou se trouvaient encore dans la salle d'audience ou à peu de distance de celle-ci, comme dans les affaires *Ayllott*, *Brandenburg*, *Edwards* et *Webber*, précitées. Au contraire, lorsque le tribunal a découvert l'erreur, tous les jurés avaient déjà quitté la salle d'audience et certains avaient même quitté le palais de justice. Jusqu'au lendemain, les jurés ont pu se mêler librement au public. Deux jurés ont été rejoints dans le stationnement du palais de justice. Les dix autres avaient quitté les lieux pour se rendre à leur domicile ou ailleurs. Huit seulement de ces jurés ont été rejoints directement par téléphone par une fonctionnaire de la cour chez eux plus tard dans la journée. Les allées et venues de deux des jurés durant cette journée demeurent inconnues, car la fonctionnaire chargée des appels téléphoniques n'a pu les rejoindre. Le jury ne s'est rassemblé que le lendemain lorsque, en l'absence de l'accusé, ses membres ont confirmé le verdict de culpabilité. Il ressort de l'ensemble des circonstances que le jury était largement dispersé et n'était assujéti à aucune restriction. La

81

82

is evidence capable of establishing a reasonable apprehension of bias.

83

Other circumstances also shed light on the nature and extent of the jury's dispersal. Although the foreman confirmed the verdict at the first inquiry, the other juror found in the parking lot was not then questioned as to the intended verdict. He was simply told to return the next day. In addition, when the court officer called the jurors at their homes, she did not have a prepared response to the jurors' questions about why they were being asked to return to the courtroom the next day. She asked one of the jurors on the phone "off the record" what the verdict had been. During polling, one juror assented to the verdict although she later testified that she had not heard the verdict as announced. There is evidence that defence counsel had spoken with two of the jurors in the hallway after the jury was discharged. Two constables at the court had discussed the verdict with the foreman and another juror before escorting them back to the courthouse for the first inquiry.

84

Fourth, not only were the jurors exposed to the reaction of the public to the recorded verdict during the period when they were absent from the courtroom, but they would also have been exposed to the potentially prejudicial media coverage of this case which appeared before and after the temporary publication ban. The police issued a press release explaining what had occurred and citing the reason for the error. Two newspaper articles were also published, one dated the day of the second inquiry. This article was quite likely available that morning, before the jurors confirmed their intended verdict. Indeed there was a possibility that there were media reports of the incident the night prior to the September 19 inquiry. For instance, juror number one testified on September 19, that he had "information" that the incident "has already been leaked to the press this morning or last night". The second

dispersion relativement considérable des jurés en l'espèce est un élément de preuve permettant d'établir l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

D'autres circonstances jettent également de la lumière sur la nature et la durée de la dispersion du jury. Bien que le président du jury ait confirmé le verdict au cours de la première enquête, l'autre juré rejoint dans le stationnement n'a pas été interrogé à ce moment-là sur la nature du verdict qu'entendait rendre le jury. On lui a tout simplement dit de revenir le lendemain. En outre, lorsque la fonctionnaire a appelé les jurés chez eux, elle n'avait pas de réponse préétablie aux questions qu'ils lui posaient sur les raisons pour lesquelles on leur demandait de se présenter de nouveau à la salle d'audience le lendemain. Parlant au téléphone avec l'un des jurés, elle lui a demandé [TRADUCTION] « officieusement » quel avait été le verdict. Durant la procédure de vérification, une des jurés a confirmé le verdict, bien que, dans son témoignage ultérieur, elle a dit ne pas l'avoir bien entendu lorsqu'il a été annoncé. Il y a des éléments de preuve indiquant que l'avocat de la défense a parlé à deux des jurés dans le couloir après la libération du jury. Deux agents de police affectés à la cour ont discuté du verdict avec le président du jury et un autre juré avant de les escorter vers le palais de justice pour la première enquête.

Quatrièmement, non seulement les jurés ont-ils été exposés aux réactions du public à l'égard du verdict durant leur absence de la salle d'audience, mais ils ont également été exposés au traitement médiatique potentiellement préjudiciable réservé à cette affaire avant et après l'interdiction temporaire de publication. La police a diffusé un communiqué de presse expliquant ce qui s'était passé et donnant la cause de l'erreur. Deux articles de journaux ont également été publiés, l'un daté du jour de la deuxième enquête (et très vraisemblablement disponible ce matin-là, avant que les jurés ne confirment le verdict qu'ils entendaient rendre). D'ailleurs, il est même possible qu'on ait signalé l'événement dans les médias la veille de l'enquête du 19 septembre. Par exemple, ce jour-là le juré numéro un a témoigné que, selon des [TRADUCTION] « renseignements » qu'il possédait, l'événement « [avait] déjà

article was dated the day that the third and final inquiry began. The report described the joyous reaction of the accused to the verdict as announced, which he thought was “not guilty”, and also referred to “news reports” that the accused had “bolt[ed]” from the courtroom. The articles called the inquiries conducted by the trial judge “unprecedented” and quoted the defence counsel as saying that it is “scary” that the judge could acquit the accused and then “change his mind”. One article also quoted a police source calling the whole incident “a joke”.

While the trial judge concluded that there was no “air of reality” to the proposition that there was or may have been bias or taint, his conclusion was, with respect, incomplete and resulted in an error of law. The inquiry he conducted did not constitute a full and proper investigation of the reasonable apprehension of bias. It is true that all of the jurors testified that no one had said anything to them during their dispersal that influenced their testimony on the verdict. Two jurors testified that they had read and heard things in the media but that they were not influenced by them. One juror started to allude to something he had heard in the media but was prevented by the trial judge from completing his testimony on that point.

Although the jurors all testified that they had not been influenced by anything in the media or by any conversations with the public, their testimony, as elicited, is of little use. As previously stated, the relevant inquiry is not whether the jurors were actually biased, but whether there was a reasonable apprehension in the minds of right-thinking, properly informed members of the public that the jurors might have been biased or influenced. As has already been stated, in applying the reasonable apprehension of bias test, the trial judge should consider all factors that might lead to the apprehension of bias. Of necessity, the most significant considera-

été divulgué à la presse ce matin ou la veille ». Le second article portait la date du jour où la troisième et dernière enquête a débuté. Ce reportage décrivait la réaction de joie de l'accusé devant le verdict annoncé, qu'il croyait être [TRADUCTION] « non coupable », et il faisait état d'« informations » selon lesquelles l'accusé avait [TRADUCTION] « quitté précipitamment » la salle d'audience. Les articles qualifiaient de [TRADUCTION] « sans précédent » les enquêtes menées par le juge du procès et citaient l'avocat de la défense qui aurait déclaré qu'il était [TRADUCTION] « alarmant » que le juge puisse acquitter l'accusé et ensuite [TRADUCTION] « changer d'idée ». L'un des articles citait aussi une source policière qualifiant toute cette affaire de [TRADUCTION] « farce ».

Bien que le juge du procès ait conclu que la thèse voulant qu'il y ait eu ou pu y avoir partialité ou influence n'avait aucune [TRADUCTION] « vraisemblance », en toute déférence j'estime que sa conclusion était incomplète et qu'elle a entraîné une erreur de droit. Son enquête ne constituait pas une investigation adéquate et complète de la question de la crainte raisonnable de partialité. Il est vrai que tous les jurés ont déclaré que, pendant leur dispersion, personne ne leur avait dit quoi que ce soit qui ait influencé leur témoignage au sujet du verdict. Deux jurés ont déclaré avoir lu et entendu des choses dans les médias, mais ne pas avoir été influencés. Un juré a commencé à faire allusion à quelque chose qu'il avait entendu dans les médias, mais n'a pu compléter son témoignage sur ce point par suite d'une intervention du juge du procès.

Quoique les jurés aient tous déclaré ne pas avoir été influencés par quoi que ce soit qui ait été rapporté dans les médias ou par des conversations avec le public, le témoignage qu'ils ont donné en réponse aux questions qui leur ont été posées est peu utile. Comme il a été mentionné précédemment, la question pertinente n'est pas de savoir si les jurés ont réellement fait montre de partialité, mais plutôt si des membres du public sensés et bien renseignés pouvaient raisonnablement craindre que les jurés aient pu être partiaux ou influencés. Comme il a été dit plus tôt, lorsque le juge du procès applique le critère de la crainte raisonnable de partialité, il

85

86

tion will be the length of time that the jury has been dispersed. In order to maintain the confidence of the public in the important function of the jury, its verdict must be unanimous and bring finality to the trial.

87 While the trial judge is in most cases in the best position to assess the consequences of the length of dispersal and other relevant factors, he or she must be careful not to apply a subjective test. An example of the potential mischief created by the subjective test is where the recorded verdict is corrected weeks or months after the jury has been allowed to separate. In my opinion, the period of separation does not have to be very long before the public would grow uneasy about the efficacy of the jury system, and the apprehension of bias then arises.

88 I think the present appeal amply illustrates this point. The trial judge concluded that there was no apprehension of taint or bias. He did not consider the nature of the dispersal in this case. The jury had gone their separate ways in the large metropolitan areas of Toronto; they were potentially exposed to a great amount of media coverage. While it is true that each juror may correctly have believed they had not been influenced or tainted, the inquiry should not end there. The question the trial judge should have asked himself is not whether any juror felt tainted, but rather would a reasonably informed person conclude that in the period of dispersal spanning two days, the apprehension of bias could occur. Instead, the trial judge's question of "Did you read or hear anything that influenced you?" was essentially asking the jury member to come to their own conclusion about whether he or she was biased. A jury member faced with that question could have thought that although he had read the news reports and spoken with his neighbours about the case, he did not think that they had influenced him. Therefore, he would answer "no" to the question.

doit tenir compte de tous les facteurs susceptibles de faire naître une telle crainte. Par la force des choses, la considération la plus importante sera la durée de la période pendant laquelle le jury est resté dispersé. Pour que le public continue à avoir confiance dans le rôle important que jouent les jurys, il faut que les verdicts rendus par ceux-ci soient unanimes et mettent fin irrévocablement au procès.

Bien que, dans la plupart des cas, le juge du procès soit le mieux placé pour apprécier les conséquences de la durée de la dispersion du jury ainsi que les autres facteurs pertinents, il lui faut éviter d'appliquer un critère subjectif. Parmi les situations préjudiciables que peut entraîner un tel critère, mentionnons les cas où la correction du verdict aurait lieu des semaines, voire des mois après que le jury a été autorisé à se disperser. À mon avis, il n'est pas nécessaire que la période de dispersion soit bien longue pour susciter des inquiétudes au sein du public quant à l'efficacité de l'institution du jury, situation qui fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Je pense que la présente affaire illustre abondamment ce point. Le juge du procès a conclu à l'absence de crainte d'influence ou de partialité. Il ne s'est pas penché sur la nature de la dispersion en l'espèce. Or les membres du jury s'étaient tous dispersés dans la grande région métropolitaine de Toronto et ils ont été potentiellement exposés à une vaste couverture médiatique. Bien qu'il soit vrai que chaque juré ait à juste titre pu estimer ne pas avoir été influencé, l'enquête n'aurait pas dû s'arrêter là. La question que le juge du procès aurait dû se poser n'était pas de savoir si chacun des jurés estimait avoir été influencé, mais plutôt si une personne raisonnablement bien renseignée pouvait conclure qu'une crainte de partialité avait pu naître au cours des deux jours qu'a duré la dispersion. Au contraire, toutefois, en leur demandant « Avez-vous lu ou entendu quoi que ce soit qui vous a influencé? », le juge du procès demandait essentiellement à chaque juré de tirer sa propre conclusion quant à sa partialité ou son impartialité. Devant cette question, le juré a pu se dire que, bien qu'il ait lu des articles de journaux et discuté de l'affaire avec ses voisins, il n'avait pas été influencé par eux et, en conséquence, répondre « non » à la question.

In short, we do not know how many of the jurors actually spoke with people about the case, or how many of the jurors read or heard reactions or items in the news about the case, because the judge's style of questioning permitted the jurors to draw the conclusions themselves about whether they were influenced. The trial judge should not have left the jurors to perform internal evaluations on bias. Jurors do not know the legal test of reasonable apprehension of taint. A juror is not responsible for canvassing what he has heard or read in the media, and then conducting the legal inquiry of whether a reasonable person would conclude that there was bias. A juror is not in a position where he can detach himself and objectively conclude that he was not biased, even though he, the juror, adamantly and honestly believed that he himself was not biased. Rather, this legal test is something that the trial judge is responsible for applying, and failed to do in this case, because he focussed solely on whether the jurors were actually influenced, rather than on the correct question, which is whether a reasonable person would apprehend influence. The distinction is significant, for it demarcates the difference between an actual bias inquiry and a reasonable apprehension of bias inquiry. The reasonable apprehension of bias inquiry is much less forgiving, for justice must manifestly be perceived to have been done.

A preferable way to conduct the inquiry about reasonable apprehension of bias would have been for the trial judge to ask whether the juror read or heard anything in the media or spoke to anyone about the case, rather than whether they had read anything that had influenced them. This is desirable because it establishes the existence of any media coverage, and places the trial judge in a position to assess the credibility of the jurors regarding potential bias, rather than requiring the juror to do it for him- or herself. Indeed, in some cases the trial judge may not even need to ask the jurors themselves if they have read or heard anything in the media or spoken to anyone, if the press coverage of the case has been particularly prominent. As it stands in this case, although we know that at least two and possibly three jurors heard things in the media about

Bref, nous ne savons pas combien de jurés ont effectivement discuté de l'affaire avec d'autres personnes, ou ont lu ou entendu des réactions ou des reportages au sujet de l'affaire, car le style d'interrogatoire auquel le juge du procès les a soumis leur a permis de tirer leurs propres conclusions sur la question de savoir s'ils avaient été influencés. Le juge du procès n'aurait pas dû laisser les jurés s'interroger eux-mêmes sur la partialité. Ils ne sont pas familiers avec le critère juridique relatif à la crainte raisonnable d'influence. Il n'incombe pas à un juré de recenser ce qu'il a lu ou entendu dans les médias, puis de se demander si, en droit, une personne raisonnable conclurait qu'il y a eu partialité. Un juré n'est pas en mesure de se détacher de la situation et de juger objectivement qu'il n'a pas été partial, même s'il croit sincèrement et fermement ne pas l'avoir été. Au contraire, l'application du critère juridique est la responsabilité du juge du procès, qui a omis de le faire en l'espèce, parce qu'il s'est attaché uniquement à la question de savoir si les jurés avaient été réellement influencés, plutôt qu'à la bonne question, soit celle de savoir si une personne raisonnable craindrait qu'il y ait eu influence. La distinction est importante, car elle constitue la ligne de démarcation entre l'analyse relative à la partialité réelle et celle relative à la crainte raisonnable de partialité. La seconde est beaucoup plus stricte, car la justice doit manifestement être perçue comme ayant été rendue.

Il aurait été préférable que, dans son enquête sur la crainte raisonnable de partialité, le juge du procès demande d'abord aux jurés s'ils avaient lu ou entendu quoi que ce soit dans les médias à propos de l'affaire ou parlé de celle-ci avec quiconque, plutôt que s'ils avaient lu quoi que ce soit qui les avait influencés. Cette façon de faire est préférable parce qu'elle établit l'existence de toute couverture médiatique et permet au juge du procès d'apprécier la crédibilité des jurés eu égard au risque de partialité plutôt que d'exiger que chaque membre du jury fasse lui-même sa propre appréciation personnelle. De fait, dans certains cas où la couverture médiatique de l'événement aurait été particulièrement intense, le juge du procès pourrait même ne pas avoir à demander aux jurés s'ils ont lu ou entendu

the case, we do not know if any other jurors were exposed to reactions by the public and the media. Given the inflammatory nature of the news reporting, which at least a few of the jurors admitted to having read, and the fact that the jurors were separated for almost 24 hours and had the opportunity to mingle with the public, in my opinion, the evidence supports a finding of a reasonable apprehension of bias.

91 The error in this case is such that it was not a matter of the jury reconsidering its verdict or completing their deliberations. Therefore, the trial judge had post-discharge jurisdiction to reconvene the jury and conduct a limited inquiry into the alleged error. However, the trial judge in this case did not conduct the proper and relevant inquiry, namely whether there was a reasonable apprehension of bias. Given the combination of circumstances in this case, there is in my opinion no question that the facts, particularly the jury's extensive and extended dispersal, establish a reasonable apprehension of bias. As a result, the trial judge did not have remedial jurisdiction to correct the verdict. He was, therefore, in error when he changed the verdict and registered a conviction. The only two remedies available to the trial judge, given that the facts of this case disclosed a reasonable apprehension of bias, were to let the original acquittal stand, or to declare a mistrial.

92 The appropriate remedy in these circumstances would have been for the trial judge to use the broad common law power to declare a mistrial. A mistrial is necessary to prevent a miscarriage of justice. It is not an injustice to the accused in these circumstances to declare a mistrial and order a new trial. While the accused was discharged, he was notified of the error by his defence counsel the same day that he was mistakenly acquitted. The time of the notification will have some effect in the period he was at liberty. It is obvious that being notified immediately imposes minimal harm as opposed to being notified days or weeks later. The assessment of the effect of the time the accused was at liberty

quoi que ce soit dans les médias à propos de l'affaire ou parlé de celle-ci avec quiconque. En l'espèce, bien que nous sachions qu'au moins deux et peut-être trois jurés ont pris connaissance d'informations sur l'affaire dans les médias, nous ne savons pas si d'autres jurés ont été exposés aux réactions du public et des médias. Vu le caractère sensationnaliste des reportages, qu'au moins certains des jurés ont admis avoir lus, et vu le fait que les jurés ont été dispersés pendant près de 24 heures et ont eu l'occasion de se mêler au public, je suis d'avis que la preuve étaye la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, la nature de l'erreur est telle qu'il ne s'agissait pas d'un cas où le jury devait réexaminer son verdict ou compléter ses délibérations. En conséquence, le juge du procès avait, après la libération du jury, le pouvoir de réunir de nouveau celui-ci et de tenir une enquête limitée sur l'erreur alléguée. Toutefois, il n'a pas tenu l'enquête pertinente, c'est-à-dire qu'il ne s'est pas demandé s'il existait une crainte raisonnable de partialité. Vu l'ensemble des circonstances, il ne fait aucun doute selon moi que les faits — en particulier la longue et large dispersion du jury — établissent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, le juge du procès n'avait plus le pouvoir exceptionnel de corriger le verdict. Il a donc commis une erreur en modifiant le verdict et en inscrivant une déclaration de culpabilité. Deux solutions seulement s'offraient à lui : maintenir l'acquittal original ou prononcer l'annulation du procès.

La solution appropriée dans les circonstances aurait été d'exercer le large pouvoir d'annulation du procès que reconnaît la common law. Cette solution est nécessaire pour prévenir une erreur judiciaire. Prononcer l'annulation du procès et ordonner la tenue d'un nouveau procès ne cause aucune injustice à l'accusé dans les circonstances. Bien que, en l'espèce, l'accusé ait été remis en liberté, il a été avisé de l'erreur par son avocat le jour même où il a été erronément acquitté. Le moment de la notification a un effet sur la période pendant laquelle un accusé est en liberté. Il est évident que le fait d'avoir été avisé immédiatement ne cause qu'un préjudice minimal par comparaison à une notification qui ne

is one more factor that should be left to the trial judge.

There is no doubt that the public would wonder what had happened to the administration of justice in this case. A verdict of not guilty had been announced, the accused was released, the jury discharged, and left to mingle with the community and wander the streets of one of Canada's largest metropolitan areas, where they were subject to media comments and questions from the curious. This uncertainty as to what had transpired continued on and off for two days. Then, inexplicably, to the public at least, there were three additional hearings, one of which was held in the absence of the accused. The most natural impression would be that something had gone wrong. This is an impression that should not be left with the public, as it would erode public faith in the jury and in the general propriety of criminal verdicts. The clumsy sequence of events in this case cannot help but result in confusion in the community, as well as skepticism about the efficacy of the jury system. The importance of the public's confidence in the Canadian jury system and in the administration of justice cannot be overstated. This public trust, respect and acceptance if eroded will be at great cost to the effective operation of the criminal justice system. Therefore, the acknowledgment of the errors in this case and the order for a new trial will hopefully assuage these concerns and go towards restoring public confidence in our jurisprudence and in the function of the jury in particular. The memory of recent miscarriages of justice suffered by David Milgaard, Donald Marshall and Guy Paul Morin, to name only three, have raised concerns about the efficacy of our system, where years after conviction and imprisonment of an accused, the convicted person has been cleared of the crime. A truncated proceeding such as that which occurred here will only heighten that concern.

surviendrait que des jours, voire des semaines plus tard. L'effet du temps pendant lequel l'accusé est resté en liberté est un autre facteur dont l'appréciation doit être laissée au juge du procès.

Il ne faisait aucun doute que le public allait se demander ce qui était arrivé à l'administration de la justice dans la présente affaire. Il y a eu annonce d'un verdict d'acquittement, l'accusé a été relâché, le jury a été libéré et ses membres se sont dispersés et ont pu se mêler à la population et parcourir les rues de la plus grande agglomération urbaine du Canada, où ils ont été exposés aux commentaires des médias et aux questions des curieux. Cette incertitude quant à ce qui s'était passé s'est manifestée, de façon intermittente, pendant deux jours. Puis, inexplicablement, pour le public à tout le moins, il y a eu trois audiences supplémentaires, dont une en l'absence de l'accusé. L'impression la plus naturelle est que quelque chose de malencontreux s'était produit. Il s'agit d'une impression qu'il ne faut pas laisser au public, car elle va miner sa confiance dans l'institution du jury et la légitimité générale des verdicts en matières pénales. La suite inhabituelle d'événements dans la présente affaire ne peut que semer la confusion au sein de la collectivité et faire naître le scepticisme quant à l'efficacité de l'institution du jury. On ne saurait trop souligner l'importance de la confiance du public dans l'institution du jury et dans l'administration de la justice. L'érosion du respect, de la confiance et de l'acceptation du public aurait des conséquences extrêmement néfastes sur le bon fonctionnement du système de justice pénale. Par conséquent, le fait de reconnaître les erreurs survenues en l'espèce et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès permettra, espérons-le, de dissiper ces inquiétudes et de rétablir la confiance du public dans les tribunaux et l'institution du jury en particulier. Le souvenir de récentes erreurs judiciaires dont ont été victimes David Milgaard, Donald Marshall et Guy Paul Morin, pour ne mentionner que ces trois cas, a soulevé des inquiétudes quant à l'efficacité de notre système, alors que, de nombreuses années après avoir été déclarées coupables et emprisonnées pour le crime dont les accusait, ces personnes en ont été innocentées. Une instance tronquée comme celle qui a eu lieu en l'espèce ne peut qu'accroître ces inquiétudes.

- 94 The appeal is allowed and a new trial is ordered.
- Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.
- The following are the reasons delivered by
- Version française des motifs rendus par
- 95 ARBOUR J. — The central issue in this appeal is whether a trial judge has jurisdiction to correct an error in the recording of a jury's verdict after the jury has been discharged. This involves, in turn, the preliminary question of whether the trial judge even has jurisdiction to inquire into the verdict to determine if it was correctly recorded. I agree with my colleague Major J. that jurisdiction to inquire into and correct an error exists. However, I find that this jurisdiction is based on the fact that in such a case the trial has not, contrary to appearances, been properly concluded.
- LE JUGE ARBOUR — La principale question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès a compétence, après la dispersion du jury, pour corriger une erreur survenue dans l'inscription du verdict rendu par celui-ci. Pour y répondre, il faut au préalable se demander si le juge du procès a même le pouvoir de faire enquête sur le verdict afin de déterminer s'il a été inscrit correctement. À l'instar de mon collègue le juge Major, je conclus à l'existence du pouvoir d'enquêter sur l'erreur et de la corriger. J'estime toutefois qu'il repose sur le fait que, en pareils cas, contrairement aux apparences, le procès n'a pas pris fin régulièrement.
- 96 The common law rule that after the discharge of the jury the trial judge lacks jurisdiction to alter a recorded verdict was enunciated by this Court in *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684. McIntyre J., for the majority of the Court, held that the trial judge only had the power to make inquiries relating to the true nature of the verdict prior to the discharge of the jury. Once the jury was discharged, the court lacked jurisdiction to make any correction of the recorded verdict. The Court concluded that once the jury has been discharged, the trial court is *functus* (p. 694).
- La règle de common law portant que le juge du procès n'a pas, après la libération du jury, compétence pour modifier le verdict qui a été inscrit a été énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a conclu que le juge du procès ne peut s'enquérir de la nature véritable du verdict qu'avant la libération du jury. Une fois celui-ci libéré, le tribunal n'a plus compétence pour apporter quelque correction que ce soit au verdict qui a été inscrit. La Cour a jugé que, après la libération du jury, le juge du procès est dessaisi de l'affaire (*functus*) (p. 694).
- 97 I agree with Major J. that *Head* cannot be distinguished from this appeal. I also agree that this is an appropriate case in which to re-examine the rule in *Head* and formulate a new rule that better accommodates the various interests and policy concerns at stake.
- Je souscris à l'opinion du juge Major selon laquelle l'arrêt *Head* ne peut être distingué du présent pourvoi. Je reconnais également que la présente affaire constitue une occasion propice au réexamen de la règle énoncée dans *Head* et à la formulation d'une nouvelle règle permettant de tenir davantage compte des intérêts et questions de politique générale en jeu.
- 98 In *Head*, discharge was the point after which it was "too late" to alter or amend a recorded verdict because the Court was focussed on jurisdiction. Major J. does not address directly this jurisdictional concern that plagued the Court in *Head*. Rather, he identifies a rare residual jurisdiction remaining with a trial judge to conduct an inquiry into the jury's
- Dans l'affaire *Head*, la libération du jury a été considérée comme le point à partir duquel il était « trop tard » pour modifier ou corriger le verdict inscrit parce que la Cour a abordé la question sous l'angle de la compétence. Le juge Major n'aborde pas directement cette question à laquelle se heurtait la Cour dans cette affaire. Il reconnaît plutôt

intended verdict and possibly correct an error post-discharge, provided it is not necessary for the jury to reconsider its verdict or deliberate further. This exceptional residual jurisdiction is to be exercised only when there is no reasonable apprehension of taint or bias of the jury.

In the normal course of a trial, jurors are sequestered once they begin their deliberations until they return a verdict: s. 647 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I believe that this case is best characterized within this context. The jury in this appeal communicated its intended verdict to the court. The court recorded a different verdict. It was brought to the trial judge's attention that an incorrect verdict might have been recorded. It is the duty of the trial judge to ensure that the court records the intended verdict of the jury upon its return from deliberations (*Head, supra*, at p. 688). A verdict other than the intended unanimous verdict of the jury is a nullity. If the trial judge has a reasonable concern that the verdict might be a nullity, the trial should resume as if the verdict had not been rendered. The trial judge should determine whether the recorded verdict was in fact null and void and if not, the verdict should stand. If the trial judge concludes that the recorded verdict was a nullity, he or she should set it aside and the trial should resume. In such a case, the provisions of s. 647 of the *Code* come into play and the question is whether a jury which should have remained sequestered has dispersed, and if so, what the consequences of dispersal ought to be. In these circumstances, I agree that the appropriate test is, as enunciated by Major J., "reasonable apprehension" of taint or bias. If the trial judge determines that there is no reasonable apprehension of bias, then there is no perceived threat to the impartiality of the jury and the jury is in the same position as it was in prior to the court recording the verdict.

une rare compétence résiduelle habilitant le juge du procès, après la libération du jury, à enquêter sur le verdict que ce dernier entendait rendre et possiblement à corriger une erreur qui serait survenue à cet égard, pourvu que le jury n'ait pas à réexaminer son verdict ou à poursuivre ses délibérations. Cette compétence résiduelle exceptionnelle ne peut être exercée qu'en l'absence de crainte raisonnable d'influence ou de partialité du jury.

Dans le cours normal d'un procès, la séquestration du jury commence dès que les jurés amorcent leurs délibérations et dure jusqu'à ce qu'ils rendent leur verdict : art. 647 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Je crois que la présente espèce est bien comprise dans ce contexte. Dans le présent pourvoi, le jury a communiqué au tribunal le verdict qu'il entendait rendre. Le tribunal a inscrit un verdict différent. Le juge du procès a été informé du fait qu'on avait peut-être inscrit le mauvais verdict. Il incombe au juge du procès de veiller à ce que le tribunal inscrive le verdict que le jury entend rendre au terme de ses délibérations (*Head*, précité, p. 688). Tout verdict autre que le verdict unanime rendu par le jury est frappé de nullité. Si le juge du procès craint raisonnablement que le verdict puisse être frappé de nullité, le procès doit se poursuivre comme si le verdict n'avait jamais été rendu. Le juge du procès doit déterminer si le verdict qui a été inscrit était effectivement frappé de nullité; dans le cas contraire, le verdict doit être maintenu. Si le juge du procès conclut à la nullité du verdict inscrit, il doit l'écarter et poursuivre le procès. En pareil cas, les dispositions de l'art. 647 du *Code* entrent en jeu et il faut se demander si le jury — qui aurait dû demeurer séquestré — s'est dispersé et, dans l'affirmative, déterminer quelles sont les conséquences de cette dispersion. Dans de telles circonstances, je suis moi aussi d'avis que le critère approprié est, comme l'a énoncé le juge Major, celui de la « crainte raisonnable » d'influence ou de partialité. Si le juge du procès estime qu'il n'y a pas crainte raisonnable de partialité, il y a alors absence de menace apparente à l'impartialité du jury, qui se retrouve dans la position où il était avant l'inscription du verdict par le tribunal.

100

Under this approach, I would conclude, contrary to Major J., that, if there is no reasonable apprehension of bias, the jury is free to continue deliberations if necessary. Assume, for example, that there is a trial on an indictment containing two counts of murder. The jury returns a verdict in count one and finds the accused not guilty. However, nothing is said by anyone about count two involving a different victim. Before the jury is discharged, it is clear that the trial judge may ask the jury whether they have a verdict on count two. If the jury indicates that they simply forgot to deliberate on count two, there is no impediment to sending them back to continue their deliberations on that count. I see no difference if the same scenario were to occur after the jury has been discharged but prior to the point in time at which there is a reasonable apprehension of bias or taint. In such a case, I would see no impediment, in principle, to asking the jury to resume deliberations on count two. In other words, the critical moment should be the point at which there is a reasonable apprehension of bias, as identified by my colleague, and not the jury's discharge.

101

When the trial judge finds that there has been a reasonable apprehension of bias, the situation is the same as if the jury had not remained properly sequestered pending the completion of its deliberations and the rendering of its verdict. In such a case, the trial judge's only option is to declare a mistrial and to order a new trial "on such terms as justice may require" (s. 647(4)(b) of the *Code*).

102

I concur with the conclusion of Major J. that, in this case, the extent of the jury's dispersal established a reasonable apprehension of bias and that the appropriate remedy is to order a new trial.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Suivant cette approche, contrairement au juge Major, j'estime que, en l'absence de crainte raisonnable de partialité, le jury est libre de poursuivre au besoin ses délibérations. Supposons, par exemple, un procès où l'acte d'accusation reproche deux chefs de meurtre. Le jury rend un verdict d'acquiescement à l'égard du premier chef, mais personne ne dit rien au sujet du deuxième chef qui a trait à une autre victime. Avant la libération du jury, il est clair que le juge du procès peut demander aux jurés s'ils ont arrêté un verdict à propos du deuxième chef. S'ils disent avoir tout simplement oublié de délibérer sur le deuxième chef, rien n'empêche le juge du procès de les envoyer poursuivre leurs délibérations à cet égard. Il n'y aurait à mes yeux aucune différence si ce scénario se déroulait après la libération du jury mais avant que soit née une crainte raisonnable de partialité ou d'influence. Dans un tel cas, en principe, rien n'empêche selon moi le juge de demander au jury de reprendre ses délibérations sur le deuxième chef d'accusation. En d'autres termes, le moment crucial est celui où naît une crainte raisonnable de partialité, comme l'a précisé mon collègue, et non le moment de la libération du jury.

Lorsque le juge du procès conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, la situation est identique à celle où le jury n'est pas demeuré dûment séquestré du début de ses délibérations jusqu'au prononcé du verdict. Lorsque cela se produit, le juge du procès n'a d'autre choix que de prononcer la nullité du procès et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès « aux conditions que la justice peut exiger » (al. 647(4)b) du *Code*).

Je souscris à la conclusion du juge Major selon laquelle l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a en l'espèce été établie en raison de la durée de la dispersion du jury, et que la réparation qui convient consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, le juge en chef McLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Pinkofsky Lockyer, Toronto.

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Le procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Handy *Respondent***INDEXED AS: R. v. HANDY****Neutral citation: 2002 SCC 56.**

File No.: 27996.

2001: October 9; 2002: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether evidence by accused's former wife of alleged past assaults against her should have been admitted as similar fact evidence.

Evidence — Collusion — Admissibility of testimony of witness — Whether determination that complainant and witness had not colluded should have been condition precedent to admitting similar fact evidence of witness.

The accused was charged with sexual assault causing bodily harm. His defence was that the sex was consensual. The complainant's position was that she had consented to vaginal sex but not hurtful or anal sex. The Crown sought to introduce similar fact evidence from the accused's former wife to the effect that the accused has a propensity to inflict painful sex, including anal sex, and when aroused will not take no for an answer. The similar fact evidence concerned seven alleged prior incidents. The accused denied assaulting the complainant and committing any of the alleged assaults on his ex-wife. He argued that his ex-wife and the complainant had colluded. His ex-wife acknowledged that she had met the complainant a few months before the alleged sexual assault took place and that she had told the complainant about the accused's criminal record, her allegations of abuse, that she had received \$16,500 from the Criminal Injuries Compensation Board, and that all she had to do to collect the money was say that she had been abused. The trial judge admitted the similar fact evidence and ruled that it was not for him to resolve the possibility

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Handy *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. HANDY****Référence neutre : 2002 CSC 56.**

N° du greffe : 27996.

2001 : 9 octobre; 2002 : 21 juin.

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

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

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Le témoignage de l'ex-épouse de l'accusé concernant les agressions dont elle aurait été victime dans le passé aurait-il dû être admis en tant que preuve de faits similaires?

Preuve — Collusion — Admissibilité d'un témoignage — La décision qu'il n'y a pas eu collusion entre la plaignante et un témoin aurait-elle dû être une condition préalable à l'admission de la preuve de faits similaires produite par le témoin?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Il a fait valoir, pour sa défense, que les relations sexuelles étaient consensuelles. La plaignante a prétendu qu'elle avait consenti à des relations vaginales, mais pas à des relations douloureuses ou anales. Le ministère public a cherché à présenter une preuve de faits similaires en faisant témoigner l'ex-épouse de l'accusé dans le but d'établir que ce dernier avait une propension à avoir des relations sexuelles douloureuses pour ses partenaires, y compris des relations anales, et qu'une fois stimulé il n'acceptait pas de se faire dire non. La preuve de faits similaires concernait sept épisodes qui seraient survenus antérieurement. L'accusé a nié avoir agressé la plaignante et avoir commis les agressions reprochées sur la personne de son ex-épouse. Il a soutenu qu'il y avait eu collusion entre son ex-épouse et la plaignante. L'ex-épouse a reconnu qu'elle avait rencontré la plaignante quelques mois avant l'agression sexuelle reprochée et qu'elle lui avait révélé l'existence du casier judiciaire de l'intimé, qu'elle lui avait fait part des sévices dont elle aurait été victime, qu'elle lui avait dit avoir

of collusion. The jury convicted the accused of sexual assault. The Court of Appeal held that the former wife's testimony had been wrongly admitted and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The similar fact evidence was wrongly admitted. The former wife's testimony related to incidents removed in time, place and circumstances from the charge. It was thus only circumstantial evidence of the matters the jury was called on to decide and, as with any circumstantial evidence, its usefulness rested entirely on the validity of the inferences it was said to support with respect to the matters in issue. The argument for admitting the circumstantial evidence was that the jury might infer firstly that the accused is an individual who derives pleasure from sex that is painful to his partner, and will not take no for an answer, and secondly, that his character or propensity thus established gave rise to the further inference that he proceeded wilfully in this case knowing the complainant did not consent.

The prejudicial effect of this evidence outweighed its probative value and the trial judge had no discretion to admit it. Furthermore, his refusal to resolve the issue of collusion as a condition precedent to the admissibility of the evidence was an error of law. A new trial is required.

The general exclusionary rule that similar fact evidence is presumptively inadmissible has been affirmed repeatedly and recognizes that the potential for prejudice, distraction and time consumption associated with the evidence generally outweighs its probative value. Issues may arise, however, for which its probative value outweighs the potential for misuse. Similar circumstances may defy coincidence or other innocent explanation. As the evidence becomes more focussed and specific to the charge, its probative value becomes more cogent. The onus is on the prosecution to show on a balance of probabilities that the probative value of the similar fact evidence outweighs its potential for prejudice.

Similar fact evidence does not cease to be propensity evidence because it relates to an issue other than general disposition.

reçu la somme de 16 500 \$ de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels et que, pour obtenir l'argent, il lui avait suffi de dire qu'elle avait été maltraitée. Le juge du procès a admis la preuve de faits similaires et a décidé qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question de la possibilité de collusion. Le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel a statué que le témoignage de l'ex-épouse avait été admis à tort et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La preuve de faits similaires a été admise à tort. Le témoignage de l'ex-épouse concernait des faits qui, sur les plans du temps, du lieu et des circonstances, étaient éloignés de l'accusation. Il ne constituait donc qu'une preuve circonstancielle des questions que le jury était appelé à trancher. À l'instar de toute preuve circonstancielle, son utilité dépendait entièrement de la validité des inférences qu'il étayait, disait-on, relativement aux questions en litige. On a justifié l'admission de la preuve circonstancielle par le fait que le jury pourrait inférer, premièrement, que l'accusé est un individu qui éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et qui n'accepte pas de se faire dire non, et deuxièmement, que la moralité ou la propension de l'accusé ainsi établie permettait de déduire qu'il a agi délibérément en l'espèce, tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante.

L'effet préjudiciable de cette preuve l'emportait sur sa valeur probante et le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de l'admettre. De plus, il a commis une erreur de droit en refusant de trancher la question de la collusion en tant que condition préalable d'admissibilité de la preuve en cause. Un nouveau procès s'impose.

La règle générale d'exclusion voulant que la preuve de faits similaires soit présumée inadmissible a été confirmée à maintes reprises. Elle reconnaît que le risque que cette preuve cause un préjudice, détourne l'attention du jury et entraîne un délai excessif l'emporte habituellement sur sa valeur probante. Cependant, il peut se poser des questions à l'égard desquelles la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur le risque qu'elle soit mal utilisée. Il se peut que les circonstances similaires écartent toute coïncidence ou autre explication tendant à innocenter l'accusé. Plus la preuve se rapproche spécifiquement de l'accusation, plus sa valeur probante augmente. Il incombe à la poursuite de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer.

La preuve de faits similaires ne cesse pas d'être une preuve de propension du fait qu'elle se rapporte à une question autre que la prédisposition générale.

The principal driver of probative value is the connect-
edness of the evidence to the alleged offences. Factors
that may support admission of such evidence include the
proximity in time of the similar acts, similarity in detail,
the number of occurrences of similar acts, similarities of
circumstances, and any distinctive features. Exclusionary
factors include the inflammatory nature of the similar
acts, whether the Crown can prove its point with less
prejudicial evidence, the potential for distraction, and
whether admitting the evidence will consume undue
time.

If the evidence of collusion amounts to no more than
opportunity to collude, the issue usually is best left to the
jury. In this case, however, there was some evidence of
actual collusion, or at least an "air of reality" to the alle-
gations. The Crown was thus required to satisfy the trial
judge, on a balance of probabilities, that the evidence of
similar facts was not tainted with collusion. That much
would gain admission. It would then be for the jury to
make the ultimate determination of its worth.

It was not sufficient for the Crown simply to proffer
dicey evidence that if believed would have probative
value. It was not incumbent on the defence to prove col-
lusion. It was a condition precedent to admissibility that
the probative value of the proffered evidence outweigh
its prejudicial effect and the onus was on the Crown to
satisfy that condition. The trial judge erred in law in
deferring the whole issue of collusion to the jury.

The issue at trial to which the similar fact evidence
related was the consent component of the *actus reus*
and, in relation to that issue, the accused's alleged prop-
ensity to refuse to take no for an answer. Identifying
the issue merely as credibility risked admitting evidence
of nothing more than general disposition. The similar
fact evidence of the former wife was capable of raising
an inference that the accused derived pleasure from sex
that was painful to her and would not take no for an
answer. The second inference, i.e., that he proceeded
in this case, knowing the complainant did not consent,
is more problematic. The trial judge paid insufficient
attention to dissimilarities between the alleged similar
acts and the offence charged. At least one allegedly
similar incident was largely irrelevant and there were
important dissimilarities in the other incidents. None of
the allegedly similar incidents began as consensual, the
dynamics of the situations differed, and all occurred in

La principale source de valeur probante est le rap-
port existant entre la preuve en cause et les infractions
reprochées. Parmi les facteurs qui peuvent justifier l'ad-
mission d'une telle preuve, il y a la proximité temporelle
des épisodes similaires, la ressemblance sur le plan des
détails, la fréquence des actes similaires, les similitudes
sur le plan des circonstances et tout trait distinctif. Les
facteurs justifiant l'exclusion comprennent le caractère
incendiaire des actes similaires, la question de savoir si
le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide
d'éléments de preuve moins préjudiciables, le risque de
détournement d'attention du jury et la question de savoir
si l'admission de la preuve entraînera un délai excessif.

Si la preuve de collusion ne révèle rien de plus qu'une
possibilité de collusion, il est habituellement préférable
de laisser au jury le soin de trancher cette question.
Toutefois, il existait en l'espèce une certaine preuve de
collusion véritable ou des allégations à tout le moins vrai-
semblables. Le ministère public devait donc convaincre le
juge du procès, selon la prépondérance des probabilités,
que la preuve de faits similaires n'était pas viciée par une
collusion. Il lui suffisait de faire cela pour que la preuve
soit admise. Il appartenait ensuite au jury de prendre la
décision finale quant à la valeur de cette preuve.

Il ne suffisait pas que le ministère public produise
des éléments de preuve risqués qui, si on leur ajoutait
foi, auraient une valeur probante. Il n'appartenait pas à
la défense de prouver l'existence d'une collusion. Pour
qu'il y ait admissibilité, il fallait préalablement établir
que la valeur probante de la preuve produite l'emportait
sur son effet préjudiciable, et il appartenait au ministère
public de remplir cette condition. Le juge du procès a
commis une erreur de droit en renvoyant au jury toute la
question de la collusion.

Au procès, la preuve de faits similaires concernait le
consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* et, à cet
égard, la propension qu'aurait l'intimé à ne pas accepter
qu'on lui dise non. Décider que la question soulevée était
simplement celle de la crédibilité risquait de donner lieu
à l'admission de rien de plus qu'une preuve de prédis-
position générale. La preuve de faits similaires produite
par l'ex-épouse de l'accusé pouvait permettre de faire
l'inférence que celui-ci éprouvait du plaisir à lui infliger
de la douleur lorsqu'il avait des relations sexuelles avec
elle et qu'il n'acceptait qu'elle lui dise non. La deuxième
inférence, selon laquelle l'accusé avait en l'espèce con-
tinué d'agir tout en sachant que la plaignante n'était
pas consentante, pose beaucoup plus de difficultés. Le
juge du procès n'a pas suffisamment prêté attention aux
différences entre l'infraction reprochée et les actes simi-
laires qui auraient été accomplis. Au moins un épisode
soi-disant similaire était en grande partie non pertinent.

the very different context of a long-term, dysfunctional marriage.

The former wife's evidence described incidents more reprehensible than the actual charge before the court and had a serious potential for moral prejudice. It also had the potential to create significant reasoning prejudice by distracting the jury from their proper focus and by consuming undue time. Prejudice does not necessarily recede as probative value advances. As the Crown did not discharge its onus of establishing on a balance of probabilities that the probative value of the similar fact evidence outweighed its potential for prejudice, it ought to have been excluded.

Cases Cited

Discussed: *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; **explained:** *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **not followed:** *Pfennig v. R.* (1995), 127 A.L.R. 99; **referred to:** *R. v. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Harrison's Trial* (1862), 12 How. St. Tr. 833; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339; *United States v. York*, 933 F.2d 1343 (1991); *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697; *R. v. Clermont*, [1986] 2 S.C.R. 131; *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; *R. v. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911; *R. v. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Fleming* (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183; *R. v. Dupras*, [2000] B.C.J. No. 1513 (QL); *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729; *United States v. Enjady*, 134 F.3d 1427 (1998), *certiorari* denied, 525 U.S. 887 (1998); *Hodge's Case*

De plus, les autres épisodes présentaient des différences importantes. Aucun des épisodes soi-disant similaires n'a été consensuel au début, pour ensuite devenir non consensuel, la dynamique des situations différerait et tous les épisodes sont survenus dans le contexte fort différent d'un mariage dysfonctionnel de longue durée.

Dans son témoignage, l'ex-épouse de l'accusé a décrit des faits plus répréhensibles que l'accusation dont est saisi le tribunal. Cette preuve risquait sérieusement de causer un préjudice moral et elle était également susceptible d'engendrer un grave préjudice par raisonnement en détournant l'attention du jury et en entraînant un délai excessif. Le préjudice ne diminue pas nécessairement au fur et à mesure que la valeur probante augmente. Étant donné que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emportait sur le préjudice qu'elle était susceptible de causer, cette preuve aurait dû être écartée.

Jurisprudence

Arrêts analysés : *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; **arrêts interprétés :** *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêt non suivi :** *Pfennig c. R.* (1995), 127 A.L.R. 99; **arrêts mentionnés :** *R. c. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Harrison's Trial* (1862), 12 How. St. Tr. 833; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339; *United States c. York*, 933 F.2d 1343 (1991); *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697; *R. c. Clermont*, [1986] 2 R.C.S. 131; *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; *R. c. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911; *R. c. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465; *R. c. Fleming* (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183; *R. c. Dupras*, [2000] B.C.J. No. 1513 (QL); *Director of Public Prosecutions c. Kilbourne*, [1973] A.C. 729; *United States c. Enjady*, 134 F.3d 1427 (1998), *certiorari* refusé, 525 U.S. 887 (1998); *Hodge's*

(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. v. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349; *R. v. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153; *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2.

Authors Cited

Acorn, A. E. "Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Makin Sense" (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Delisle, R. J. "The Direct Approach to Similar Fact Evidence" (1996), 50 C.R. (4th) 286.
Durstun, Gregory. "Similar Fact Evidence: A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases" (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359.
Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 141. *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant*. London: HMSO, 1996.
Lloyd-Bostock, S. "The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record: A Simulation Study", [2000] *Crim. L.R.* 734.
Martin, G. Arthur. "Similar Fact Evidence", [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1.
McCormick on Evidence, vol. 1, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 2001, release 27).
Mueller, Christopher B., and Laird C. Kirkpatrick. *Federal Evidence*, Cumulative Supplement to vol. 2, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1994 & Supp. 2001.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.
Pickel, Kerri L. "Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help" (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407.
Rosenberg, Marc. "Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct". In National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 8.1.

Case (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596; *R. c. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349; *R. c. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153; *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2.

Doctrine citée

Acorn, A. E. « Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning : Makin Sense » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London : Butterworths, 1999.
Delisle, R. J. « The Direct Approach to Similar Fact Evidence » (1996), 50 C.R. (4th) 286.
Durstun, Gregory. « Similar Fact Evidence : A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases » (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359.
Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 141. *Evidence in Criminal Proceedings : Previous Misconduct of a Defendant*. London : HMSO, 1996.
Lloyd-Bostock, S. « The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record : A Simulation Study », [2000] *Crim. L.R.* 734.
Martin, G. Arthur. « Similar Fact Evidence », [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1.
McCormick on Evidence, vol. 1, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 2001, release 27).
Mueller, Christopher B., and Laird C. Kirkpatrick. *Federal Evidence*, Cumulative Supplement to vol. 2, 2nd ed. Rochester, N.Y. : Lawyers Cooperative Publishing, 1994 & Supp. 2001.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 1999.
Pickel, Kerri L. « Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence : A Legal Explanation Does Not Help » (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407.
Rosenberg, Marc. « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct ». In National Criminal Law Program, *Criminal Evidence*. Vancouver : Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 8.1.

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

Stuesser, Lee. "Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

Wissler, Roselle L., and Michael J. Saks. "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 48 O.R. (3d) 257, 131 O.A.C. 297, 32 C.R. (5th) 316, 145 C.C.C. (3d) 177, [2000] O.J. No. 1373 (QL), allowing the accused's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division). Appeal dismissed.

Christopher Webb, for the appellant.

Richard N. Stern and *David E. Harris*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The principal issues in this case are (i) the test for the admissibility of discreditable similar fact evidence where the credibility of the complainant (as distinguished from the identification of the accused) is the issue, and (ii) the impact of potential collusion on the admissibility of such evidence.

The respondent was charged with sexual assault causing bodily harm. The complainant, a casual acquaintance, says that consensual vaginal sex following a drinking session at a bar turned into hurtful non-consensual vaginal and subsequently anal sex accompanied by physical abuse. At the respondent's trial, the Crown sought to introduce the evidence of his ex-wife about seven allegedly "similar fact" incidents (or "similar acts") that occurred during their seven-year, abusive and sometimes violent cohabitation (interrupted by his incarceration for unrelated sexual assaults) which produced three children. The

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

Stuesser, Lee. « Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases » (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

Wissler, Roselle L., and Michael J. Saks. « On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt » (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 257, 131 O.A.C. 297, 32 C.R. (5th) 316, 145 C.C.C. (3d) 177, [2000] O.J. No. 1373 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale). Pourvoi rejeté.

Christopher Webb, pour l'appelante.

Richard N. Stern et *David E. Harris*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Les principales questions en litige en l'espèce concernent (i) le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires déshonorants dans le cas où la crédibilité de la plaignante (par opposition à l'identification de l'accusé) est en cause, et (ii) l'incidence d'une possibilité de collusion sur l'admissibilité d'une telle preuve.

L'intimé a été accusé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. La plaignante, une connaissance de l'intimé, affirme que les relations vaginales consensuelles qu'ils ont eues après avoir consommé de l'alcool dans un bar ont dégénéré en relations sexuelles vaginales puis anales non consensuelles douloureuses, accompagnées de violence physique. Au procès, le ministère public a cherché à faire témoigner l'ex-épouse de l'intimé au sujet de sept épisodes de « faits similaires » (ou d'« actes similaires ») qui seraient survenus au cours de leurs sept années de cohabitation marquée par

1

2

trial judge admitted the evidence and the jury convicted the respondent of the lesser offence of sexual assault.

3

The respondent says that the jury ought not to have considered evidence of alleged misconduct which was outside the subject matter of the charge in the indictment, and that evidence of his allegedly brutal disposition, or alleged propensity for hurtful sex, was highly prejudicial to a fair trial. Moreover, he says, the “similar” facts are not similar and in any event the complainant and his ex-wife colluded. The Ontario Court of Appeal ruled that the similar fact evidence was wrongly admitted and ordered a new trial. I agree and would dismiss the appeal.

I. Facts

4

The complainant’s evidence was that on the evening of December 6, 1996, she went out drinking with some friends. The respondent, whom she had met six months earlier, was also at the bar. The two spent the evening drinking and flirting with one another. After leaving the bar, they went to the home of one of the complainant’s friends to smoke marijuana. The respondent and the complainant left the house together and drove to a nearby motel intending to have sex. In the course of vaginal intercourse, she became upset because the respondent was hurting her, forcing himself into her. She told him that it was painful but he continued. He then brusquely switched to anal intercourse. She said, “Stop that, it hurts”. She tried to get him off her or to make him stop but he would not. She slapped his face. She says he hit her on the chest, he grabbed her arms, squeezed her stomach and choked her, and he punched her. She says she was pleading and crying. She had consented to vaginal sex but she did not consent to and did not want anal sex. After the incident, she told the respondent that he had made

l’oppression et parfois la violence (et interrompue par l’incarcération de l’intimé pour des agressions sexuelles sans rapport avec l’accusation en l’espèce), dont sont issus trois enfants. Le juge du procès a admis ce témoignage et le jury a déclaré l’intimé coupable de l’infraction moindre d’agression sexuelle.

L’intimé prétend que le jury n’aurait pas dû tenir compte de la preuve de l’inconduite alléguée qui n’avait rien à voir avec l’objet de l’accusation. De plus, l’intimé a soutenu que la preuve de son prétendu tempérament brutal ou de la propension qu’il aurait à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles a gravement compromis la tenue d’un procès équitable. Il soutient, en outre, que les faits que l’on dit « similaires » ne sont pas similaires et que, de toute façon, il y a eu collusion entre son ex-épouse et la plaignante. La Cour d’appel de l’Ontario a statué que la preuve de faits similaires avait été admise à tort et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Je souscris à cette opinion et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Dans son témoignage, la plaignante a affirmé être sortie prendre un verre avec des amis pendant la soirée du 6 décembre 1996. L’intimé, qu’elle avait rencontré six mois auparavant, se trouvait également dans le bar où elle s’est rendue. Les deux ont passé la soirée à boire et à flirter ensemble. Après avoir quitté le bar, ils se sont rendus chez l’un des amis de la plaignante pour fumer de la marijuana. L’intimé et la plaignante ont quitté les lieux ensemble et se sont rendus en voiture à un motel avoisinant pour y avoir des relations sexuelles. Pendant qu’elle avait des relations sexuelles vaginales avec l’intimé, la plaignante s’est indignée parce qu’il lui faisait mal en la pénétrant de force. Elle lui a dit que c’était douloureux, mais il a continué. Il est alors passé brusquement à la sodomie. Elle lui a dit : [TRADUCTION] « Arrête, ça fait mal ». Elle a tenté de se dégager ou de l’interrompre, mais en vain. Elle l’a giflé. Selon elle, il l’a alors frappée au thorax, lui a saisi les bras, lui a pressé l’abdomen, l’a étranglée et lui a donné des coups de poing. Elle a raconté qu’elle l’avait supplié d’arrêter et qu’elle pleurait. Elle

her bleed. He allegedly responded to her by saying, "What the hell am I doing here? Why does this kee[p] happening to me?"

A number of witnesses testified that they had seen bruises on her throat, chest and arms in the days following the incident. The complainant was diagnosed with post-traumatic stress.

A. *The Similar Fact Evidence*

The respondent's defence was that the sex was consensual. The issue thus came down to credibility on the consent issue. The Crown sought to introduce similar fact evidence from the respondent's former wife to the effect that the respondent has a propensity to inflict painful sex and when aroused will not take no for an answer. It was thus tendered to explain why the complainant should be believed when she testified that the assault proceeded despite her protest.

(1) Incident One

In March 1990, a few weeks after their first child was born, the ex-wife says the respondent wanted to have sexual intercourse with her to "see what it would feel like". She did not want to do so because she thought that it would be painful. The respondent insisted that they have vaginal intercourse. Once they started she told the respondent that she was in pain but he did not stop.

(2) Incident Two

Five or six months later she and the respondent visited her sister and brother-in-law in their mobile trailer. After everyone went to bed, the respondent wanted to have sexual intercourse. She told the respondent that she did not want to have sex because her sister and her husband were at the other end of the trailer. She tried to move away

avait consenti à des relations vaginales, mais refusait d'avoir des relations anales auxquelles elle n'avait pas consenti. Après cet épisode, elle lui a dit qu'il l'avait fait saigner. L'intimé lui aurait répondu : [TRADUCTION] « Qu'est-ce que je fous ici? Pourquoi est-ce que ça m'arrive toujours? »

Un certain nombre de témoins ont dit avoir remarqué que la plaignante avait des ecchymoses au cou; au thorax et aux bras au cours des jours suivants. On a diagnostiqué que la plaignante souffrait de stress post-traumatique.

A. *La preuve des faits similaires*

L'intimé a fait valoir, pour sa défense, que les relations sexuelles étaient consensuelles. La crédibilité relative à la question du consentement s'est révélée être au cœur du litige. Le ministère public a cherché à présenter une preuve de faits similaires en faisant témoigner l'ex-épouse de l'intimé dans le but d'établir que ce dernier avait une propension à infliger de la douleur pendant qu'il avait des relations sexuelles et qu'une fois stimulé il n'acceptait pas de se faire dire non. Cette preuve visait à expliquer pourquoi il y avait lieu de croire la plaignante lorsqu'elle affirmait que l'agression s'était poursuivie malgré ses protestations.

(1) Le premier épisode

L'ex-épouse a raconté qu'en mars 1990, quelques semaines après la naissance de leur premier enfant, l'intimé avait voulu avoir des relations sexuelles avec elle [TRADUCTION] « pour voir quel effet ça ferait ». Elle a refusé parce qu'elle croyait que ce serait douloureux. L'intimé a insisté pour qu'ils aient des relations vaginales. Dès le début, elle lui a dit qu'elle avait mal, mais il a continué.

(2) Le deuxième épisode

Cinq ou six mois plus tard, l'ex-épouse, accompagnée de l'intimé, est allée visiter sa sœur et son beau-frère dans leur maison mobile. Lorsqu'ils se furent tous retirés pour aller se coucher, l'intimé a voulu avoir des relations sexuelles. Elle a refusé en invoquant le fait que sa sœur et son époux étaient couchés à l'autre bout de la maison mobile. Elle a

from him. The respondent told her to shut up and had vaginal intercourse with her anyway.

(3) Incident Three

9

She returned home one day to find that the respondent had invited a number of people to their apartment for a party. After seeing the respondent tickle two women on the couch, she got angry and told everyone to leave. After most of the guests departed, she went into the bedroom. The respondent followed her. He was upset that she had broken up his party. He tried to have intercourse with her. She tried to get away but he blocked the door with a dresser. She then attempted to flee through the second floor bedroom window, but he pulled her back in. He then forced her to have vaginal intercourse and passed out.

(4) Incident Four

10

Sometime early in 1992, the respondent came home drunk and wanted to have anal intercourse. She told him that she did not want to do so because it had hurt her on previous occasions. The respondent initiated anal intercourse nonetheless. She kept moving and tried to get away. Eventually, he grabbed a bottle of baby oil from underneath the bed and applied the oil to his penis and her anus. He initiated anal intercourse. They were interrupted by a crying baby, and she used the distraction to escape to the basement but the respondent followed her. He told her that if she did not stop running, he would tie her up with a rope. She ran naked from the house and over to the neighbour's house. The police were called but she did not lay charges.

(5) Incident Five

11

The respondent was imprisoned from 1992 until 1995 for sexual assaults on two other women (although the fact they were "other" women was withheld from the jury by agreement of counsel). In that period he placed a threatening phone call to his then wife, which precipitated their divorce. They resumed living together soon after he was released.

tenté de s'éloigner de lui. L'intimé lui a dit de se taire et a quand même eu des relations vaginales avec elle.

(3) Le troisième épisode

Un jour, en revenant à l'appartement, elle a trouvé l'intimé en train de faire la fête avec un certain nombre de personnes. En voyant l'intimé chatouiller deux femmes sur le sofa, elle s'est fâchée et a demandé à tout le monde de partir. Après le départ de la plupart des invités, elle s'est retirée dans la chambre à coucher. L'intimé l'a suivie. Il était contrarié parce qu'elle avait mis fin à la fête. Il a essayé d'avoir des relations sexuelles avec elle. Elle a essayé de s'échapper, mais il a bloqué la porte avec un chiffonnier. Elle a alors tenté de s'enfuir par la fenêtre de la chambre à coucher située au deuxième étage, mais il l'a ramenée à l'intérieur. Il l'a ensuite forcée à avoir des relations vaginales et est tombé endormi.

(4) Le quatrième épisode

Au début de 1992, l'intimé est arrivé ivre à la maison et a voulu avoir des relations anales. Elle a refusé en lui expliquant que cela lui avait fait mal auparavant. L'intimé a néanmoins amorcé ces relations. Elle n'a pas cessé de bouger et a tenté de s'enfuir. Il a finalement saisi une bouteille d'huile pour bébé en dessous du lit et en a appliqué sur son pénis et sur l'anus de son épouse. Il a amorcé des relations anales. Ils ont été interrompus par les pleurs d'un bébé; elle en a alors profité pour s'enfuir au sous-sol, mais l'intimé l'a suivie. Il lui a dit qu'il la ligoterait si elle n'arrêtait pas de courir. Elle est sortie dehors toute nue et s'est rendue chez le voisin. On a appelé la police, mais elle n'a porté aucune accusation.

(5) Le cinquième épisode

L'intimé a été incarcéré de 1992 à 1995 pour des agressions sexuelles commises contre deux autres femmes (cependant, avec le consentement des avocats, on a omis de révéler au jury qu'il s'agissait d'« autres » femmes). Pendant cette période, il a fait un appel à son épouse de l'époque, dans lequel il lui a proféré des menaces, ce qui a provoqué leur

Shortly thereafter, she became upset because the respondent had gone out with a woman he had once dated. The respondent became angry, grabbed her by the throat, threw her around, pinned her against the wall and broke their glass coffee table. He did not, however, sexually assault her on that occasion.

(6) Incident Six

One night during the summer of 1996, she and the respondent were returning home after dropping off their friends. The respondent told her that instead of going home, they were going to a gravel pit where she “was going to get it up the ass”. She testified that he had forced her to have sex with him at the gravel pit in the past. She told him that she was willing to do anything other than anal intercourse because it hurt too much. The respondent, however, insisted on anal intercourse. Once at the gravel pit he attempted anal intercourse, but was unsuccessful because there was insufficient room in the back seat of the car. The respondent took her out of his car and put her face down on the hood. He attempted anal intercourse again. He eventually turned her over onto her back and had vaginal intercourse.

(7) Incident Seven

In October 1996, her grandfather passed away. She and the respondent were alone in her mother’s home. She was crying and upset. She testified that her crying “turned [the respondent] on” and that he wanted to have sexual intercourse on her mother’s new couch. She told him that she did not want to. The respondent put her on the couch and commenced vaginal intercourse. She cried. While they were having intercourse, he punched her a number of times in the stomach to make her cry louder.

B. *The Respondent’s Testimony*

The respondent denied committing any of the alleged assaults on his ex-wife. With respect to the complainant’s allegations, he testified that he

divorce. Ils ont recommencé à cohabiter peu après sa libération. Peu de temps après, elle s’est fâchée parce que l’intimé était sorti avec une femme qu’il avait déjà fréquentée. L’intimé s’est mis en colère, l’a saisie à la gorge, l’a poussée, l’a clouée contre le mur et a fracassé leur table de salon en verre. Cependant, il ne l’a pas agressée sexuellement à cette occasion.

(6) Le sixième épisode

Au cours d’une soirée d’été de 1996, l’intimé et son épouse rentraient chez eux après avoir accompagné leurs amis. L’intimé l’a alors informée qu’au lieu de retourner à la maison ils se rendraient plutôt à une gravière où il [TRADUCTION] « [la] sodomiserait ». Elle a témoigné qu’il l’avait déjà forcée à avoir des relations sexuelles avec lui à la gravière. Elle lui a répondu qu’elle était prête à n’importe quoi, sauf avoir des relations anales parce que c’était trop douloureux. L’intimé a toutefois insisté pour avoir des relations anales. Une fois à la gravière, il a tenté d’avoir des relations anales, mais en vain parce qu’il n’y avait pas suffisamment de place sur le siège arrière de la voiture. L’intimé l’a sortie de l’automobile et l’a étendue à plat ventre sur le capot. Il a de nouveau tenté d’avoir des relations anales. Il l’a finalement retournée et a eu avec elle des relations vaginales.

(7) Le septième épisode

En octobre 1996, le grand-père de l’ex-épouse est décédé. Cette dernière était seule avec l’intimé dans la maison de sa mère. Elle pleurait et était bouleversée. Elle a témoigné que ses pleurs avaient [TRADUCTION] « excité [l’intimé] » et qu’il voulait avoir des relations sexuelles sur le nouveau sofa de sa mère. Elle a refusé. L’intimé l’a étendue sur le sofa et a commencé à avoir des relations vaginales avec elle. Elle pleurait. Pendant ces relations, il lui a donné plusieurs coups de poing à l’abdomen pour la faire pleurer plus fort.

B. *Le témoignage de l’intimé*

L’intimé a nié avoir commis les agressions reprochées sur la personne de son ex-épouse. En ce qui concerne les allégations de la plaignante,

12

13

14

met her at the bar, that they were both intoxicated and that they left the bar together. Eventually they went to a motel room. He testified that once inside the room, the complainant straddled him while he lay on his back and they engaged in approximately 15 to 20 minutes of vaginal intercourse. He denied that she had complained or told him to stop. He also denied hitting her and choking her. He testified that she drove him home at approximately 6:40 a.m. He did not see her again.

C. *The Evidence of Collusion*

15

The ex-wife testified that she had met the complainant a few months before the alleged sexual assault took place. She had told the complainant at that time about the respondent's criminal record and her allegations of his abuse of her during their marriage. The ex-wife told the complainant that she had received \$16,500 from the Criminal Injuries Compensation Board and agreed when it was put to her in cross-examination that "[a]ll you had to do [to get the money] was say that you were abused". The ex-wife's cross-examination was, in part, as follows:

Q. You knew [the complainant]?

A. Yes, I did.

Q. You had met her in the summer of '96?

A. That's correct.

Q. She had come over and visited with you, right?

A. That's correct.

Q. At one point, she actually said to you that she thought that [the respondent] loved you very much?

A. Yes, she did.

Q. And you straightened her out?

A. That's correct.

Q. And you told her that he had been to jail?

A. Yes, I did.

il a témoigné qu'il l'avait rencontrée dans un bar, qu'ils étaient tous deux en état d'ébriété et qu'ils avaient quitté le bar ensemble. Ils s'étaient finalement rendus dans une chambre de motel. Il a ajouté qu'une fois rendus dans la chambre la plaignante s'était mise à califourchon sur lui pendant qu'il était sur le dos et qu'ils avaient eu des relations vaginales pendant environ 15 à 20 minutes. Il a nié qu'elle s'était plainte ou qu'elle lui avait demandé d'arrêter. Il a également nié l'avoir frappée et étranglée. Il a témoigné qu'elle l'avait ramené chez lui vers 6 h 40. Il ne l'a pas revue par la suite.

C. *La preuve de collusion*

L'ex-épouse a témoigné qu'elle avait rencontré la plaignante quelques mois avant l'agression sexuelle reprochée. Elle lui avait alors révélé l'existence du casier judiciaire de l'intimé et l'avait informée des sévices dont elle aurait été victime de sa part pendant leur mariage. L'ex-épouse a raconté à la plaignante qu'elle avait reçu la somme de 16 500 \$ de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels, et lors de son contre-interrogatoire, elle a souscrit à l'affirmation suivante : [TRADUCTION] « [pour obtenir l'argent,] il vous [a] suffi de dire que vous aviez été maltraitée ». Voici une partie du contre-interrogatoire de l'ex-épouse :

[TRADUCTION]

Q. Vous connaissiez [la plaignante]?

A. Oui.

Q. Vous l'aviez rencontrée pendant l'été 1996?

A. C'est exact.

Q. Elle était venue vous rendre visite, n'est-ce pas?

A. C'est exact.

Q. À un moment donné, ne vous a-t-elle pas dit qu'elle croyait que [l'intimé] vous aimait beaucoup?

A. Oui.

Q. Et vous lui avez donné l'heure juste?

A. C'est exact.

Q. Et vous lui avez dit qu'il avait fait un séjour en prison?

A. Oui.

Q. You told her that he abused you?

A. Yes, I did.

Q. And you told her that you collected \$16,500 from the government. All you had to do was say that you were abused.

A. Yes.

Q. So she knew all of that before December of 1996?

A. Yes. [Emphasis added.]

Subsequently, on December 6, 1996, the complainant met up with the respondent at the bar and, after sharing some marijuana, agreed to accompany him to a motel for sex.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* — Jennings J.

At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge admitted the “similar fact” evidence on the basis that:

(i) the ex-wife’s proposed evidence might assist the jury in determining how he had acted with the complainant;

(ii) the evidence was discreditable to the respondent and could only be admitted if its probative value outweighed its prejudicial effect;

(iii) the issue for the jury was the credibility of the complainant’s allegation that sex continued in a violent manner in the face of attempts to refuse sex and not simply whether a withdrawal of consent had been communicated; and

(iv) the similar fact evidence, if believed, “establishe[d] a pattern of using an initially consensual situation to escalate into violent, painful sexual connection, with both vaginal and anal penetration”. It would show a pattern of behaviour and confirm the credibility of the complainant, both of which the trial judge described as legitimate purposes for the reception of the evidence. This showed more than a mere propensity

Q. Vous lui avez dit qu’il vous avait maltraitée?

A. Oui.

Q. Et vous lui avez dit que vous aviez reçu du gouvernement la somme de 16 500 \$, et qu’il vous avait suffi de dire que vous aviez été maltraitée.

A. Oui.

Q. Alors elle savait tout cela avant le mois de décembre 1996?

A. Oui. [Je souligne.]

Par la suite, le 6 décembre 1996, la plaignante a rencontré l’intimé dans un bar et, après avoir fumé de la marijuana, elle a accepté de l’accompagner à un motel pour y avoir des relations sexuelles.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l’Ontario (Division générale)* — le juge Jennings

À la suite du voir-dire, le juge du procès a admis la preuve de « faits similaires » pour les motifs suivants :

(i) le témoignage proposé de l’ex-épouse pourrait aider le jury à déterminer comment l’intimé a agi avec la plaignante;

(ii) la preuve déshonorait l’intimé et ne pouvait être admise que si sa valeur probante l’emportait sur son effet préjudiciable;

(iii) la question que le jury devait trancher était celle de la crédibilité de la plaignante lorsqu’elle alléguait que les relations sexuelles se poursuivaient d’une façon violente alors qu’elle tentait d’y mettre fin, et non pas simplement celle de savoir si elle avait retiré explicitement son consentement;

(iv) la preuve de faits similaires, si on y ajoute foi, [TRADUCTION] « établi[ssait] une tendance à faire dégénérer une situation consensuelle au départ en relations sexuelles violentes et douloureuses comportant des pénétrations vaginales et anales ». Cette preuve démontre l’existence d’un mode de comportement et confirme la crédibilité de la plaignante, ce que le juge du procès a qualifié de raisons légitimes de recevoir la preuve.

16

17

to commit the acts based upon bad character. The cogency was derived from

the overriding similarity of the conversion of an occasion when consensual sex may be anticipated, into one of continuing vaginal sex after complaint, pain and request to stop, accompanied by physical attack, and of initiating and continuing anal sex without consent, persuades me the proposed evidence has the substantial probative value required, and as was the case in *R. v. B. (L.)* [[1997] 35 O.R. (3d) 35] the proposed evidence is relevant to an important issue, the credibility of [the complainant].

18 The trial judge ruled that it was not for him to resolve the possibility of collusion between the former wife and the complainant.

There is no direct evidence of collusion between [the ex-wife and the complainant], although the former told the latter of the assaults upon her. Regardless, this is a decision for the trier of fact to make. [Emphasis added.]

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 48 O.R. (3d) 257

19 Charron J.A. for the court held that the trial judge had identified the correct test for admitting similar fact evidence but he had erred in its application. In her opinion, the evidence should not have been admitted at trial since the probative value of the evidence was outweighed by its potential prejudicial effect.

20 The strength of the evidence was weakened by the fact that the respondent had denied the incidents and that they formed the subject matter of other proceedings in which they were as yet unproven.

21 The alleged similar acts were quite disparate in nature and, despite sharing certain characteristics, it was difficult to fit them into any pattern specific enough to bolster the complainant's credibility. Charron J.A. further held that there were non-superficial dissimilarities. While the acts alleged

Elle démontre plus qu'une simple propension à accomplir les actes en cause en raison d'une mauvaise moralité. Voici comment le juge se prononce sur la force probante de cette preuve :

[TRADUCTION] . . . la similitude très grande entre le fait de transformer une occasion où on peut s'attendre à avoir des relations sexuelles consensuelles en une situation où on poursuit des relations sexuelles vaginales accompagnées d'agression physique, malgré les plaintes, les cris de douleur et la demande de la victime d'arrêter, et le fait d'amorcer et de poursuivre des relations anales non consensuelles, me convainc que la preuve proposée a la grande valeur probante requise, et, comme dans l'affaire *R. c. B. (L.)* [[1997] 35 O.R. (3d) 35], la preuve proposée est pertinente relativement à une importante question en litige, celle de la crédibilité de [la plaignante].

Le juge du procès a décidé qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question de la possibilité de collusion entre l'ex-épouse et la plaignante :

[TRADUCTION] Il n'existe aucune preuve directe de collusion entre [l'ex-épouse et la plaignante], bien que la première ait informé l'autre des agressions dont elle avait été victime. Quoi qu'il en soit, il appartient au juge des faits de statuer sur ce point. [Je souligne.]

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 48 O.R. (3d) 257

Madame le juge Charron a statué, au nom de la cour, que le juge du procès avait choisi le bon critère pour admettre une preuve de faits similaires, mais qu'il avait commis une erreur en l'appliquant. À son avis, la preuve n'aurait pas dû être admise au procès étant donné que l'effet préjudiciable qu'elle était susceptible d'avoir l'emportait sur sa valeur probante.

La preuve avait moins de force probante du fait que l'intimé avait nié l'existence des épisodes en cause, qui faisaient l'objet d'autres procédures dans le cadre desquelles leur existence n'avait pas encore été établie.

Les prétendus faits similaires étaient de nature assez disparate et, malgré l'existence de certaines caractéristiques communes, il était difficile d'en dégager une tendance suffisamment particulière pour renforcer la crédibilité de la plaignante. Le juge Charron a ensuite constaté l'existence de

by the ex-wife took place during a conjugal, long-term relationship, the acts alleged by the complainant took place during a short, casual affair that had begun with her consent.

Charron J.A. also held that there had been a potential for collusion that further weakened any probative value that could be derived from the former wife's testimony. She held that potential for collusion "is always a serious consideration in the assessment of the strength of this kind of evidence" (para. 41) since collusion between witnesses may deprive similar fact evidence of most of its probative value. The prospect of collusion is "not a matter that can simply be left for the jury to determine without giving it due consideration in the assessment of the probative value of the evidence" (para. 41).

The credibility of the ex-wife was problematic. She had considerably delayed reporting any of the incidents. The eventual timing of her complaints raised issues with respect to her motives. The complaint with respect to four incidents had first been made in support of an uncontested application for compensation before the Criminal Injuries Compensation Board when the respondent was in prison. The rest of the complaints had been made after her final separation from the respondent and shortly after she had learned of the charges laid in this case.

III. Analysis

The trial judge admitted the similar fact evidence in this case because he thought the way the respondent "acted on previous occasions with [his ex-wife], may very well assist the jury in determining how he acted with [the complainant]". The common thread, according to the Crown, is that the respondent derives pleasure from inflicting pain on a sexual partner and insists on sex "his way" irrespective of consent.

différences non négligeables. Alors que les actes allégués par l'ex-épouse avaient été accomplis dans le cadre d'une relation conjugale de longue durée, ceux allégués par la plaignante avaient été accomplis au cours d'une relation amoureuse passagère à laquelle elle avait consenti au départ.

Madame le juge Charron a aussi conclu qu'il y avait eu une possibilité de collusion qui réduisait davantage toute valeur probante que pouvait avoir le témoignage de l'ex-épouse. Selon elle, une possibilité de collusion [TRADUCTION] « constitue toujours un facteur important pour déterminer la force probante de ce type d'élément de preuve » (par. 41) étant donné que la collusion entre des témoins risque de dépouiller la preuve de faits similaires de presque toute sa valeur probante. La possibilité de collusion [TRADUCTION] « n'est pas une question qui peut être simplement laissée à l'appréciation du jury sans avoir été dûment prise en compte dans la détermination de la valeur probante de la preuve » (par. 41).

La crédibilité de l'ex-épouse était problématique. Celle-ci avait attendu très longtemps avant de signaler les faits en question. Le choix du moment où elle a finalement porté plainte soulevait des questions quant aux motifs qui l'avaient incitée à agir. La plainte relative à quatre épisodes avait d'abord été déposée à l'appui d'une demande non contestée d'indemnité auprès de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels, à l'époque où l'intimé était incarcéré. L'ex-épouse avait déposé les autres plaintes après sa séparation définitive d'avec l'intimé et peu après avoir été informée des accusations portées en l'espèce.

III. Analyse

Le juge du procès a admis la preuve de faits similaires en l'espèce parce qu'il croyait que la façon dont l'intimé avait [TRADUCTION] « agi antérieurement avec [son ex-épouse] pourra[it] fort bien aider le jury à déterminer comment il a agi avec [la plaignante] ». Selon le ministère public, le dénominateur commun est que l'intimé éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et insiste pour avoir des relations sexuelles « à sa façon », peu importe qu'il y ait ou non consentement.

22

23

24

25

From the respondent's point of view, introduction of the similar fact evidence radically changed the trial. He was on trial for one incident, to which he pleaded not guilty, but was instead confronted with eight different incidents, of which seven were not the subject matter of any charge. The jury might conclude that a man with a track record of discreditable treatment of his ex-wife in their sexual relations would be acting in character by forcing himself on the resisting complainant, but this he says was unfair because it bolstered the complainant's credibility by exogenous evidence that related neither to the complainant nor to the charge. At the least the jury might conclude that the respondent was a repugnant individual deserving of punishment and a conviction would, as a matter of rough equivalence, give him his just desserts.

A. *The Disputed Inferences*

26

The ex-wife's testimony relates to incidents removed in time, place and circumstances from the charge. It is thus only circumstantial evidence of the matters the jury was called on to decide and, as with any circumstantial evidence, its usefulness rests entirely on the validity of the inferences it is said to support with respect to the matters in issue. The argument for admitting this circumstantial evidence is that the jury may infer firstly that the respondent is an individual who derives pleasure from sex that is painful to his partner, and will not take no for an answer, and secondly, that his character or propensity thus established gives rise to the further inference that he proceeded wilfully in this case knowing the complainant did not consent. As stated by Wilson J. in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 943:

In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of the inference that can be drawn.

See also *R. v. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245 (Ont. C.A.), at p. 258, *per* Doherty J.A.; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 45, *per* Charron

Selon l'intimé, la présentation de la preuve de faits similaires a radicalement modifié l'allure du procès. Il subissait un procès relativement à un épisode pour lequel il avait plaidé non coupable, mais avait à répondre de huit épisodes différents dont sept ne faisaient pas l'objet d'une accusation. Le jury pourrait conclure qu'un homme qui, dans le passé, avait traité son ex-épouse de manière déshonorante dans ses relations sexuelles avec elle était le genre de personne à avoir pris de force la plaignante récalcitrante, ce qui, selon l'intimé, était injuste du fait qu'on étayait ainsi la crédibilité de la plaignante au moyen d'une preuve extrinsèque sans rapport avec la plaignante et l'accusation. Le jury pourrait à tout le moins conclure que l'intimé était un individu répugnant qui méritait d'être puni et que, grosso modo, il aurait ce qu'il mérite s'il était déclaré coupable.

A. *Les inférences contestées*

Le témoignage de l'ex-épouse concerne des faits qui, sur les plans du temps, du lieu et des circonstances, sont éloignés de l'accusation. Il ne constitue donc qu'une preuve circonstancielle des questions que le jury était appelé à trancher. À l'instar de toute preuve circonstancielle, son utilité dépend entièrement de la validité des inférences qu'il étaye, dit-on, relativement aux questions en litige. On justifie l'admission de cette preuve circonstancielle par le fait que le jury peut inférer, premièrement, que l'intimé est un individu qui éprouve du plaisir à infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles et qui n'accepte pas de se faire dire non, et deuxièmement, que la moralité ou la propension de l'intimé ainsi établie permet de déduire qu'il a agi délibérément en l'espèce, tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante. Comme l'a affirmé madame le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, p. 943 :

Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer.

Voir également *R. c. Watson* (1996), 50 C.R. (4th) 245 (C.A. Ont.), p. 258, le juge Doherty; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 45, le juge

J.A. See also: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 11.113; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at pp. 39-41; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at pp. 350 *et seq.*; *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), at pp. 1152-53.

The contest over the admissibility of similar fact evidence is all about inferences, i.e., when do they arise? What are they intended to prove? By what process of reasoning do they prove it? How strong is the proof they provide? When are they so unfair as to be excluded on the grounds of judicial policy and the presumption of innocence? The answers to these questions have proven so controversial as to create what Lord Hailsham described as a "pitted battlefield": *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 445.

There is more consensus on the nature of the problems than there is on the correctness of the solutions: compare the differing approaches in R. J. Delisle, "The Direct Approach to Similar Fact Evidence" (1996), 50 C.R. (4th) 286; A. E. Acorn, "Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Makin Sense" (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 11-4; M. Rosenberg (now J.A.), "Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct", in National Criminal Law Program, *Criminal Evidence* (1994), section 8.1, at p. 3; and L. Stuesser, "Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

The immediate questions are whether the double inferences are properly raised on the facts of this case, and if so, whether they add such probative strength in the circumstances here that the ex-wife's evidence ought to be admitted despite the potential prejudice. The respondent says that the so-called similar facts are insufficiently connected in time and circumstances to the offence charged, i.e., there is an

Charron. Voir aussi : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), § 11.113; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2^e éd. 1999), p. 39-41; *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), p. 350 et suiv.; *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), p. 1152-1153.

La contestation relative à l'admissibilité de la preuve de faits similaires porte entièrement sur la question des inférences. Dans quels cas peut-on faire de telles inférences? Que visent-elles à prouver? Par quel raisonnement permettent-elles de faire cette preuve? Quelle est la force probante de la preuve qu'elles fournissent? Dans quels cas sont-elles si inévitables qu'elles doivent être écartées pour des raisons de politique judiciaire et de présomption d'innocence? Les réponses à ces questions se sont révélées tellement controversées qu'elles créent ce que lord Hailsham a appelé [TRADUCTION] « un champ de mines » : *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), p. 445.

On s'entend davantage sur la nature des problèmes que sur la justesse des solutions : comparer les différentes approches adoptées dans R. J. Delisle, « The Direct Approach to Similar Fact Evidence » (1996), 50 C.R. (4th) 286; A. E. Acorn, « Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning : Makin Sense » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 63; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 11-4; M. Rosenberg (maintenant juge de cour d'appel), « Evidence of Similar Acts and Other Extrinsic Misconduct », dans Programme national de droit pénal, *Criminal Evidence* (1994), section 8.1, p. 3; L. Stuesser, « Similar Fact Evidence in Sexual Offence Cases » (1997), 39 *Crim. L.Q.* 160.

Les questions qui se posent d'entrée de jeu sont de savoir si les deux inférences sont faites à bon droit compte tenu des faits de la présente affaire et, dans l'affirmative, si elles confèrent une force probante telle que le témoignage de l'ex-épouse devrait être admis malgré le préjudice qu'il est susceptible de causer. L'intimé affirme que les prétendus actes similaires ne sont pas suffisamment liés, sur les

27

28

29

insufficient nexus to make the conduct with his ex-wife a reliable guide to his alleged conduct with the complainant. Moreover, even if they are, he says he should not as a matter of policy be put at risk of conviction by confusing the jury about what he allegedly did in other times and at other places.

30 I should note that the Crown did not attempt to call any expert evidence in relation to the validity of the inferences respecting the respondent's psychological make-up that it sought to have the jury draw from the ex-wife's evidence and their applicability to the facts in issue.

B. *The General Exclusionary Rule*

31 The respondent is clearly correct in saying that evidence of misconduct beyond what is alleged in the indictment which does no more than blacken his character is inadmissible. Nobody is charged with having a "general" disposition or propensity for theft or violence or whatever. The exclusion thus generally prohibits character evidence to be used as circumstantial proof of conduct, i.e., to allow an inference from the "similar facts" that the accused has the propensity or disposition to do the type of acts charged and is therefore guilty of the offence. The danger is that the jury might be confused by the multiplicity of incidents and put more weight than is logically justified on the ex-wife's testimony ("reasoning prejudice") or by convicting based on bad personhood ("moral prejudice"): Great Britain Law Commission, Consultation Paper No. 141, *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant* (1996), at § 7.2.

32 This is a very old rule of the common law. Reference may be made to seventeenth-century trials in which the prosecution was scolded for raising prior felonious conduct, as for example to Lord

plans du temps et des circonstances, à l'infraction reprochée, c'est-à-dire que le lien est insuffisant pour que le comportement qu'il a adopté avec son ex-épouse puisse fournir des indices fiables quant au comportement qu'il aurait adopté avec la plaignante. De plus, l'intimé prétend que, même s'ils avaient un lien suffisant avec l'infraction en cause, on devrait s'abstenir, pour des raisons de politique générale, de l'exposer au risque d'être déclaré coupable en semant la confusion dans l'esprit des jurés au sujet de ce qu'il aurait déjà fait ailleurs.

Je tiens à préciser que le ministère public n'a pas tenté de produire une preuve d'expert concernant, d'une part, la validité des inférences relatives à la constitution psychologique de l'intimé qu'il demandait au jury de faire à partir du témoignage de l'ex-épouse, et, d'autre part, l'applicabilité de ces inférences aux faits en cause.

B. *La règle générale d'exclusion*

Il est évident que l'intimé a raison de plaider l'inadmissibilité de la preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation et qui ne fait que ternir sa réputation. Personne n'est accusé d'avoir une prédisposition ou propension « générale » au vol, à la violence ou à quoi que ce soit d'autre. En général, l'exclusion vise à interdire l'utilisation de la preuve de moralité en tant que preuve circonstancielle d'une conduite, c'est-à-dire pour inférer des « faits similaires » que l'accusé avait une propension ou une prédisposition à accomplir le type d'actes reprochés et qu'il est donc coupable de l'infraction. Le jury risque d'être embrouillé par la multiplicité des faits et d'accorder plus de poids qu'il est logiquement justifié de le faire au témoignage de l'ex-épouse (« préjudice par raisonnement ») ou de déclarer l'accusé coupable en raison de sa mauvaise personnalité (« préjudice moral ») : Great Britain Law Commission, Consultation Paper No. 141, *Evidence in Criminal Proceedings : Previous Misconduct of a Defendant* (1996), § 7.2.

Il s'agit là d'une très ancienne règle de common law. On peut mentionner des procès tenus au XVII^e siècle, dans lesquels on a reproché au ministère public d'avoir invoqué la conduite criminelle

Holt C.J. in *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), at p. 864: "Are you going to arraign his whole life? Away, Away, that ought not to be; that is nothing to the matter."

Subsequently, and most famously, the general exclusionary rule was laid down by Lord Herschell L.C. *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.), in these terms, at p. 65:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has 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 criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried.

The court spoke there of "criminal acts", but this has been broadened to include any proffered "similar facts" of a discreditable nature (*Robertson, supra*, at p. 941; *B. (L.), supra*, at pp. 45-46), a category which includes the conduct alleged by the ex-wife in this case.

The dangers of propensity reasoning are well recognized. Not only can people change their ways but they are not robotic. While juries in fourteenth-century England were expected to determine facts based on their personal knowledge of the character of the participants, it is now said that to infer guilt from a knowledge of the mere character of the accused is a "forbidden type of reasoning": *Boardman, supra*, at p. 453, *per* Lord Hailsham.

The exclusion of evidence of general propensity or disposition has been repeatedly affirmed in this Court and is not controversial. See *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339.

antérieure d'une personne. Voici, par exemple, ce qu'a dit le lord juge en chef Holt dans *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), p. 864 : [TRADUCTION] « Allez-vous lui reprocher toute sa vie? Oubliez ça, oubliez ça! Ça ne devrait pas être possible; c'est sans intérêt pour la question. »

Par la suite et de façon très remarquable, le lord chancelier Herschell a formulé la règle générale d'exclusion en ces termes dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (C.P.), p. 65 :

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que, dans le but d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa moralité, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, la poursuite ne peut pas 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.

Dans cette affaire, la cour a parlé de [TRADUCTION] « crimes », mais le sens de ce terme a été élargi de manière à inclure tous « faits similaires » de caractère déshonorant qui sont soumis en preuve (*Robertson, précité*, p. 941; *B. (L.)*, précité, p. 45-46), ce qui comprend la conduite alléguée en l'espèce par l'ex-épouse.

Les dangers du raisonnement fondé sur la propension sont bien reconnus. Non seulement les gens peuvent-ils changer leurs habitudes, mais encore ils ne sont pas des robots. Même si, au XIV^e siècle en Angleterre, les jurés étaient censés déterminer les faits en fonction de leur propre connaissance de la moralité des parties, on affirme désormais qu'une inférence de culpabilité fondée sur la seule connaissance de la moralité de l'accusé est un [TRADUCTION] « raisonnement interdit » : *Boardman, précité*, p. 453, lord Hailsham.

Notre Cour a, à maintes reprises, confirmé l'exclusion de la preuve de propension ou de pré-disposition générale; cette exclusion n'est pas controversée. Voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.

33

34

35

36

Policy Basis for the Exclusion

37 The policy basis for the exclusion is that while in some cases propensity inferred from similar facts may be relevant, it may also capture the attention of the trier of fact to an unwarranted degree. Its potential for prejudice, distraction and time consumption is very great and these disadvantages will almost always outweigh its probative value. It ought, in general, to form no part of the case which the accused is called on to answer. It is excluded notwithstanding the general rule that all relevant evidence is admissible: *Arp, supra*, at para. 38; *Robertson, supra*, at p. 941; *Morris, supra*, at pp. 201-2; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 613.

38 If propensity evidence were routinely admitted, it might encourage the police simply to “round up the usual suspects” instead of making a proper unblinkered investigation of each particular case. One of the objectives of the criminal justice system is the rehabilitation of offenders. Achievement of this objective is undermined to the extent the law doubts the “usual suspects” are capable of turning the page and starting a new life.

39 It is, of course, common human experience that people generally act consistently with their known character. We make everyday judgments about the reliability or honesty of particular individuals based on what we know of their track record. If the jurors in this case had been the respondent’s inquisitive neighbours, instead of sitting in judgment in a court of law, they would undoubtedly have wanted to know everything about his character and related activities. His ex-wife’s anecdotal evidence would have been of great interest. Perhaps too great, as pointed out by Sopinka J. in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 744:

The principal reason for the exclusionary rule relating to propensity is that there is a natural human tendency to judge a person’s action on the basis of character. Particularly with juries there would be a strong

La raison de politique générale justifiant l’exclusion

La raison de politique générale justifiant l’exclusion de la preuve de propension ou de prédisposition est la suivante : bien que, dans certains cas, elle puisse être pertinente, la propension inférée de faits similaires peut aussi retenir indûment l’attention du juge des faits. Elle risque sérieusement de causer un préjudice, de détourner l’attention du jury et d’entraîner un délai excessif, et ces inconvénients l’emportent presque toujours sur sa valeur probante. En général, la propension de l’accusé ne devrait pas faire partie de la preuve qui pèse contre lui. Elle est exclue nonobstant la règle générale voulant que tout élément de preuve pertinent soit admissible : *Arp*, précité, par. 38; *Robertson*, précité, p. 941; *Morris*, précité, p. 201-202; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613.

Si la preuve de propension était admise systématiquement, cela pourrait inciter la police à simplement « arrêter les suspects habituels » au lieu d’effectuer, comme il se doit, une enquête rigoureuse dans chaque cas. L’un des objectifs du système de justice criminelle est la réinsertion sociale des délinquants. La réalisation de cet objectif est compromise dans la mesure où le droit met en doute la capacité des « suspects habituels » de tourner la page et de commencer une nouvelle vie.

Il va sans dire que l’expérience nous enseigne que les gens agissent généralement selon leur propre moralité. Chaque jour, nous portons des jugements sur la fiabilité ou l’honnêteté de personnes à partir de notre connaissance de leurs antécédents. Si les jurés en l’espèce avaient été les voisins indiscrets de l’intimé au lieu de porter jugement dans une cour de justice, ils auraient sûrement voulu tout savoir au sujet de sa moralité et des activités s’y rapportant. Le témoignage anecdotique de son ex-épouse aurait été d’un grand intérêt. D’un intérêt peut-être trop grand, comme l’a affirmé le juge Sopinka dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 744 :

La principale raison de la règle d’exclusion relative à la propension est qu’il existe une tendance tout à fait humaine à juger les actes d’une personne en fonction de son caractère. Surtout avec des jurys, la tentation serait

inclination to conclude that a thief has stolen, a violent man has assaulted and a pedophile has engaged in pedophilic acts. Yet the policy of the law is wholly against this process of reasoning.

The policy of the law recognizes the difficulty of containing the effects of such information which, once dropped like poison in the juror's ear, "swift as quicksilver it courses through the natural gates and alleys of the body": *Hamlet*, Act I, Scene v, ll. 66-67.

C. *The Narrow Exception of Admissibility*

While emphasizing the general rule of exclusion, courts have recognized that an issue may arise in the trial of the offence charged to which evidence of previous misconduct may be so highly relevant and cogent that its probative value in the search for truth outweighs any potential for misuse, *per* Sopinka J., dissenting, in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 751:

The fact that the alleged similar facts had common characteristics with the acts charged, could render them admissible, and, therefore, supportive of the evidence of the complainant. In order to be admissible, however, it would be necessary to conclude that the similarities were such that absent collaboration, it would be an affront to common sense to suggest that the similarities were due to coincidence [Emphasis added.]

The "common sense" condemnation of exclusion of what may be seen as highly relevant evidence has prompted much judicial agonizing, particularly in cases of alleged sexual abuse of children and adolescents, whose word was sometimes unfairly discounted when opposed to that of ostensibly upstanding adults. The denial of the adult, misleadingly persuasive on first impression, would melt under the history of so many prior incidents as to defy innocent explanation. That said, there is no special rule for sexual abuse cases. In *any* case, the strength of the similar fact evidence must be such as to outweigh "reasoning prejudice" and "moral prejudice". The inferences sought to be drawn must accord with common sense, intuitive notions of probability and

forte de conclure qu'un voleur a volé, qu'un homme violent a commis des voies de fait et qu'un pédophile s'est livré à des actes de pédophilie. Cependant, les principes du droit vont tout à fait à l'encontre de ce mode de raisonnement.

Le droit reconnaît généralement la difficulté de restreindre les effets de tels renseignements qui, une fois tombés comme un poison dans l'oreille du juré, « aussi prompt[s] que vif-argent [. . .] cour[ent] le long des portes et des voies naturelles de tout le corps » : *Hamlet*, acte I, scène v, lignes 66-67.

C. *L'exception stricte de l'admissibilité*

Tout en mettant l'accent sur la règle générale d'exclusion, les tribunaux ont reconnu que, dans le cadre du procès relatif à l'infraction reprochée, il peut se poser une question à l'égard de laquelle une preuve d'inconduite antérieure peut être si pertinente et convaincante que sa valeur probante dans la recherche de la vérité l'emporte sur toute possibilité qu'elle soit mal utilisée. Dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 751, le juge Sopinka, dissident, affirme ceci :

Étant donné que les faits similaires allégués avaient des caractéristiques communes avec les actes reprochés, ils pouvaient être recevables et, par conséquent, confirmer le témoignage de la plaignante. Cependant, pour qu'ils soient recevables, il faudrait conclure que les similitudes étaient telles qu'en l'absence de collaboration, il serait contraire au sens commun de laisser entendre que les similitudes relevaient de la coïncidence . . . [Je souligne.]

Le fait qu'il serait contraire au « sens commun » d'exclure ce qui peut être considéré comme une preuve très pertinente a donné lieu à de nombreux déchirements chez les juges, en particulier dans le cas d'allégations d'agression sexuelle contre des enfants et des adolescents dont la parole se voyait parfois injustement accorder moins de valeur que celle d'adultes apparemment intègres. Le démenti de l'adulte, erronément convaincant à prime abord, s'estomperait devant des épisodes antérieurs si nombreux qu'ils ne se prêteraient à aucune explication tendant à innocenter. Cela dit, il n'existe aucune règle particulière en matière d'agression sexuelle. En *tout* état de cause, la force de la preuve de faits similaires doit être de nature à l'emporter

40

41

42

the unlikelihood of coincidence. Although an element of “moral prejudice” may be introduced, it must be concluded by the trial judge on a balance of probabilities that the probative value of the sound inferences exceeds any prejudice likely to be created.

43 As set out in the dissenting reasons of Dickson J., concurred in by Laskin C.J., in *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339, at p. 345: “There is, however, a limited but legitimate area of exception to the general exclusionary rule that the accused has only to answer the specific charge contained in the indictment.”

44 The criminal trial is, after all, about the search for truth as well as fairness to an accused. Thus Lord Herschell L.C., in what is called the second “branch” of *Makin*, *supra*, said at p. 65:

On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused.

45 In *Makin* itself, the death of one small child found buried in the back garden of the accused could conceivably be thought to be from natural or perhaps accidental causes, but when numerous other bodies were later dug up in the same backyard and at previous residences of the accused, the coincidence of so many premature deaths by innocent causes of babies of recent good health defied belief. Coincidence, as an explanation, has its limitations. As it was put in one American case: “The man who wins the lottery once is envied; the one who wins it twice is investigated” (*United*

sur le « préjudice par raisonnement » et le « préjudice moral ». Les inférences que l’on cherche à faire doivent être conformes au bon sens, aux notions intuitives de probabilité et à l’improbabilité d’une coïncidence. Bien qu’un élément de « préjudice moral » puisse être introduit, le juge du procès doit conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante des inférences raisonnables l’emporte sur tout préjudice susceptible d’être causé.

Comme on peut le lire dans les motifs dissidents rédigés par le juge Dickson, avec l’appui du juge en chef Laskin, dans l’arrêt *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339, p. 345 : « Cependant, il existe une exception légitime mais de portée relativement restreinte à la règle générale d’exclusion suivant laquelle l’accusé n’est tenu de répondre qu’à l’accusation précise dont fait état l’acte d’accusation. »

Après tout, le procès criminel vise la recherche de la vérité ainsi que de l’équité envers un accusé. Dans l’arrêt *Makin*, précité, p. 65, le lord chancelier Herschell affirme, au sujet de ce qu’on appelle le deuxième « volet » de cet arrêt :

[TRADUCTION] D’autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d’autres crimes n’entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu’on prétend, constituent le crime reproché dans l’acte d’accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l’accusé pourrait autrement invoquer.

Dans l’affaire *Makin* elle-même, on pouvait théoriquement considérer que le décès d’un petit enfant dont le corps avait été découvert enterré dans le jardin de l’accusé résultait d’une cause naturelle ou peut-être accidentelle. Toutefois, à la suite de la découverte de nombreuses autres dépouilles dans le même jardin et à d’autres endroits où avait résidé l’accusé, on ne pouvait plus croire que c’était par pure coïncidence qu’étaient survenus autant de décès prématurés, résultant de causes non blâmables, de bébés jusque-là en bonne santé. En tant qu’explication, la coïncidence a ses limites.

States v. York, 933 F.2d 1343 (7th Cir. 1991), at p. 1350).

It was thus held in *Makin* that the accumulation of babies found dead in similar circumstances permitted, in relation to the accused, the double inferences of propensity mentioned above. The improbability of an innocent explanation was manifest.

Policy Basis for the Exception

The policy basis for the exception is that the deficit of probative value weighed against prejudice on which the original exclusionary rule is predicated is reversed. Probative value exceeds prejudice, because the force of similar circumstances defies coincidence or other innocent explanation.

Canadian case law recognizes that as the “similar facts” become more focussed and specific to circumstances similar to the charge (i.e., more situation specific), the probative value of propensity, thus circumscribed, becomes more cogent. As the differences and variables that distinguish the earlier “similar facts” from the subject matter of the charge in this type of case are reduced, the cogency of the desired inferences is thought to increase. Ultimately the policy premise of the general exclusionary rule (prejudice exceeds probative value) ceases to be true.

D. *The Test of Admissibility*

The present rule was succinctly formulated by McIntyre J. in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953:

The general principle described by Lord Herschell may and should be applied in all cases where similar fact evidence is tendered and its admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the

Comme on l’a affirmé dans un arrêt américain : [TRADUCTION] « On envie la personne qui gagne la loterie une fois; on fait une enquête sur celle qui la gagne deux fois » (*United States c. York*, 933 F.2d 1343 (7th Cir. 1991), p. 1350).

Dans l’arrêt *Makin*, on a donc statué que la série de bébés découverts sans vie dans des circonstances similaires permettait de faire, au sujet de l’accusé, les deux inférences de propension susmentionnées. Il était évident qu’une explication tendant à innocenter l’accusé était improbable.

La raison de politique générale justifiant l’exception

La raison de politique générale justifiant l’exception est que la valeur probante l’emporte sur le préjudice, alors que l’application de la règle initiale d’exclusion repose sur le fait que le préjudice l’emporte sur la valeur probante. La valeur probante l’emporte sur le préjudice du fait que la force des circonstances similaires écarte toute coïncidence ou autre explication tendant à innocenter l’accusé.

La jurisprudence canadienne reconnaît que plus les « faits similaires » se rapprochent spécifiquement des circonstances de l’accusation (c’est-à-dire lorsqu’ils se rapportent davantage à la situation), plus la valeur probante de la propension, ainsi circonscrite, augmente. On considère que plus s’estompent les différences et les variables qui distinguent les « faits similaires » antérieurs de l’objet de l’accusation dans ce type de dossier, plus s’intensifie la force probante des inférences souhaitées. En fin de compte, la prémisse qui sous-tend la règle générale d’exclusion (le préjudice l’emporte sur la valeur probante) ne s’applique plus.

D. *Le critère d’admissibilité*

Le juge McIntyre a formulé succinctement la règle actuellement applicable dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 953 :

Le principe général énoncé par lord Herschell peut et doit être appliqué chaque fois qu’on présente une preuve d’actes similaires et la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice

46

47

48

49

prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission.

50

The rule received more extended and comprehensive treatment by McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, itself. The accused was charged with sexual offences against his daughter. The daughter testified that the alleged acts began when she was 11 years old and continued for two years. The accused denied the allegations. In support of the child's testimony, the Crown sought to adduce evidence showing that 10 years earlier, the accused had had sexual relations with his common-law wife's 15-year-old daughter, with whom he had enjoyed a father-daughter relationship. Writing for a five-judge majority, McLachlin J. held that the evidence, though "borderline", was admissible. Although evidence relating solely to the accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule will arise when the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect (at pp. 734-35):

This review of the jurisprudence leads me to the following conclusions as to the law of similar fact evidence as it now stands in Canada. The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. . . . [E]vidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect.

51

The Court thus affirmed that evidence classified as "disposition" or "propensity" evidence is, exceptionally, admissible. McLachlin J. continued at p. 735:

In a case such as the present, where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception. The judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence

causé à l'accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit.

Dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, madame le juge McLachlin a fait un examen plus approfondi et complet de cette règle. L'accusé avait été inculpé d'infractions d'ordre sexuel contre sa fille. Celle-ci avait témoigné que les actes reprochés avaient commencé lorsqu'elle était âgée de 11 ans et s'étaient poursuivis pendant deux ans. L'accusé a nié ces allégations. Afin d'étayer le témoignage de l'enfant, le ministère public a cherché à présenter une preuve établissant que, 10 ans auparavant, l'accusé avait eu des relations sexuelles avec la fille de 15 ans de sa conjointe de fait, avec laquelle il avait une relation père-fille. S'exprimant au nom d'une majorité composée de cinq juges, le juge McLachlin a conclu que la preuve, même si elle constituait un « cas limite », était admissible. Même si l'on exclut généralement la preuve se rapportant uniquement à la prédisposition de l'accusé, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable (aux p. 734-735) :

Cet examen de la jurisprudence m'amène à tirer les conclusions suivantes quant à l'état actuel du droit en matière de preuve de faits similaires au Canada. Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à établir la propension. [. . .] [L]a preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable.

Notre Cour a ainsi confirmé que la preuve qualifiée de preuve de « prédisposition » ou de « propension » est exceptionnellement admissible. Le juge McLachlin poursuit en ces termes, à la p. 735 :

Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception. Le juge doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits

and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

McLachlin J. formulated the test for admissibility of disposition or propensity evidence, at p. 732:

... evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

Subsequently, in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, McLachlin J. referred to *B. (C.R.)* as the governing authority (at pp. 771-72), as did a unanimous Court almost a decade later in its most recent pronouncement on the topic, in *Arp*, *supra*, per Cory J., at para. 41:

... evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. [Emphasis added.]

Cory J. added some observations in *Arp* at para. 80 about the trial judge's instructions to the jury about the use to be made of propensity evidence. These observations should not be taken out of context. Contrary to some commentary, *Arp* did not qualify the Court's endorsement of the general test set out in *B. (C.R.)* as is evident from Cory J.'s repeated references thereto (at paras. 42, 50 and 65):

It can be seen that in considering whether similar fact evidence should be admitted the basic and fundamental question that must be determined is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et les questions autres que la propension, afin de déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel et justifie sa réception.

Le juge McLachlin formule, à la p. 732, le critère d'admissibilité de la preuve de prédisposition ou de propension :

... la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, le juge McLachlin affirme que l'arrêt *B. (C.R.)* fait autorité (p. 771-772), comme l'a fait notre Cour, à l'unanimité, presque 10 ans plus tard dans son jugement le plus récent en la matière, l'arrêt *Arp*, précité, par. 41, le juge Cory :

... la preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Au paragraphe 80 de l'arrêt *Arp*, le juge Cory ajoute quelques observations quant aux directives que le juge du procès doit donner au jury relativement à l'utilisation qui doit être faite d'une preuve de propension. Ces observations ne doivent pas être interprétées hors contexte. Contrairement à ce que soutiennent certains commentateurs, l'arrêt *Arp* n'a pas nuancé l'approbation du critère général énoncé dans l'arrêt *B. (C.R.)* comme le font ressortir les nombreux renvois à cet arrêt que fait le juge Cory (aux par. 42, 50 et 65) :

On constate que, pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

52

53

54

In summary, in considering the admissibility of similar fact evidence, the basic rule is that the trial judge must first determine whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

En résumé, dans l'examen de la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, la règle fondamentale est que le juge du procès doit d'abord décider si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

The issue in every case is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. [Emphasis added.]

Dans chaque cas, la question consiste à déterminer si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

The *B. (C.R.)* test can thus be taken as stating the law in Canada.

On peut donc considérer que le critère formulé dans l'arrêt *B. (C.R.)* énonce l'état du droit au Canada.

55 Similar fact evidence is thus presumptively inadmissible. The onus is on the prosecution to satisfy the trial judge on a balance of probabilities that in the context of the particular case the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its potential prejudice and thereby justifies its reception.

La preuve de faits similaires est donc présumée inadmissible. Il incombe à la poursuite de convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que, dans le contexte de l'affaire en cause, la valeur probante de la preuve relative à une question donnée l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer et justifie ainsi sa réception.

E. *Difficulties in the Application of the Test*

E. *Difficultés d'appliquer le critère*

56 It has been recognized since Lord Herschell L.C.'s time that it is one thing to talk about so general a test as balancing probative value against prejudice, and a different and much more difficult thing to apply the test in a practical way (*Makin, supra*, at p. 65). What are the manageable criteria? How "probative" must the evidence be to get over the admissibility hurdle? How much prejudice is too much? How do we calibrate the scales that balance probative value against prejudice?

On reconnaît depuis l'époque du lord chancelier Herschell qu'appliquer concrètement un critère aussi général que celui de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice est quelque chose de différent et de beaucoup plus difficile qu'en parler (*Makin, précité*, p. 65). Quels critères peuvent être appliqués sans trop de difficultés? Quelle doit être la force « probante » de la preuve pour que l'obstacle de l'admissibilité puisse être surmonté? Quand le préjudice devient-il trop grave? Comment calibre-t-on la balance qui sert à soupeser la valeur probante en fonction du préjudice?

57 In an attempt to provide more precise guidance, Canadian appellate courts have from time to time advocated, amongst others, a "categories" approach, a multi-step "purpose" approach and a "conclusiveness" approach. Each of these attempts, helpful as they were in practice, were ultimately thought to obfuscate and detract from the principled approach eventually adopted in *Sweitzer, B. (C.R.)* and *Arp*. It was found for example that squeezing propensity evidence into a pre-authorized pigeon hole or recognized "category" sometimes unfairly gained its admission even though, in context, the prejudice

Afin de donner des directives plus précises, les tribunaux d'appel canadiens ont parfois préconisé notamment une approche fondée sur des « catégories », une approche à plusieurs étapes fondée sur « l'objet » et une approche fondée sur le « caractère concluant ». On a jugé, en fin de compte, que chacune de ces tentatives, quelle qu'en soit l'utilité concrète, obscurcissait et affaiblissait la méthode fondée sur des principes adoptée, par la suite, dans les arrêts *Sweitzer, B. (C.R.)* et *Arp*. Par exemple, on a constaté que classer une preuve de propension dans une « catégorie » préalablement autorisée ou

was overwhelming: Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.30.

Nevertheless, *Sweitzer, B. (C.R.)* and *Arp* did not advocate a free-wheeling approach. They fully recognized the potentially poisonous nature of propensity evidence, and sharply circumscribed the circumstances in which it can be introduced.

(1) Propensity Evidence by Any Other Name Is Still Propensity Evidence

It is occasionally suggested that once the similar fact evidence is related to an issue other than “mere” propensity or “general” disposition, it somehow ceases to be propensity evidence. I do not think this is true.

One of the virtues of *B. (C.R.)* is its candid acknowledgment that “evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted” (p. 732) to help establish that the accused did or did not do the act in question (at pp. 731-32):

While the language of some of the assertions of the exclusionary rule admittedly might be taken to suggest that mere disposition evidence can never be admissible, the preponderant view prevailing in Canada is the view taken by the majority in *Boardman* — evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury. [Emphasis in original.]

In other words, while identification of the issue defines the precise purpose for which the evidence is proffered, it does not (and cannot) change the inherent nature of the propensity evidence, which must be recognized for what it is. By affirming its true character, in my view, the Court keeps front and centre its dangerous potential.

reconnue en permettait parfois injustement l’admission même si, dans le contexte, il en résultait un immense préjudice : Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.30.

Néanmoins, les arrêts *Sweitzer, B. (C.R.)* et *Arp* ne préconisaient pas une approche libre de toute contrainte. Ils reconnaissaient pleinement le caractère potentiellement pernicieux de la preuve de propension et limitaient clairement les circonstances dans lesquelles une telle preuve peut être présentée.

(1) Quel que soit le nom qu’on lui donne, la preuve de propension reste une preuve de propension

Il arrive qu’on laisse entendre que, lorsque la preuve de faits similaires se rapporte à une question autre que la « simple » propension ou prédisposition « générale », elle cesse en quelque sorte de constituer une preuve de propension. Je ne crois pas que ce soit le cas.

L’un des avantages de l’arrêt *B. (C.R.)* est qu’il reconnaît franchement que « la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise » (p. 732) pour aider à déterminer si l’accusé a accompli ou non l’acte en question (aux p. 731-732) :

Bien que tous conviennent que la formulation de certains énoncés de la règle d’exclusion pourrait laisser entendre que la preuve de la simple propension ne peut jamais être admissible, l’opinion prépondérante au Canada est celle adoptée par la majorité dans l’arrêt *Boardman* — la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l’accusé si la preuve d’actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury. [Souligné dans l’original.]

En d’autres termes, bien que la détermination de la question en litige définit la fin à laquelle la preuve est produite, elle ne modifie pas (et ne peut pas modifier) le caractère inhérent de la preuve de propension, qui doit être reconnu pour ce qu’il est. J’estime qu’en confirmant le caractère véritable de cette preuve, notre Cour met à l’avant-plan son caractère potentiellement dangereux.

58

59

60

61

62 I refer again to *Arp, supra*, where Cory J., for the Court, reaffirmed the proposition that in exceptional circumstances propensity evidence *is* admissible, at para. 40:

Thus evidence of propensity or disposition may be relevant to the crime charged, but it is usually inadmissible because its slight probative value is ultimately outweighed by its highly prejudicial effect. [Emphasis added.]

63 While Cory J. rested admissibility on the improbability of coincidence (paras. 43 and 45), this does not in my view detract from his recognition that the underlying reasoning was through propensity. When similar facts are attributed to an accused acting “in character”, it is the inferred continuity of character and nothing else that displaces what might otherwise be explained innocently as mere “coincidence”.

64 I emphasize the reference in *Arp* to “usually inadmissible”. Cory J. recognized, as did McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, that disposition evidence could unusually and exceptionally be admitted if it survives the rigours of balancing probative value against prejudice.

65 While some of Sopinka J.’s judgments are occasionally cited for the proposition that propensity evidence, as such, is never admissible, I think this overstates his position. He, like McLachlin J. in *C. (M.H.)*, at p. 771, occasionally uses the word “disposition” as shorthand for “general” disposition, or bad character, which both agree to be inadmissible. Sopinka J.’s agreement with the use of situation specific evidence of propensity is confirmed, I think, in his majority opinion in *Morin, supra*, a case in which propensity evidence was sought to be established by expert testimony rather than similar fact evidence. He stated at p. 370:

Je renvoie de nouveau à l’arrêt *Arp*, précité, par. 40, où le juge Cory a réaffirmé, au nom de notre Cour, que la preuve de propension *est* admissible dans des circonstances exceptionnelles :

Par conséquent, la preuve d’une propension ou disposition peut être pertinente à l’égard du crime reproché, mais elle est généralement inadmissible parce que, en dernière analyse, son effet très préjudiciable l’emporte sur sa faible valeur probante. [Je souligne.]

Bien que le juge Cory ait fondé l’admissibilité de la preuve sur l’improbabilité d’une coïncidence (par. 43 et 45), j’estime que cela n’atténue aucunement sa reconnaissance que le raisonnement sous-jacent reposait sur la propension. Lorsque des faits similaires sont attribués à un accusé ayant agi comme « cela lui ressemble », c’est le fait d’inférer la puissance d’une certaine moralité et rien d’autre qui écarte ce qui pourrait par ailleurs être expliqué de bonne foi comme étant une simple « coïncidence ».

Je tiens à souligner que l’arrêt *Arp* parle d’une preuve « généralement inadmissible ». Le juge Cory a reconnu, à l’instar du juge McLachlin dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, que la preuve d’une prédisposition pourrait, dans des circonstances inhabituelles et exceptionnelles, être admise si elle surmontait les rigueurs de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

Bien que certains jugements du juge Sopinka soient parfois cités à l’appui de la proposition selon laquelle la preuve de propension en tant que telle n’est jamais admissible, je crois que c’est là exagérer son point de vue. Le juge Sopinka, à l’instar du juge McLachlin dans l’arrêt *C. (M.H.)*, précité, p. 771, utilise parfois le terme « disposition » ou « tendances » dans le sens de prédisposition « générale » ou de mauvaise moralité, que tous les deux jugent inadmissibles. À mon avis, les motifs majoritaires du juge Sopinka dans l’arrêt *Morin*, précité, confirment qu’il est d’accord avec l’utilisation d’une preuve de propension à agir d’une certaine façon dans une situation particulière. Dans l’affaire *Morin*, on cherchait à établir l’existence d’une propension au moyen d’un témoignage d’expert au lieu de le faire à l’aide d’une preuve de faits similaires. Le juge Sopinka affirme, à la p. 370 :

It seems to me that the policy against the admission of such evidence is satisfied if its probative value exceeds its prejudicial effect. On the other hand, the mere fact that the evidence has some relevance does not secure its admissibility if it does not meet this test.

In *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, Sopinka J. further confirmed his approach to propensity evidence at p. 120:

Cross on Evidence (6th ed. 1985) contains a concise statement of the “similar facts rule” at p. 311 with which I agree:

. . . evidence of the character or of the misconduct of the accused on other occasions . . . tendered to show his bad disposition, is inadmissible unless it is so highly probative of the issues in the case as to outweigh the prejudice it may cause.

The acknowledgement that similar fact evidence uses propensity as its mode of reasoning is also supported by *Wigmore on Evidence, supra*, at pp. 1152-53, and Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.141.

It follows, as stated by Charron J.A. in *B. (L.)*, *supra*, at p. 57:

. . . propensity reasoning in and of itself is not prohibited. Indeed, it is usually inevitable, given the nature of the evidence and the reason for its admission. . . .

It is propensity reasoning that is based solely on the general bad character of the accused, as revealed through this evidence of discreditable conduct, which is prohibited.

See also *R. v. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197 (Ont. C.A.), at p. 226, *per* Doherty J.A.

(2) Identification of the “Issue in Question” is an Important Control

McLachlin J. speaks in *B. (C.R.)*, *supra*, of the “value of the evidence in relation to an issue in question” (p. 732 (emphasis added)). McIntyre J., in *Sweitzer, supra*, emphasized that whether or not probative value exceeds prejudicial effect can only be determined in light of the purpose for which

Il me semble que le principe qui s’oppose à l’admission de ce genre de preuve est respecté si sa valeur probante est supérieure à son effet préjudiciable. D’autre part, le simple fait que la preuve a une certaine pertinence n’assure pas son admissibilité si elle ne respecte pas ce critère.

Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 120, le juge Sopinka a confirmé davantage son approche relativement à la preuve de propension :

Dans *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985), à la p. 311, on trouve un énoncé concis de la « règle relative à la preuve de faits similaires », que j’approuve :

[TRADUCTION] . . . une preuve de la moralité ou de l’inconduite de l’accusé à d’autres occasions (. . .) produite pour établir ses mauvaises tendances, est inadmissible, à moins que sa valeur probante relativement aux questions en litige soit tellement grande qu’elle l’emporte sur le préjudice que peut causer cette preuve.

Wigmore on Evidence, op. cit., p. 1152-1153, et Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.141, reconnaissent également que le raisonnement appliqué à la preuve de faits similaires est fondé sur la propension.

Il s’ensuit, comme l’a expliqué madame le juge Charron dans l’arrêt *B. (L.)*, précité, p. 57, que

[TRADUCTION] . . . le raisonnement fondé sur la propension n’est pas interdit en soi. En fait, il est habituellement inévitable en raison de la nature de la preuve et de la raison justifiant son admission . . .

Ce qui est interdit, c’est le raisonnement fondé sur la propension qui ne repose que sur la mauvaise moralité générale de l’accusé, qui ressort de cette preuve de conduite déshonorante.

Voir aussi l’arrêt *R. c. Batte* (2000), 34 C.R. (5th) 197 (C.A. Ont.), p. 226, le juge Doherty.

(2) L’importance de cerner la « question soulevée »

Dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 732, le juge McLachlin parle de la « valeur probante de la preuve relative à une question soulevée » (je souligne). Dans l’arrêt *Sweitzer*, précité, p. 953, le juge McIntyre souligne que la question de savoir si la valeur probante d’une preuve l’emporte ou non

66

67

68

69

the evidence is proffered (p. 953). The importance of issue identification was also emphasized in *D. (L.E.)*, *supra*, at p. 121; *C. (M.H.)*, *supra*, at p. 771; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 358; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 731; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, at para. 35; and *Arp*, *supra*, at para. 48.

70 An indication of the importance of identifying “the issue in question” is that the trial judge is required to instruct the jury that they may use the evidence in relation to that issue and not otherwise.

71 This Court has frequently gone out of its way to emphasize that the general disposition of the accused does not qualify as “an issue in question”. As stated, the similar fact evidence may be admissible if, but only if, it goes beyond showing general propensity (moral prejudice) and is more probative than prejudicial in relation to an issue in the crime now charged. I accept as correct the dictum of Lord Goddard C.J. in *R. v. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697 (C.C.A.), at p. 700, that “[e]vidence is not to be excluded merely because it tends to show the accused to be of a bad disposition, but only if it shows nothing more”, provided the “something more” is taken to refer to an excess of probative value over prejudice. Thus, for example, in *B. (F.F.)*, *supra*, the accused was charged with the sexual abuse of a young girl in his care. Similar fact evidence was led from the complainant’s brothers about physical abuse and the violent domination by the accused of the household. Iacobucci J., for the majority, stated, at p. 731:

... evidence which tends to show bad character or a criminal disposition on the part of the accused is admissible if (1) relevant to some other issue beyond disposition or character, and (2) the probative value outweighs the prejudicial effect. [Emphasis added.]

sur son effet préjudiciable ne peut être tranchée qu’en fonction de la fin à laquelle elle est produite. Notre Cour a également souligné l’importance de cerner la question en litige dans les arrêts suivants : *D. (L.E.)*, précité, p. 121; *C. (M.H.)*, précité, p. 771; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 358; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, p. 731; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, par. 35; *Arp*, précité, par. 48.

Un indice de l’importance de cerner la « question soulevée » est le fait que le juge du procès doit informer les membres du jury qu’ils peuvent utiliser la preuve relativement à cette question seulement et non à d’autres fins.

Notre Cour s’est souvent efforcée de souligner que la prédisposition générale de l’accusé ne peut pas être une « question soulevée ». Comme nous l’avons vu, la preuve de faits similaires peut être admissible si, et seulement si, elle tend à établir davantage qu’une propension générale (préjudice moral) et si elle est plus probante que préjudiciable relativement à une question soulevée par le crime maintenant reproché. Je considère juste l’opinion incidente exprimée par le lord juge en chef Goddard dans l’arrêt *R. c. Sims*, [1946] 1 All E.R. 697 (C.C.A.), p. 700, selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ne faut pas juger une preuve irrecevable pour la seule raison qu’elle tend à établir les mauvaises dispositions de l’accusé, mais il faut le faire seulement si elle ne prouve rien d’autre », pourvu que « ce quelque chose d’autre » soit interprété comme désignant une valeur probante supérieure au préjudice susceptible de résulter. Ainsi, par exemple, dans l’arrêt *B. (F.F.)*, précité, l’accusé était inculpé d’avoir agressé sexuellement une enfant confiée à ses soins. Les frères de la plaignante ont produit une preuve de faits similaires concernant les agressions physiques commises par l’accusé au sein du foyer et la domination violente qu’il y exerçait. Le juge Iacobucci a affirmé, au nom des juges majoritaires, à la p. 731 :

... la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité de l’accusé ou l’existence chez lui d’une propension criminelle est admissible (1) si elle a rapport à une autre question litigieuse que la propension ou la moralité, et (2) si sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Proof of *general* disposition is a prohibited purpose. Bad character is not an offence known to the law. Discreditable disposition or character evidence, at large, creates nothing but “moral prejudice” and the Crown is not entitled to ease its burden by stigmatizing the accused as a bad person. The defence of “innocent association” in *B. (F.F.)* was simply another way of expressing the denial by an accused of an element of the offence. The evidence of his prior discreditable conduct of a distinctive and particular nature, was considered to be strongly probative of specific issues in the case. Thus read, *B. (F.F.)* is quite consistent with *B. (C.R.)*, and should not be interpreted as a rival “two-step” variant of the test.

The requirement to identify the material issue “in question” (i.e., the purpose for which the similar fact evidence is proffered) does not detract from the probative value/prejudice balance, but is in fact essential to it. Probative value cannot be assessed in the abstract. The utility of the evidence lies precisely in its ability to advance or refute a live issue pending before the trier of fact.

The issues in question derive from the facts alleged in the charge and the defences advanced or reasonably anticipated. It is therefore incumbent on the Crown to identify the live issue in the trial to which the evidence of disposition is said to relate. If the issue has ceased to be in dispute, as for example when the fact is admitted by the accused, then the evidence is irrelevant and it must be excluded: *R. v. Clermont*, [1986] 2 S.C.R. 131, at p. 136; *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347 (Ont. C.A.), at p. 360; *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (Man. C.A.), at p. 447; *R. v. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392 (B.C.C.A.); and *B. (L.)*, *supra*, at p. 50. The relative importance of the issue in the particular trial may also have a bearing on the weighing up of factors for and against admissibility. Similar fact evidence that

La preuve d’une prédisposition *générale* est une fin prohibée. La mauvaise moralité n’est pas une infraction en droit. La preuve d’une propension déshonorante ou de la moralité en général n’engendre rien de plus qu’un « préjudice moral » et le ministère public n’est pas habilité à alléger la charge qui lui incombe en présentant l’accusé comme une mauvaise personne. Le moyen de défense fondé sur les « rapports innocents », dont il est question dans l’arrêt *B. (F.F.)*, constituait simplement une autre façon d’exprimer la dénégation par un accusé d’un élément de l’infraction. Notre Cour avait alors considéré que la preuve de la conduite antérieure déshonorante distincte et particulière de l’accusé était très probante relativement à certaines questions soulevées dans l’affaire. Selon cette interprétation, l’arrêt *B. (F.F.)* est tout à fait compatible avec l’arrêt *B. (C.R.)* et ne devrait pas être interprété comme établissant une variante « à deux volets » qui rivalise avec le critère formulé dans ce dernier arrêt.

L’exigence de cerner la question importante « soulevée » (c’est-à-dire la fin à laquelle la preuve de faits similaires est produite) ne compromet pas la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice, mais est en fait essentielle à cette détermination. La valeur probante ne se détermine pas dans l’abstrait. L’utilité de la preuve réside précisément dans le fait qu’elle permet d’étayer ou de réfuter une question en litige dont est saisi le juge des faits.

Les questions soulevées découlent des faits allégués dans l’accusation ainsi que des moyens de défense invoqués ou raisonnablement escomptés. Il incombe donc au ministère public de cerner la question en litige dans le procès, à laquelle on prétend que la preuve de prédisposition se rapporte. Si la question n’est plus litigieuse, comme, par exemple, lorsque l’accusé a admis le fait, la preuve n’est plus pertinente et doit être exclue : *R. c. Clermont*, [1986] 2 R.C.S. 131, p. 136; *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347 (C.A. Ont.), p. 360; *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (C.A. Man.), p. 447; *R. c. Hanna* (1990), 57 C.C.C. (3d) 392 (C.A.C.-B.); *B. (L.)*, précité, p. 50. L’importance relative de la question litigieuse dans le procès peut également avoir une incidence sur l’appréciation des facteurs

72

73

74

is virtually conclusive of a minor issue may still be excluded for reasons of overall prejudice.

75 The “issues in question” are not, it should be emphasized, categories of admissibility. Their identification is simply an element of the admissibility analysis which, as stated, turns on weighing probative value against prejudice.

(3) Identification of the Required Degree of Similarity

76 The principal driver of probative value in a case such as this is the connectedness (or nexus) that is established between the similar fact evidence and the offences alleged, particularly where the connections reveal a “degree of distinctiveness or uniqueness” (*B. (C.R.)*, *supra*, at p. 735). As stated by Cory J. in *Arp*, *supra*, at para. 48:

... where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted.

77 Thus in *Arp*, where the issue was identification, Cory J. cited at para. 43 *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.), where Martin J.A. observed that evidence of propensity on the issue of identification is not admissible “unless the propensity is so highly distinctive or unique as to constitute a signature” (p. 496). Martin J.A. made the propensity point again in his lecture on “Similar Fact Evidence” published in [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1, at pp. 9-10, in speaking of the Moors Murderer case (*R. v. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911):

Although evidence is not admissible to show a propensity to commit crimes, or even crimes of a particular class, evidence of a propensity to commit a particular crime in

favorables et défavorables à l’admissibilité de la preuve. La preuve de faits similaires qui est, pour ainsi dire, concluante relativement à une question d’importance secondaire peut toujours être exclue pour des raisons de préjudice global.

Il y a lieu de souligner que les « questions soulevées » ne constituent pas des catégories d’admissibilité. Leur détermination constitue simplement un élément de l’analyse de l’admissibilité qui, comme nous l’avons vu, repose sur la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

(3) La détermination du degré requis de similitude

La principale source de valeur probante dans un cas comme celui dont nous sommes saisis est le rapport (ou lien) qui est établi entre la preuve de faits similaires et les infractions reprochées, notamment lorsque ce rapport révèle l’existence d’un « degré de particularisme » (*B. (C.R.)*, précité, p. 735). Comme l’affirme le juge Cory dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 48 :

... lorsqu’une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l’improbabilité objective d’une coïncidence a été établie. Ce n’est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible.

Ainsi, dans l’arrêt *Arp* où la question en litige concernait l’identification, le juge Cory a cité, au par. 43, l’arrêt *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Martin avait fait observer qu’une preuve de propension relative à l’identification n’est pas admissible [TRADUCTION] « à moins que la propension soit tellement distinctive ou singulière qu’elle constitue une signature » (p. 496). Le juge Martin a réitéré cette remarque concernant la propension dans son exposé intitulé « Similar Fact Evidence », publié dans [1984] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 1, p. 9-10, en parlant de l’affaire du meurtrier de Moors (*R. c. Straffen*, [1952] 2 Q.B. 911) :

[TRADUCTION] Bien qu’une preuve ne soit pas admissible pour démontrer la propension à commettre des crimes, ou même des crimes d’un type particulier, la preuve d’une

a *peculiar and distinctive way* was admissible and sufficient to identify [*Straffen*] as the killer of the deceased. [Emphasis in original.]

The issue in the present case is not identification but the *actus reus* of the offence. The point is not that the degree of similarity in such a case must be *higher* or *lower* than in an identification case. The point is that the issue is *different*, and the drivers of cogency in relation to the desired inferences will therefore not be the same. As Grange J.A. correctly pointed out 20 years ago in *R. v. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237 (Ont. C.A.), at p. 244:

The degree of similarity required will depend upon the issues in the particular case, the purpose for which the evidence is sought to be introduced and the other evidence.

If, for example, the complainant in this case had not been able to identify the respondent as the perpetrator of the alleged offence, the conduct described by the ex-wife was not so “peculiar and distinctive” as to amount to a “signature” or “fingerprints at the scene of the crime” that would safely differentiate him from other possible assailants.

On the other hand, in a case where the issue is the *animus* of the accused towards the deceased, a prior incident of the accused stabbing the victim may be admissible even though the victim was ultimately shot — the accused says accidentally (Rosenberg, *supra*, at p. 8). The acts could be said to be dissimilar but the inference on the “issue in question” would nonetheless be compelling.

(4) Identification of Connecting Factors — Is the Similar Fact Evidence Appropriately Connected to the Facts Alleged in the Charge?

The decided cases suggest the need to pay close attention to similarities in character, proximity in time and frequency of occurrence. Wigmore put it this way:

propension à commettre un crime particulier *d'une façon particulière et distinctive* a été jugée admissible et suffisante pour identifier [*Straffen*] comme le meurtrier de la victime. [En italique dans l'original.]

En l'espèce, la question en litige porte non pas sur l'identification, mais sur l'*actus reus* de l'infraction. Ce n'est pas que, dans un tel cas, le degré de similitude doit être *plus élevé* ou *moins élevé* que dans une affaire d'identification. Là où je veux en venir, c'est que la question est *différente*, et les sources de force probante quant aux inférences souhaitées seront donc différentes. Comme le juge Grange l'a fait remarquer à juste titre, il y a 20 ans, dans l'arrêt *R. c. Carpenter* (1982), 142 D.L.R. (3d) 237 (C.A. Ont.), p. 244 :

[TRADUCTION] Le degré requis de similitude dépend des questions en litige dans l'affaire en question, de la fin à laquelle on cherche à produire la preuve et des autres éléments de preuve.

Si, par exemple, la plaignante en l'espèce n'avait pas été en mesure d'identifier l'intimé comme étant l'auteur de l'infraction reprochée, la conduite décrite par l'ex-épouse n'aurait pas été [TRADUCTION] « particulière et distinctive » au point de constituer une « signature » ou des « empreintes sur les lieux du crime » qui distingueraient à coup sûr l'intimé des autres agresseurs possibles.

En revanche, dans le cas où la question en litige touche aux sentiments de l'accusé envers la victime, un épisode antérieur au cours duquel l'accusé a poignardé la victime peut être admissible même si la victime a finalement été abattue — accidentellement, aux dires de l'accusé (Rosenberg, *loc. cit.*, p. 8). On pourrait dire que les actes sont différents, mais l'inférence relative à la « question soulevée » serait néanmoins décisive.

(4) La détermination des facteurs de rattachement — La preuve de faits similaires est-elle liée de façon appropriée aux faits allégués dans l'accusation?

La jurisprudence indique qu'il est nécessaire de prêter une attention particulière aux similitudes existant sur les plans de la nature, de la proximité temporelle et de la fréquence. Wigmore affirme à ce propos :

78

79

80

81

Since it is the improbability of a like result being repeated by mere chance that carried probative weight, the essence of this probative effect is the likeness of the instance. . . .

It is just this requirement of similarity which leaves so much room for difference of opinion, and accounts for the bewildering variances of rulings in the different jurisdictions and even in the same jurisdiction and in cases of the same offense.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 2 (Chadbourn rev. 1979), at pp. 245-46)

See also: *Arp*, *supra*, at para. 44; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 941; and *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at pp. 730-31. Thus it was the required degree of similarity, or the lack of it, that divided the Court in *B. (C.R.)*, *supra*, at pp. 739 and 753. Similarity in this respect does not necessarily require a strong peculiarity or unusual distinctiveness underlying the events being compared, although similar facts manifesting a singular trait (such as necrophilia) would likely be a powerful tool in the hands of the prosecution.

82

The trial judge was called on to consider the cogency of the proffered similar fact evidence in relation to the inferences sought to be drawn, as well as the strength of the proof of the similar facts themselves. Factors connecting the similar facts to the circumstances set out in the charge include:

- (1) proximity in time of the similar acts: *D. (L.E.)*, *supra*, at p. 125; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), at p. 345; *R. v. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214 (C.A.), at p. 220;
- (2) extent to which the other acts are similar in detail to the charged conduct: *Huot*, *supra*, at p. 218; *R. v. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.), at p. 471; *C. (M.H.)*, *supra*, at p. 772;
- (3) number of occurrences of the similar acts: *Batte*, *supra*, at pp. 227-28;

[TRADUCTION] Puisque c'est l'improbabilité qu'un résultat similaire se produise de nouveau par pur hasard qui avait une valeur probante, cet effet probant tient essentiellement à la similitude de l'affaire . . .

C'est seulement cette exigence de similitude qui se prête tant aux divergences d'opinions et qui explique les différences ahurissantes dans les décisions des divers ressorts et même à l'intérieur d'un même ressort ainsi que dans des affaires portant sur la même infraction.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 2 (Chadbourn rev. 1979), p. 245-246)

Voir aussi les arrêts *Arp*, précité, par. 44; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 941, et *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, p. 730-731. C'est donc le degré requis de similitude, ou plutôt l'absence de similitude, qui a divisé notre Cour dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 739 et 753. La similitude à cet égard n'exige pas nécessairement qu'une forte particularité ou un trait distinctif inhabituel caractérise les événements visés par la comparaison, quoique des faits similaires qui font ressortir un trait de caractère singulier (comme la nécrophilie) constitueraient vraisemblablement un outil puissant aux mains de la poursuite.

Le juge du procès était appelé à examiner la force probante de la preuve de faits similaires produite en fonction des inférences que l'on cherchait à faire, ainsi que la force probante de la preuve des faits similaires eux-mêmes. Les facteurs reliant les faits similaires aux circonstances énoncées dans l'accusation sont notamment :

- (1) la proximité temporelle des actes similaires : *D. (L.E.)*, précité, p. 125; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), p. 345; *R. c. Huot* (1993), 16 O.R. (3d) 214 (C.A.), p. 220;
- (2) la mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée : *Huot*, précité, p. 218; *R. c. Rulli* (1999), 134 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.), p. 471; *C. (M.H.)*, précité, p. 772;
- (3) la fréquence des actes similaires : *Batte*, précité, p. 227-228;

- | | |
|---|--|
| (4) circumstances surrounding or relating to the similar acts (<i>Litchfield, supra</i> , at p. 358); | (4) les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant (<i>Litchfield</i> , précité, p. 358); |
| (5) any distinctive feature(s) unifying the incidents: <i>Arp, supra</i> , at paras. 43-45; <i>R. v. Fleming</i> (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183 (Nfld. C.A.), at paras. 104-5; <i>Rulli, supra</i> , at p. 472; | (5) tout trait distinctif commun aux épisodes : <i>Arp</i> , précité, par. 43-45; <i>R. c. Fleming</i> (1999), 171 Nfld. & P.E.I.R. 183 (C.A.T.-N.), par. 104-105; <i>Rulli</i> , précité, p. 472; |
| (6) intervening events: <i>R. v. Dupras</i> , [2000] B.C.J. No. 1513 (QL) (S.C.), at para. 12; | (6) les faits subséquents : <i>R. c. Dupras</i> , [2000] B.C.J. No. 1513 (QL) (C.S.), par. 12; |
| (7) any other factor which would tend to support or rebut the underlying unity of the similar acts. | (7) tout autre facteur susceptible d'étayer ou de réfuter l'unité sous-jacente des actes similaires. |

On the other hand, countervailing factors which have been found helpful in assessing prejudice include the inflammatory nature of the similar acts (*D. (L.E.)*, at p. 124) and whether the Crown can prove its point with less prejudicial evidence. In addition, as stated, the court was required to take into account the potential distraction of the trier of fact from its proper focus on the facts charged, and the potential for undue time consumption. These were collectively described earlier as moral prejudice and reasoning prejudice.

This list is intended to be helpful rather than exhaustive. Not all factors will exist (or be necessary) in every case. A comparable approach is utilized in other common law jurisdictions, including England (see *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] A.C. 729 (H.L.), at p. 758), and in the United States (see C. B. Mueller and L. C. Kirkpatrick, *Federal Evidence* (2nd ed. 1994 & Supp. 2001), vol. 2, at § 161; *United States v. Enjady*, 134 F.3d 1427 (10th Cir. 1998), *certiorari* denied, 525 U.S. 887 (1998)).

(5) Differentiating Admissible from Inadmissible Propensity Evidence

Part of the conceptual problem with similar fact evidence is that words like "disposition" or "propensity" are apt to describe a whole spectrum of human character and behaviour of varying degrees of potential relevance. At the vague end of the spectrum, it might be said that the respondent has

Par ailleurs, les facteurs défavorables jugés utiles pour évaluer le préjudice comprennent le caractère incendiaire des actes similaires (*D. (L.E.)*, p. 124) et la question de savoir si le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide d'éléments de preuve moins préjudiciables. En outre, je le répète, la cour devait tenir compte du risque que la preuve de faits similaires empêche le juge des faits de bien se concentrer sur les faits reprochés et qu'elle entraîne un délai excessif. Ces facteurs ont déjà été collectivement qualifiés de préjudice moral et de préjudice par raisonnement.

Cette liste se veut utile plutôt qu'exhaustive. Les facteurs ne seront pas tous présents (ou requis) dans chaque cas. Une approche comparable est utilisée dans d'autres ressorts de common law, dont l'Angleterre (voir *Director of Public Prosecutions c. Kilbourne*, [1973] A.C. 729 (H.L.), p. 758) et les États-Unis (voir C. B. Mueller et L. C. Kirkpatrick, *Federal Evidence* (2^e éd. 1994 & suppl. 2001), vol. 2, § 161; *United States c. Enjady*, 134 F.3d 1427 (10th Cir. 1998), *certiorari* refusé, 525 U.S. 887 (1998)).

(5) Différentiation de la preuve admissible et de la preuve inadmissible en matière de propension

Une partie du problème conceptuel lié à la preuve de faits similaires réside dans le fait que des termes comme « prédisposition » ou « propension » sont susceptibles de décrire toute une gamme de tempéraments et de comportements humains qui peuvent être plus ou moins pertinents. À l'extrémité de la

83

84

85

a general disposition or propensity “for violence”. This, by itself, proved nothing of value in this trial. The respondent was not charged with having a brutal personality, and his general character was, in that sense, irrelevant.

86 At a more specific level, it is alleged here that the propensity to violence emerges in this respondent in a desire for hurtful sex. This formulation provides more context, but the definition of so general a propensity is still of little real use, particularly when it is sought to use “propensity” not to predict future conduct in a general way, but to conclude that the respondent is guilty of acting in the specific way under the specific circumstances on December 6, 1996 alleged by this complainant.

87 Coagency increases as the fact situation moves further to the specific end of the spectrum. In *Lepage, supra*, the accused was charged with possession of LSD for the purpose of trafficking in narcotics. The trial judge admitted evidence of a roommate that the accused was a “major [drug] dealer in the house” and on that basis expressed the opinion that the drugs belonged to the accused. On appeal, Sopinka J., writing for the majority, ruled that the evidence was admissible on the issue of possession, at paras. 36-37:

In the present case, the testimony of Thelland is not merely relevant to the character of the respondent, but is also relevant to possession which is a key issue in the case. In the circumstances of this case, there were three people living in the house and it was clear that the drugs belonged to one of the three. Surely, it is relevant to the issue of possession to have one of the three testify that the drugs were not his and furthermore, indicate that the respondent is in the business and therefore it is more likely that he was the owner of the drugs.

The evidence is not being adduced solely for the purpose of showing that the respondent is likely to have committed the crime because he is the type of person who would be likely to possess drugs.

gamme où la preuve est vague, on pourrait dire que l’intimé a une prédisposition ou propension générale à la « violence », ce qui en soi n’a rien prouvé d’utile au procès. L’intimé n’était pas accusé d’avoir une personnalité violente et, dans ce sens, sa réputation générale n’était pas pertinente.

À un niveau plus précis, on allègue que la propension à la violence de l’intimé ressort de son désir d’infliger de la douleur à ses partenaires sexuelles. Cette formulation procure plus de contexte, mais la définition d’une propension si générale demeure encore peu utile, particulièrement lorsque l’on cherche à utiliser la « propension » non pas pour prédire de façon générale un comportement futur, mais pour conclure que l’intimé est coupable d’avoir agi d’une façon particulière dans les circonstances précises du 6 décembre 1996, alléguées par la plaignante.

La force probante de la preuve augmente à mesure que la situation factuelle se rapproche de l’extrémité de la gamme où la preuve est plus précise. Dans l’arrêt *Lepage*, précité, l’accusé avait été inculpé de possession de LSD en vue d’en faire le trafic. Le juge du procès avait admis le témoignage d’un colocataire selon lequel l’accusé était un [TRADUCTION] « gros trafiquant [de drogue] dans la maison », et avait conclu, pour cette raison, que la drogue appartenait à l’accusé. En appel, le juge Sopinka, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a statué que la preuve était admissible relativement à la question de la possession, aux par. 36-37 :

En l’espèce, le témoignage de Thelland est pertinent non seulement à l’égard de la moralité de l’intimé, mais aussi quant à la possession qui est ici une question clé. En l’occurrence, trois personnes habitaient dans la maison et la drogue appartenait manifestement à l’une d’elles. Il est certes pertinent, relativement à la question de la possession, que l’une des trois personnes témoigne que la drogue ne lui appartient pas et indique, de plus, que l’intimé s’adonne au trafic de la drogue et est donc plus susceptible d’être le propriétaire de la substance en question.

La preuve n’est pas produite à seule fin de montrer que l’intimé est susceptible d’avoir commis l’infraction du fait qu’il est le genre de personne susceptible d’avoir de la drogue en sa possession.

The *issue* to which the evidence was relevant was possession (not just character or propensity), but the housemate's evidence derived its cogency from what it said about the character or disposition of the accused, as the dissenters, *per* Major J., pointed out, at para. 55:

In Justice Sopinka's view, the evidence of Thelland was relevant not solely to character, but also to possession, in that someone in the business of dealing narcotics had more opportunity and was more likely to be in possession of narcotics. With respect, this is evidence of propensity to deal in drugs, and nothing more.

The difference between the majority and the minority, it seems, was that the majority considered the connections or correspondence between the act charged and the prior acts of possession (what *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 1, at p. 687, calls "situation-specific behavior") sufficiently compelling to draw safely the inference of possession on the facts charged, whereas the minority considered any linkage to be so general as to have no probative value with respect to the particular facts of the offence on the particular date charged.

On the facts of *B. (C.R.)*, the majority concluded that the accused was shown to have a situation specific propensity to abuse sexually children to whom he stood in parental relationship, and there was a close match between the "distinct and particular" propensity demonstrated in the similar fact evidence and the misconduct alleged in the charge, although even the majority considered the admissibility to be "borderline" (p. 739). Similar fact evidence is sometimes said to demonstrate a "system" or "*modus operandi*", but in essence the idea of "*modus operandi*" or "system" is simply the observed pattern of propensity operating in a closely defined and circumscribed context.

La preuve était pertinente relativement à la *question* de la possession (non pas seulement à celle de la moralité ou de la propension), mais le témoignage du colocataire tirait sa force probante de ce qu'il révélait de la moralité ou de la prédisposition de l'accusé, comme les juges dissidents l'ont fait remarquer sous la plume du juge Major, au par. 55 :

Selon le juge Sopinka, le témoignage de Thelland était pertinent non seulement quant à la moralité mais aussi relativement à la question de la possession, du fait qu'une personne qui se livre au trafic des stupéfiants a plus d'occasions et est plus susceptible d'avoir des stupéfiants en sa possession. En toute déférence, il s'agit d'une preuve de propension au trafic de la drogue, sans plus.

Il semble que la divergence d'opinions entre les juges majoritaires et les juges dissidents résidait dans le fait que les premiers étaient d'avis que les liens ou la correspondance entre l'acte reproché et les actes antérieurs de possession (ce que *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 1, p. 687, qualifie de [TRADUCTION] « comportement dans une situation particulière ») étaient assez convaincants pour que l'on puisse inférer, sans crainte de se tromper, la possession à partir des faits reprochés, alors que les juges dissidents estimaient que cette interdépendance était si générale qu'elle n'avait aucune valeur probante relativement aux faits particuliers de l'infraction commise à la date mentionnée dans l'accusation.

Compte tenu des faits de l'affaire *B. (C.R.)*, les juges majoritaires ont conclu qu'il avait été démontré que, dans une situation particulière, l'accusé avait une propension à agresser sexuellement des enfants auxquels il tenait lieu de père, et qu'il existait une correspondance étroite entre la propension « distincte et particulière » démontrée dans la preuve de faits similaires et l'inconduite reprochée dans l'accusation; cependant, même les juges majoritaires étaient d'avis qu'il s'agissait d'un « cas limite » en matière d'admissibilité (p. 739). On dit parfois que la preuve de faits similaires démontre l'existence d'un « système » ou d'un « *modus operandi* », mais, pour l'essentiel, l'idée d'un « système » ou d'un « *modus operandi* » est simplement la propension observée dans un contexte bien défini et limité.

91 References to “calling cards” or “signatures” or “hallmarks” or “fingerprints” similarly describe propensity at the admissible end of the spectrum precisely because the pattern of circumstances in which an accused is disposed to act in a certain way are so clearly linked to the offence charged that the possibility of mere coincidence, or mistaken identity or a mistake in the character of the act, is so slight as to justify consideration of the similar fact evidence by the trier of fact. The issue at that stage is no longer “pure” propensity or “general disposition” but repeated conduct in a particular and highly specific type of situation. At that point, the evidence of similar facts provides a compelling inference that may fill a remaining gap in the jigsaw puzzle of proof, depending on the view ultimately taken (in this case) by the jury.

92 This view also seems to have taken hold in Australia where the High Court, relying in part on McLachlin J.’s judgment in *B. (C.R.)*, made the following observations in *Pfennig v. R.* (1995), 127 A.L.R. 99, at p. 115:

Thus, evidence of mere propensity, like evidence of a general criminal disposition having no identifiable hallmark, lacks cogency yet is prejudicial. On the other hand, evidence of a particular distinctive propensity demonstrated by acts constituting particular manifestations or exemplifications of it will have greater cogency, so long as it has some specific connection with or relation to the issues for decision in the subject case. That evidence, as has been said, will be admissible only if its probative value exceeds its prejudicial effect. [Emphasis added.]

93 I note parenthetically that the court then added a “conclusiveness” criteria which in my view ought to be rejected as too great an intrusion by the trial judge in the fact finding mandate of the jury. This is considered in greater detail below.

(6) Similar Fact Evidence Need Not Be Conclusive

94 Some authorities urge adoption of a further refinement that has been accepted in some common

De même, les mentions de « carte de visite », « signature », « caractéristique » ou « empreintes » décrivent la propension à l’extrémité de la gamme où la preuve est admissible, précisément parce que l’ensemble des circonstances dans lesquelles un accusé est disposé à agir d’une certaine façon sont si clairement liées à l’infraction reprochée que la possibilité d’une simple coïncidence, d’une erreur sur la personne ou d’une erreur quant au caractère de l’acte est si faible que le juge des faits est justifié d’examiner la preuve de faits similaires. À ce stade, il n’est plus question de « pure » propension ou de « prédisposition générale », mais de conduite répétée dans un type très précis et particulier de situation. La preuve de faits similaires permet alors de faire une inférence convaincante susceptible de fournir une pièce manquante dans le puzzle de la preuve, selon le point de vue que le jury adoptera en fin de compte (en l’espèce).

Ce point de vue semble avoir également été adopté en Australie où la Haute Cour, se fondant en partie sur les motifs de madame le juge McLachlin dans l’arrêt *B. (C.R.)*, a fait les observations suivantes dans l’arrêt *Pfennig c. R.* (1995), 127 A.L.R. 99, p. 115 :

[TRADUCTION] Par conséquent, la preuve d’une simple propension, comme celle d’une prédisposition criminelle générale, n’ayant pas de caractéristique distinctive, manque de force probante, mais est néanmoins préjudiciable. Par contre, la preuve d’une propension distinctive particulière démontrée par des actes constituant des manifestations ou des exemples de cette propension a une plus grande force probante dans la mesure où elle a un lien particulier avec les questions qui doivent être tranchées dans l’affaire en cause. Comme on l’a dit, cette preuve ne sera admissible que si sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable. [Je souligne.]

Je souligne incidemment que la cour a ensuite ajouté un critère du « caractère concluant » qui, à mon avis, devrait être rejeté du fait qu’il représente un trop grand empiétement du juge du procès sur le rôle de juge des faits du jury. Ce point est examiné plus en détail ci-après.

(6) La preuve de faits similaires n’a pas à être concluante

Certains préconisent l’adoption d’une autre précision que des ressorts de common law ont

law jurisdictions in the balancing of prejudice against probative value, namely that similar fact evidence should only be admitted if its probative value is so great as to be virtually conclusive of guilt. As Lord Cross put it in *Boardman, supra*, at p. 457:

The question must always be whether the similar fact evidence taken together with the other evidence would do no more than raise or strengthen a suspicion that the accused committed the offence with which he is charged or would point so strongly to his guilt that only an ultra-cautious jury . . . would acquit in face of it.

The High Court of Australia has ruled that unless the similar fact evidence, taken together with the other evidence in the case, would be consistent with guilt and with no other conclusion, it ought to be rejected. In *Pfennig*, the lead judgment authored by Mason C.J., Deane and Dawson JJ., stated at p. 116:

. . . that propensity evidence is circumstantial evidence and that, as such, it should not be used to draw an inference adverse to the accused unless it is the only reasonable inference in the circumstances. More than that, the evidence ought not to be admitted if the trial judge concludes that, viewed in the context of the prosecution case, there is a reasonable view of it which is consistent with innocence.

The test is a variant of the rule generally applicable to circumstantial evidence laid down in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, i.e., that the circumstances must be consistent with the conclusion of guilt and inconsistent with any other rational conclusion. The difference, of course, is that we are dealing here with admissibility, not adjudication. The conclusiveness test does not sit well with the balancing model set out in *B. (C.R.)*. If the evidence were truly "conclusive", its probative value would *ex hypothesi* outweigh its prejudice: *Pfennig, supra*, at p. 138.

acceptée relativement à l'appréciation du préjudice en fonction de la valeur probante, à savoir qu'il n'y a lieu d'admettre une preuve de faits similaires que si sa valeur probante est si grande qu'elle est, pour ainsi dire, concluante quant à la culpabilité. Comme l'affirme lord Cross dans l'arrêt *Boardman*, précité, p. 457 :

[TRADUCTION] Il faut toujours déterminer si la preuve de faits similaires, considérée avec les autres éléments de preuve, ne ferait qu'engendrer ou renforcer un soupçon que l'accusé a commis l'infraction qui lui est reprochée, ou si elle laisserait si fortement entrevoir sa culpabilité qu'en réalité seul un jury hyperprudent [. . .] prononcerait un verdict d'acquiescement.

La Haute Cour d'Australie a statué qu'il faudrait rejeter la preuve de faits similaires sauf si, considérée avec les autres éléments de preuve dans l'affaire, elle était compatible avec la culpabilité de l'accusé et incompatible avec toute autre conclusion. Dans l'arrêt *Pfennig*, l'arrêt de principe sur la question rendu par le juge en chef Mason et les juges Deane et Dawson, on affirme, à la p. 116, que

[TRADUCTION] la preuve de propension est une preuve circonstancielle et qu'en tant que telle elle ne devrait pas être utilisée pour faire une inférence défavorable à l'accusé, sauf s'il s'agit de la seule inférence raisonnable dans les circonstances. De plus, la preuve ne devrait pas être admise si le juge du procès conclut que, compte tenu de la preuve à charge, il en existe une interprétation raisonnable compatible avec l'innocence de l'accusé.

Le critère est une variante de la règle généralement applicable à la preuve circonstancielle, qui a été énoncée dans l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Selon cette règle, les circonstances doivent être compatibles avec une conclusion de culpabilité et incompatibles avec toute autre conclusion rationnelle. De toute évidence, la différence réside dans le fait que nous sommes appelés en l'espèce à statuer sur l'admissibilité de la preuve et non sur l'affaire elle-même. Le critère du caractère concluant cadre mal avec le modèle d'évaluation énoncé dans l'arrêt *B. (C.R.)*. Si la preuve était vraiment « concluante », sa valeur probante l'emporterait, par hypothèse, sur le préjudice qu'elle peut causer : *Pfennig*, précité, p. 138.

97 In my view, the “conclusiveness” test takes the trial judge’s “gatekeeper” function too far into the domain of the trier of fact.

F. *Application of the Test to the Facts of this Case*

98 I proceed to apply the test for similar fact evidence to the facts of this case under the following headings:

(1) The Probative Value of the Evidence

99 Under this heading it is necessary first to determine the precise “*issue in question*” for which the Crown seeks to adduce the similar fact evidence. I will then address the *cogency* of the similar fact evidence in relation to that particular question. This will require consideration of the various *connecting factors* which the Crown considers persuasive, together with those factors which the defence regards as fatally weakening the inferences desired by the prosecution. An important element of the probative weight analysis is the issue of potential *collusion* between the complainant and the ex-wife. I agree with the respondent that it was part of the trial judge’s “gatekeeper” function to consider this issue because collusion, if established to the satisfaction of the trial judge on a balance of probabilities, would be destructive of the very basis on which the similar fact evidence was sought to be admitted, namely the improbability that two women would independently concoct stories with so many (as the Crown contends) similar features.

(2) Assessment of the Prejudice

100 Under this heading, it is necessary to evaluate both moral prejudice (i.e., the potential stigma of “bad personhood”) and reasoning prejudice (including potential confusion and distraction of the jury from the actual charge against the respondent). Of importance in this respect is the inflammatory nature of the sexual and domestic abuse alleged by the ex-wife, and the need for the jury to keep separate consideration of the seven “similar fact”

Selon moi, le critère du « caractère concluant » pousse trop loin le rôle de « gardien » du juge du procès dans le champ d’activité du juge des faits.

F. *Application du critère aux faits de la présente affaire*

Je vais appliquer le critère relatif à la preuve de faits similaires aux faits de la présente affaire en me servant des rubriques suivantes :

(1) La valeur probante de la preuve

Sous cette rubrique, il faut d’abord déterminer quelle est exactement la « *question soulevée* » au sujet de laquelle le ministère public cherche à produire la preuve de faits similaires. Je vais ensuite examiner la *force probante* de la preuve de faits similaires relativement à cette question particulière. Il sera alors nécessaire d’étudier les divers *facteurs de rattachement* que le ministère public juge convaincants, conjointement avec ceux qui, selon la défense, affaiblissent irrémédiablement les inférences souhaitées par la poursuite. Un élément important de l’analyse de la valeur probante est la question de la *collusion* potentielle entre la plaignante et l’ex-épouse. Je conviens avec l’intimé que le rôle de « gardien » du juge du procès consistait notamment à examiner cette question, car si l’existence d’une collusion était établie, selon la prépondérance des probabilités, à la satisfaction du juge du procès, la raison même pour laquelle on cherchait à faire admettre la preuve de faits similaires s’en trouverait éliminée, à savoir l’improbabilité que deux femmes aient indépendamment inventé des histoires comportant (comme le prétend le ministère public) autant de caractéristiques similaires.

(2) L’évaluation du préjudice

Sous cette rubrique, il est nécessaire d’évaluer à la fois le préjudice moral (c’est-à-dire la stigmatisation susceptible de découler de la « mauvaise personnalité ») et le préjudice par raisonnement (y compris la possibilité de semer la confusion dans l’esprit des jurés et de détourner leur attention de l’accusation réellement portée contre l’intimé). À cet égard, ont de l’importance le caractère incendiaire des abus sexuels et de la violence conjugale allégués par

incidents from the only charge they were asked to decide, the sexual assault alleged by the complainant.

(3) **Weighing up Probative Value Versus Prejudice**

The starting point, of course, is that the similar fact evidence is presumptively inadmissible. It is for the Crown to establish on a balance of probabilities that the likely probative value will outweigh the potential prejudice.

(1) **The Probative Value of the Evidence**

The issue at this stage is to determine whether the similar fact evidence is indeed strong enough to be capable of *properly* raising in the eyes of the jury the double inferences contended for by the Crown.

The respondent disputes the probative value of the similar fact evidence on three principal grounds: firstly, the opportunity for collusion between his ex-wife and the complainant; secondly, the dissimilarities of the so-called similar facts; and thirdly, the frailties of the ex-wife's evidence.

(a) ***The Potential for Collusion***

I mention this issue at the outset because if collusion is present, it destroys the foundation on which admissibility is sought, namely that the events described by the ex-wife and the complainant, testifying independently of one another, are too similar to be credibly explained by coincidence. The trial judge's gatekeeper role in this respect was addressed in *B. (C.R.)* by McLachlin J., at pp. 733-34:

The difficulty of the trial judge's task and the amount of discretion entrusted to him or her is great. As Forbes, [*Similar Facts* (1987)], puts it at pp. 54-55:

A judge presented with similar facts for the prosecution has to exercise an extraordinary complex of duties and powers. First he has to assess not only

l'ex-épouse, ainsi que la nécessité que le jury examine séparément les sept épisodes de « fait similaire » et le seul chef d'accusation sur lequel ils sont appelés à se prononcer, à savoir l'agression sexuelle alléguée par la plaignante.

(3) **L'appréciation de la valeur probante en fonction du préjudice**

Il va sans dire que l'on présume, au départ, que la preuve de faits similaires est inadmissible. Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante qu'elle est susceptible d'avoir l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer.

(1) **La valeur probante de la preuve**

Il s'agit, à ce stade, de déterminer si la preuve de faits similaires est vraiment assez probante pour amener à *bon droit* le jury à faire les deux inférences préconisées par le ministère public.

L'intimé conteste la valeur probante de la preuve de faits similaires en invoquant trois moyens principaux : premièrement, la possibilité de collusion entre l'ex-épouse de l'intimé et la plaignante; deuxièmement, les différences entre les prétendus faits similaires; troisièmement, les faiblesses du témoignage de l'ex-épouse.

a) ***La possibilité de collusion***

Je mentionne cette question au départ parce que l'existence d'une collusion aurait pour effet d'éliminer la raison pour laquelle on demande l'admissibilité de la preuve en cause, à savoir que les épisodes décrits par l'ex-épouse et la plaignante, dans leurs témoignages séparés, sont trop similaires pour être, de manière crédible, le fruit d'une coïncidence. À ce propos, le juge McLachlin a examiné le rôle de gardien du juge du procès dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 733-734 :

La tâche du juge des faits est très difficile et son pouvoir discrétionnaire très grand. Comme le souligne Forbes, [*Similar Facts* (1987)], aux pp. 54 et 55 :

[TRADUCTION] En présence d'une preuve de faits similaires produite par la poursuite, un juge doit exercer des fonctions et des pouvoirs d'une très

101

102

103

104

the relevance but also the weight of the disputed evidence, although the latter task is normally one for the jury. Second, he must somehow amalgamate relevance and weight to arrive at “probative value”. [Emphasis added.]

105 The gatekeeper function was similarly dealt with by Cory J. in *Arp*, *supra*, at paras. 47-48:

... in determining the admissibility of similar fact evidence the trial judge must, to a certain extent, invade this province [of the jury]. As Professor Smith stated in Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, at p. 771:

It should be noted that judges commonly distinguish facts as going to weight rather than admissibility (see, e.g., *R. v. Wyatt*); but it is submitted that, as regards similar fact evidence, no sharp line can be drawn and that admissibility depends on weight.

Thus, where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. [Emphasis added.]

106 In my view, the trial judge cannot assess “the objective improbability of coincidence” without addressing the issue of whether the apparent “coincidence” is in fact the product of collusion. Admissibility is a question of law for the judge alone. I agree with the respondent that “[i]t is only through an accurate and full preliminary assessment of probative value that prejudice can be kept within manageable bounds”.

107 The trial judge held that he ought not to reach even a preliminary view of the likelihood of collusion. In this, he may have been influenced by the decision of the House of Lords in *R. v. H.*, [1995] 2 A.C. 596, where it was held that for purposes of admissibility the proffered similar fact evidence ought to be accepted “as true” (p. 611) in all but very exceptional cases. The question of

grande complexité. Premièrement, il doit évaluer non seulement la pertinence, mais également le poids de la preuve contestée, bien que cette dernière fonction relève habituellement du jury. Deuxièmement, il doit fusionner en quelque sorte la pertinence et le poids pour obtenir la « valeur probante ». [Je souligne.]

De même, le juge Cory a examiné ce rôle de gardien dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 47-48 :

... pour décider de l’admissibilité d’une preuve de faits similaires, le juge du procès doit, dans une certaine mesure, empiéter sur cette compétence [du jury]. Comme a dit le professeur Smith dans Case and Comment on *R. c. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, à la p. 771 :

[TRADUCTION] Il convient de souligner que les juges font habituellement une distinction entre les faits qui se rapportent au poids plutôt qu’à l’admissibilité (voir, par exemple, *R. c. Wyatt*); mais nous soumettons que, pour ce qui est de la preuve de faits similaires, il n’est pas possible de tracer une ligne de démarcation nette, et l’admissibilité dépend du poids.

En conséquence, lorsqu’une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l’improbabilité objective d’une coïncidence a été établie. Ce n’est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès ne peut évaluer « l’improbabilité objective d’une coïncidence » sans se demander si la « coïncidence » apparente est en réalité le fruit d’une collusion. L’admissibilité est une question de droit qu’il appartient au juge seul de trancher. À l’instar de l’intimé, je reconnais que [TRADUCTION] « [s]eule la détermination préliminaire exacte et complète de la valeur probante peut permettre de limiter le préjudice de manière acceptable ».

Le juge du procès a conclu qu’il ne devrait même pas exprimer un point de vue préliminaire sur la vraisemblance d’une collusion. L’arrêt de la Chambre des lords *R. c. H.*, [1995] 2 A.C. 596, a peut-être influé sur la décision du juge. En effet, dans cet arrêt, on a statué que, pour être admissible, la preuve de faits similaires produite doit, être tenue [TRADUCTION] « pour véridique » (p. 611) sauf

weight should, on this view, be left wholly to the jury.

A different position was advocated by Sopinka J. in dissent in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 752, namely that the Crown “must negate conspiracy or collaboration in accordance with the criminal standard” (i.e., beyond a reasonable doubt). See also *R. v. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349 (Nfld. C.A.), at p. 359.

An intermediate position was proposed by Charron J.A. in this case, namely that the possibility of collusion is merely “a factor” to be considered on the issue of admissibility. In doing so, she followed her own ruling in *B. (L.)*, which in turn was followed in *R. v. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.), by another panel of that court differently constituted. To the extent that treating collusion as a “factor” is intended merely to emphasize the overall framework of the probative value versus prejudice balance, I agree with it.

I would not agree, however, that suspected collusion would play less strongly against otherwise powerful evidence than in a borderline case. In that sense, suspected collusion is more than just another “factor”. Cogency is derived from the improbability of coincidence. Collusion is a factor, yes, but more than that it is a crucial factor because the existence of collusion rebuts the premise on which admissibility depends.

Charron J.A. found, and I agree, that there was an issue of potential collusion between the complainant and the ex-wife. The evidence went beyond mere “opportunity”, which will be a feature in many cases alleging sexual abuse with multiple complainants. The issue is concoction or collaboration, not contact. If the evidence amounts to no more than opportunity, it will usually best be left to the jury. Here there *is* something more. It is the whiff of profit. The ex-wife acknowledged that she had told the complainant of the \$16,500 she received from

dans des circonstances très exceptionnelles. Selon ce point de vue, la question du poids de la preuve devrait être laissée entièrement à l’appréciation du jury.

Dans l’arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 752, le juge Sopinka, dissident, a adopté un point de vue différent, à savoir que le ministère public « doit écarter le complot ou la collaboration conformément à la norme de droit criminel » (c’est-à-dire hors de tout doute raisonnable). Voir aussi *R. c. Kenny* (1996), 108 C.C.C. (3d) 349 (C.A.T.-N.), p. 359.

En l’espèce, madame le juge Charron a proposé un point de vue intermédiaire selon lequel la possibilité de collusion n’est qu’un [TRADUCTION] « facteur » dont il faut tenir compte relativement à la question de l’admissibilité. Ce faisant, elle a suivi sa propre décision dans l’affaire *B. (L.)*, laquelle a ensuite été suivie par une formation différente de cette cour dans la décision *R. c. McDonald* (2000), 148 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.). Je partage ce point de vue dans la mesure où on considère la collusion comme un « facteur » dans le seul but de mettre en évidence le cadre global de la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice.

Cependant, je ne suis pas d’accord pour dire que la collusion soupçonnée jouerait moins fortement que dans un cas limite contre une preuve par ailleurs puissante. En ce sens, la collusion soupçonnée est plus qu’un autre « facteur ». La force probante découle de l’improbabilité d’une coïncidence. La collusion est certes un facteur, mais plus encore un facteur crucial du fait que son existence vient réfuter la prémisse sur laquelle repose l’admissibilité.

À l’instar du juge Charron, je suis d’avis qu’il existait une possibilité de collusion entre la plaignante et l’ex-épouse. La preuve indiquait plus que l’existence d’une simple « possibilité » qui caractérise de nombreux cas d’allégations d’abus sexuel contre plusieurs plaignantes. Le litige porte sur une question de fabrication ou de collaboration, et non de contact. Si la preuve ne révèle rien de plus qu’une possibilité, il est habituellement préférable de laisser au jury le soin de trancher cette question. En l’espèce, il y a plus que cela. Il s’agit de l’appât du

108

109

110

111

the Criminal Injuries Compensation Board on the basis, she agreed, that “[a]ll you had to do was say that you were abused”. A few days later the complainant, armed with this information, meets the respondent and goes off with him to have sex in a motel room.

112 The Court in *Arp, supra*, concluded that the test for the admission of similar fact evidence is based on probability rather than reasonable doubt (paras. 65, 66 and 72). Accordingly where, as here, there is some evidence of actual collusion, or at least an “air of reality” to the allegations, the Crown is required to satisfy the trial judge, on a balance of probabilities, that the evidence of similar facts is not tainted with collusion. That much would gain admission. It would then be for the jury to make the ultimate determination of its worth.

113 Here it was not sufficient for the Crown simply to proffer dicey evidence that *if* believed *would* have probative value. It was not incumbent on the defence to prove collusion. It was a condition precedent to admissibility that the probative value of the proffered evidence outweigh its prejudicial effect and the onus was on the Crown to satisfy that condition. The trial judge erred in law in deferring the whole issue of collusion to the jury.

114 While that error of law is sufficient to affirm the need for a new trial as ordered by the Court of Appeal, I proceed to examine the other elements of the test previously described.

(b) *Identification of “the Issue in Question”*

115 The Crown says the issue generally is “the credibility of the complainant” and more specifically “that the accused has a strong disposition to do the very act alleged in the charges against him”, but this requires some refinement. Care must be taken not to allow too broad a gateway for the admission

gain. L’ex-épouse a reconnu avoir dit à la plaignante qu’elle avait reçu 16 500 \$ de la Commission d’indemnisation des victimes d’actes criminels et qu’il [TRADUCTION] « [lui] avait suffi de dire qu[’elle] av[ait] été maltraitée ». Quelques jours plus tard, la plaignante, forte de ce renseignement, rencontre l’intimé et se rend avec lui dans une chambre de motel pour y avoir des relations sexuelles.

Dans l’arrêt *Arp*, précité, par. 65, 66 et 72, notre Cour a conclu que le critère d’admission d’une preuve de faits similaires repose sur la probabilité plutôt que sur le doute raisonnable. En conséquence, dans un cas comme la présente affaire où il existe une certaine preuve de collusion vérifiable ou des allégations à tout le moins vraisemblables, le ministère public doit convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve de faits similaires n’est pas viciée par une collusion. Il lui suffit de faire cela pour que la preuve soit admise. Il appartiendra ensuite au jury de prendre la décision finale quant à la valeur de cette preuve.

En l’espèce, il ne suffisait pas que le ministère public produise des éléments de preuve risqués qui, *si* on leur ajoutait foi, *auraient* une valeur probante. Il n’appartenait pas à la défense de prouver l’existence d’une collusion. Pour qu’il y ait admissibilité, il fallait préalablement établir que la valeur probante de la preuve produite l’emportait sur son effet préjudiciable, et il appartenait au ministère public de remplir cette condition. Le juge du procès a commis une erreur de droit en renvoyant au jury toute la question de la collusion.

Bien que cette erreur de droit suffise pour confirmer la nécessité de tenir le nouveau procès ordonné par la Cour d’appel, je vais examiner les autres éléments du critère décrits plus haut.

b) *La détermination de la « question soulevée »*

Selon le ministère public, la question en litige concerne de façon générale la « crédibilité de la plaignante » et plus particulièrement [TRADUCTION] « le fait que l’accusé est fortement prédisposé à accomplir l’acte même qui est allégué dans les accusations portées contre lui ». Toutefois, il y a des

of propensity evidence or, as it is sometimes put, to allow it to bear too much of the burden of the Crown's case (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.26). Credibility is an issue that pervades most trials, and at its broadest may amount to a decision on guilt or innocence.

Anything that blackens the character of an accused may, as a by-product, enhance the credibility of a complainant. Identification of credibility as the "issue in question" may, unless circumscribed, risk the admission of evidence of nothing more than general disposition ("bad personhood").

Moreover, broadly speaking, the non-consent of the ex-wife on the different occasions described in her evidence is of no relevance to whether the complainant here consented or not: *Clermont, supra*, at p. 135. Because complainant A refused consent in 1992 scarcely establishes that complainant B refused consent in 1996.

A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of, or wilfully blind to, a lack of consent: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 23.

The respondent admits that sexual touching took place and that he intended it. He denies that it was unwanted. He therefore puts in issue the consent element of the *actus reus*: *Ewanchuk, supra*, at para. 27. Is he to be believed when he says consent was never withdrawn, or is the prosecution correct that

précisions à apporter. Il faut prendre garde de trop ouvrir la porte à l'admission de la preuve de propension ou, comme on le dit parfois, de permettre qu'elle ait une trop grande incidence sur la preuve que le ministère public doit présenter (Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.26). La crédibilité est une question omniprésente dans la plupart des procès, qui, dans sa portée la plus étendue, peut équivaloir à une décision sur la culpabilité ou l'innocence.

Tout ce qui ternit la moralité de l'accusé peut accessoirement accroître la crédibilité du plaignant. Décider que la « question soulevée » porte sur la crédibilité risque, à moins qu'on en limite la portée, de donner lieu à l'admission de rien de plus qu'une preuve de prédisposition générale (« mauvaise personnalité »).

En outre, de façon générale, le fait que l'ex-épouse de l'intimé a affirmé, dans son témoignage, qu'elle avait refusé à maintes reprises de donner son consentement n'a aucune pertinence pour ce qui est de déterminer si la plaignante en l'espèce était consentante : *Clermont*, précité, p. 135. Le fait que la plaignante A a refusé de consentir en 1992 ne prouve guère que la plaignante B a refusé de consentir en 1996.

Pour qu'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle puisse être prononcée, il faut faire la preuve hors de tout doute raisonnable de deux éléments fondamentaux, à savoir que l'accusé a accompli l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 23.

L'intimé admet qu'il s'est livré à des attouchements sexuels et qu'il avait l'intention de s'y livrer. Il nie que ces attouchements étaient non souhaités. Il soulève donc la question du consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* : *Ewanchuk*, précité, par. 27. Faut-il croire l'intimé lorsqu'il sou-

116

117

118

119

he has a demonstrated situation-specific propensity to proceed regardless, indeed to derive heightened pleasure from being rejected and forcing sex on his sex partner? If so, was it manifested in this case?

120

If the jury could legitimately infer sexual intransigence in closely comparable circumstances from the respondent's past behaviour and refusal to take his wife's no for an answer, the present complainant's testimony that intercourse occurred despite her lack of consent gains in credibility. The issue broadly framed is credibility, but more accurately and precisely framed, the "issue in question" in this trial was the consent component of the *actus reus* and in relation to that issue the respondent's alleged propensity to refuse to take no for an answer.

(c) *Similarities and Dissimilarities Between the Facts Charged and the Similar Fact Evidence*

121

I propose to assess the evidence in light of the relevant "connecting factors" listed above at para. 82. I repeat that not every factor is useful in every case, and that cogency also depends on the other evidence.

(i) Proximity in Time of the Similar Acts

122

Lapse of time opens up a greater possibility of character reform or "maturing out" personality change, and would tend to undermine the premise of continuity of character or disposition. Remoteness in time may also affect relevance and reliability. The charge against the respondent relates to December 6, 1996. The ex-wife's seven alleged incidents occurred between March 1990 and October 1996, interrupted by the respondent's incarceration from 1992 to 1995. The evidence of the respondent's inability to take no for an answer gains cogency both from its repetition over many

tient qu'il n'y jamais eu retrait de consentement ou encore la poursuite a-t-elle raison d'affirmer que, dans une situation particulière, il a démontré une propension à agir sans se soucier de quoi que ce soit, voir même à éprouver un plaisir accru à être repoussé et à forcer sa partenaire sexuelle à faire l'amour avec lui? Dans l'affirmative, cela s'est-il manifesté en l'espèce?

Si le jury pouvait légitimement inférer du comportement antérieur de l'intimé et de son refus d'accepter que son épouse lui dise non qu'il ferait montre d'intransigeance sexuelle dans des circonstances très comparables, le témoignage de la plaignante suivant lequel les relations sexuelles avaient eu lieu en dépit de son non-consentement deviendrait plus crédible. La question générale est celle de la crédibilité, mais, plus exactement et précisément, la « question soulevée » dans le présent procès concernait le consentement en tant qu'élément de l'*actus reus* et, à cet égard, la propension qu'aurait l'intimé à ne pas accepter qu'on lui dise non.

c) *Similitudes et différences entre les faits reprochés et la preuve de faits similaires*

Je compte évaluer la preuve à la lumière des « facteurs de rattachement » pertinents déjà énumérés au par. 82. Je répète que tous les facteurs ne sont pas utiles dans chaque cas et que la force probante dépend également des autres éléments de preuve.

(i) Proximité temporelle des actes similaires

Plus le temps passe, plus il est possible que l'accusé se soit amélioré ou qu'il ait changé de personnalité en mûrissant, ce qui tend à miner la prémisse selon laquelle la moralité ou la prédisposition ne change pas. L'éloignement temporel peut également avoir une incidence sur la pertinence et la fiabilité. L'accusation portée contre l'intimé concerne un fait survenu le 6 décembre 1996. Les sept épisodes allégués par l'ex-épouse se sont produits entre mars 1990 et octobre 1996, avec interruption entre 1992 et 1995 due à l'incarcération de l'intimé. La force probante de la preuve que l'intimé était

years and its most recent manifestation a couple of months before the offence charged.

(ii) Extent to Which the Other Acts Are Similar in Detail to the Charged Conduct

In this case, in my view, with respect, the learned trial judge paid insufficient attention to the dissimilarities.

At least one of the incidents is largely irrelevant. Incident five involved choking, did not demonstrate sexual misconduct and was not remotely connected to the factual allegations in the charge. While the Crown can legitimately argue for the *cumulative* effect of a string of “similar” facts, I think an incident so remote from the charge could do nothing but blacken the respondent’s character in a general way. Conduct that is so dissimilar or equivocal does not raise an inference capable of overcoming the prejudice.

There are other important dissimilarities. None of the incidents described by the ex-wife began as consensual, then allegedly became non-consensual. Each of the incidents recounted by the ex-wife were bound up with the intimacy of a long-term relationship. Incident one relates to premature sex after birth of their child. Incident five arose out of expressions of jealousy by one *conjointe* to another. Incident seven followed a death in the family. The dynamic of these situations is not the same as the motel scene, although it is true that they all did lead (apart from incident five) to the respondent’s refusal to accept his ex-wife’s rejection of his sexual demands.

Incident two (where the ex-wife’s initial concern was based on being in close proximity to her sister and brother-in-law in a trailer) bears no obvious similarities, although again, the respondent’s

incapable d’accepter qu’on lui dise non augmente à la fois en raison de la répétition de la manifestation de ce comportement pendant de nombreuses années et de sa manifestation la plus récente survenue deux ou trois mois avant la perpétration de l’infraction reprochée.

(ii) La mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans les moindres détails à la conduite reprochée

En toute déférence, j’estime qu’en l’espèce le juge du procès n’a pas suffisamment prêté attention aux différences.

Au moins l’un des épisodes est en grande partie non pertinent. Le cinquième épisode où il est question d’étranglement n’établit pas l’existence d’une inconduite sexuelle et n’avait aucun lien éloigné avec les allégations factuelles contenues dans l’accusation. Bien que le ministère public puisse légitimement faire valoir qu’une série de faits « similaires » a un effet *cumulatif*, je suis d’avis qu’un fait aussi éloigné de l’accusation ne pourrait que ternir de manière générale la réputation de l’intimé. Une conduite aussi différente ou équivoque ne permet pas de faire une inférence susceptible de l’emporter sur le préjudice.

Il existe d’autres différences majeures. Aucun des épisodes décrits par l’ex-épouse n’a été consensuel au début, pour ensuite devenir non consensuel. Tous les épisodes relatés par l’ex-épouse étaient liés à l’intimité d’une relation de longue durée. Le premier épisode se rapporte à des relations sexuelles prématurées après la naissance de leur enfant. Le cinquième épisode a fait suite à une scène de jalousie d’une conjointe relativement à une autre femme. Le septième a suivi un décès survenu dans la famille. La dynamique de ces situations n’est pas la même que celle de l’épisode du motel, quoiqu’il soit exact que tous ces épisodes (sauf le cinquième) ont abouti au refus de l’intimé d’accepter que son ex-épouse rejette ses avances sexuelles.

Le deuxième épisode (au cours duquel l’inquiétude initiale de l’ex-épouse découlait du fait qu’ils étaient très près de sa sœur et de son beau-frère dans la maison mobile) ne présente aucune similitude

123

124

125

126

aggression seemed to be heightened by his ex-wife's resistance.

évidente, quoique, là encore, l'agression de l'intimé a semblé être intensifiée par la résistance de son ex-épouse.

127 It should be repeated that the search for similarities is a question of degree (*Boardman, supra*, at p. 442, *per* Lord Wilberforce). Sexual activity may not show much diversity or distinctiveness. Not every dissimilarity is fatal, but for the reasons already mentioned, substantial dissimilarities may dilute probative strength and, by compounding the confusion and distraction, aggravate the prejudice.

Il y a lieu de réitérer que la recherche de similitudes est une question de degré (*Boardman*, précité, p. 442, lord Wilberforce). Il se peut que l'activité sexuelle ne démontre pas beaucoup de diversité ou de caractère distinct. Ce ne sont pas toutes les différences qui sont fatales, mais pour les motifs déjà mentionnés, des différences majeures peuvent atténuer la force probante et, en accentuant la confusion et le détournement d'attention du jury, aggraver le préjudice susceptible d'être causé.

(iii) Number of Occurrences of the Similar Acts

(iii) La fréquence des actes similaires

128 An alleged pattern of conduct may gain strength in the number of instances that compose it. The cogency of the similar act evidence in the "brides in the bathtub" case undoubtedly gathered strength from the fact the charge related to the third victim who had died under identical circumstances to her two predecessors: *R. v. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153 (C.C.A.). The ex-wife's evidence here, if believed, established a pattern over many years that the jury might think showed that the respondent's pleasure in not taking no for an answer in sexual encounters was a predictable characteristic of general application.

La force probante d'une allégation de mode de comportement peut s'accroître en raison du nombre de cas où ce comportement a été adopté. La force probante de la preuve de faits similaires produite dans l'affaire des [TRADUCTION] « jeunes mariés dans la baignoire » a sûrement augmenté du fait que l'accusation avait trait à une troisième victime décédée dans des circonstances identiques à celles des deux premières : *R. c. Smith* (1915), 84 L.J.K.B. 2153 (C.C.A.). En l'espèce, le témoignage de l'ex-épouse, si on y ajoutait foi, établissait une tendance échelonnée sur de nombreuses années, qui, aux yeux du jury, pourrait démontrer que le plaisir que l'intimé éprouvait à refuser d'accepter que ses partenaires sexuelles lui disent non constituait une caractéristique prévisible d'application générale.

(iv) Circumstances Surrounding or Relating to the Similar Acts

(iv) Les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant

129 Perhaps the most important dissimilarity, as Charron J.A. points out, lies not in the acts themselves but in the broader context. The "similar fact" evidence occurred in the course of a long-term dysfunctional marriage whereas the charge relates to a one-night stand following a chance meeting of casual acquaintances in a bar.

Comme le souligne madame le juge Charron, la différence peut-être la plus importante réside non pas dans les actes eux-mêmes, mais plutôt dans le contexte général. La preuve de « faits similaires » émane d'un mariage dysfonctionnel de longue durée, alors que l'accusation se rapporte à une aventure d'un soir consécutive à la rencontre fortuite d'une connaissance dans un bar.

130 The ex-wife admitted in her testimony that, as one would expect, there were numerous periods of consensual sex during their relationship. They

Comme il fallait s'y attendre, l'ex-épouse a admis dans son témoignage qu'il y avait eu de nombreuses périodes de rapports sexuels consensuels

produced three children. She testified that the alleged abuse did not begin until after she and the respondent were married, at which time their relationship demonstrated many complexities that have no parallel with the situation in which the complainant found herself. To what extent was the respondent's behaviour with his ex-wife an incident of a particular conjugal relationship and to what extent did it reflect a propensity to deal in a certain way with casual sex partners, including the complainant? To what extent can "common sense" be safely relied upon to answer this question? With what confidence can the necessary inferences be drawn? There is no satisfactory answer to these basic questions in this record.

(v) Any Distinctive Feature(s) Unifying the Incidents

It is not alleged that the sex acts themselves or the surrounding circumstances were highly distinctive. Cogeneity was said to derive from repetition rather than distinctiveness.

(vi) Intervening Events

If the similar facts were sufficient to raise the inferences suggested by the Crown, there were no "intervening events" as such to undermine their probative value. An example (not applicable here) might be evidence of supervening physical incapacity: *R. v. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 219.

(d) *Strength of the Evidence that the Similar Acts Actually Occurred*

The respondent did not admit the prior misconduct, and (quite apart from the issue of collusion) a vigorous attack was made in cross-examination on the ex-wife's credibility. The evidence relating to incident six, for example, was said to be confused and contradictory. The ex-wife initially told the

pendant leur relation. Ils ont eu trois enfants. Selon son témoignage, les sévices allégués n'ont commencé qu'après son mariage avec l'intimé, à une époque où leur relation présentait alors de nombreuses difficultés qui n'ont rien de comparable avec la situation dans laquelle s'est trouvée la plaignante. Dans quelle mesure le comportement de l'intimé envers son ex-épouse faisait-il partie d'une relation conjugale particulière et dans quelle mesure ce comportement reflétait-il une propension à se comporter d'une certaine façon avec des partenaires sexuelles occasionnelles, dont la plaignante? Dans quelle mesure peut-on s'en remettre, sans risque de se tromper, au « sens commun » pour répondre à cette question? Avec quelle assurance peut-on faire les inférences requises? Le présent dossier n'apporte pas de réponse satisfaisante à ces questions fondamentales.

(v) Tout trait distinctif commun aux épisodes

On n'allègue pas que les actes sexuels eux-mêmes ou les circonstances les ayant entourés étaient très distinctifs. On a dit que la force probante résultait de la répétition plutôt que du caractère distinctif.

(vi) Les faits subséquents

Si les faits similaires étaient suffisants pour qu'on puisse faire les inférences proposées par le ministère public, il reste qu'il n'existait pas vraiment de « faits subséquents » qui en minaient la valeur probante. À titre d'exemple (non applicable en l'espèce), il aurait pu y avoir une preuve de l'existence d'une incapacité physique subséquente : *R. c. Minhas* (1986), 29 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 219.

d) *La force probante de la preuve que les actes similaires ont vraiment été accomplis*

L'intimé n'a pas admis qu'il s'était mal conduit antérieurement et, lors du contre-interrogatoire, on s'est vigoureusement attaqué à la crédibilité de l'ex-épouse (indépendamment de la question de la collusion). Par exemple, la preuve relative au sixième épisode a été qualifiée d'inintelligible et

131

132

133

police that the alleged assault only involved vaginal sex. Her evidence on this incident subsequently varied. At the preliminary hearing, she testified that there was anal intercourse but did not mention vaginal intercourse. (An incomplete trial with respect to her allegations was held in April 1998 where she repeated her allegations of anal sex but, contrary to the initial testimony, did not mention vaginal sex.) At both the *voir dire* and the trial in this case, she testified that the respondent assaulted her vaginally and anally.

134

In the usual course, frailties in the evidence would be left to the trier of fact, in this case the jury. However, where admissibility is bound up with, and dependent upon, probative value, the credibility of the similar fact evidence is a factor that the trial judge, exercising his or her gatekeeper function is, in my view, entitled to take into consideration. Where the ultimate assessment of credibility was for the jury and not the judge to make, this evidence was potentially too prejudicial to be admitted unless the judge was of the view that it met the threshold of being reasonably capable of belief.

135

I conclude that the similar fact evidence, if admitted, is certainly capable of raising the first inference, namely that the respondent derived pleasure from sex that was painful to his ex-wife and would not take no for an answer. The second inference (that he proceeded wilfully in *this* case knowing the complainant did not consent) is a good deal more problematic, for the reasons mentioned.

136

If the proffered similar fact evidence is not properly capable of supporting the inferences sought by the Crown, the analysis generally need go no further. In this case, the issues were fully argued and I therefore go on to the next stage.

de contradictoire. L'ex-épouse avait initialement déclaré à la police que, lors de l'agression alléguée, il n'y avait eu que des relations sexuelles vaginales. Son témoignage relatif à cet épisode a par la suite changé. À l'enquête préliminaire, elle a prétendu qu'il y avait eu des relations anales, mais n'a pas parlé de relations vaginales. (Une instruction incomplète portant sur ces allégations a eu lieu en avril 1998; la plaignante a alors réitéré ses allégations de relations anales mais, contrairement à son témoignage initial, n'a pas parlé de relations vaginales.) Lors du voir-dire et au procès, elle a témoigné que l'intimé l'avait forcée à avoir des relations sexuelles vaginales et anales.

Normalement, il appartiendrait au juge des faits, en l'espèce le jury, de se prononcer sur les faiblesses de la preuve. Cependant, lorsque l'admissibilité est liée à la valeur probante et en dépend, j'estime que la crédibilité de la preuve de faits similaires constitue un facteur que le juge du procès est habilité à examiner dans l'exercice de ses fonctions de gardien. Dans un cas où, en définitive, il appartenait au jury et non au juge d'évaluer la crédibilité, une telle preuve pouvait être trop préjudiciable pour être admise, sauf si le juge était d'avis qu'elle satisfaisait au critère préliminaire selon lequel on devait pouvoir raisonnablement y ajouter foi.

Je conclus que la preuve de faits similaires, si elle est admise, peut sûrement permettre de faire la première inférence, à savoir que l'intimé éprouvait du plaisir à infliger de la douleur à son ex-épouse lorsqu'il avait des relations sexuelles avec elle et qu'il n'acceptait qu'elle lui dise non. La deuxième inférence (selon laquelle l'accusé avait, dans la *présente* affaire, délibérément continué d'agir tout en sachant que la plaignante n'était pas consentante) pose beaucoup plus de difficultés pour les motifs susmentionnés.

Si la preuve de faits similaires qui a été produite n'est pas vraiment susceptible d'étayer les inférences demandées par le ministère public, il n'est habituellement pas nécessaire de pousser l'analyse plus loin. En l'espèce, les questions en litige ont été complètement débattues et je passe donc à la prochaine étape.

(2) Assessment of the Prejudice

The principal wellsprings of prejudice flowing from propensity evidence were described above in outlining its presumptive exclusion, and there is no need to repeat those worries here.

The poisonous potential of similar fact evidence cannot be doubted. Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 11.173, refer to the observations of an English barrister who has written of that jurisdiction:

Similar fact evidence poses enormous problems for Judges, jurors and magistrates alike. The reason for this is the headlong conflict between probative force and prejudicial effect. Often, in the Crown Court, it is as close as a Judge comes to singlehandedly deciding the outcome of a case. [Emphasis added.]

(G. Durston, "Similar Fact Evidence: A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases" (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359, at p. 359)

Canadian trial lawyers take the same view.

(a) *Moral Prejudice*

It is frequently mentioned that "prejudice" in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocussed trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The inflammatory nature of the ex-wife's evidence in this case cannot be doubted. It is, to the extent these things can be ranked, more reprehensible than the actual charge before the court. The jury would likely be more appalled by the pattern of domestic sexual abuse than by the alleged misconduct of an inebriated lout in a motel room on an isolated occasion. It may be noted that s. 718.2 of

(2) L'évaluation du préjudice

J'ai décrit plus haut les principales sources de préjudice découlant d'une preuve de propension en exposant l'exclusion dont elle est présumée faire l'objet, et il n'est pas nécessaire d'y revenir ici.

On ne saurait douter que la preuve de faits similaires peut avoir des effets pernicieux. Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, § 11.173, mentionnent les observations d'un avocat anglais qui a écrit ceci au sujet de la situation qui prévaut en Angleterre :

[TRADUCTION] La preuve de faits similaires pose d'énormes problèmes aux juges, aux jurés et aux magistrats également. Ces problèmes s'expliquent par le conflit direct entre la force probante et l'effet préjudiciable. Souvent, à la Crown Court, c'est là que le juge vient le plus près de trancher l'affaire à lui seul. [Je souligne.]

(G. Durston, « Similar Fact Evidence : A Guide for the Perplexed in the Light of Recent Cases » (1996), 160 *Justice of the Peace & Local Government Law* 359, p. 359)

Au Canada, les plaideurs partagent cet avis.

a) *Préjudice moral*

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n'est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l'inférence de culpabilité à partir d'une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l'accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d'innocence consacrée à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

On ne saurait douter, en l'espèce, du caractère incendiaire du témoignage de l'ex-épouse. Dans la mesure où ces choses peuvent être situées dans une échelle des valeurs, ce témoignage est plus répréhensible que l'accusation dont est saisi le tribunal. Le jury serait plus susceptible d'être consterné par le régime d'abus sexuel conjugal que par l'inconduite alléguée d'un rustre en état d'ébriété dans une

137

138

139

140

the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, reflects society's denunciation of spousal abuse by making such abuse an aggravating factor for the purposes of sentencing.

141 Some model studies of jury behaviour have put into question the effectiveness of the trial judge's instruction as to the limited use that may be made of propensity evidence: R. L. Wissler and M. J. Saks, "On the Inefficacy of Limiting Instructions: When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37, at p. 43; S. Lloyd-Bostock, "The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record: A Simulation Study", [2000] *Crim. L.R.* 734, at p. 742; and K. L. Pickel, "Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence: A Legal Explanation Does Not Help" (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407. This is not to undermine our belief in the ability of the jury to do its job, but it underlines the poisonous nature of propensity evidence, and the need to maintain a high awareness of its potentially prejudicial effect.

142 To some extent, the prejudice could be contained by limiting the extent and nature of the ex-wife's evidence, even if some of it were admitted, by a process analogous to that followed in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, with respect to criminal convictions. That approach was adopted here only to the limited extent that the fact of the respondent's jail time for two sexual assaults on other parties was suppressed by agreement of counsel.

143 I conclude that this evidence has a serious potential for moral prejudice.

(b) *Reasoning Prejudice*

144 The major issue here is the distraction of members of the jury from their proper focus on the charge itself aggravated by the consumption of time in dealing with allegations of multiple incidents involving

chambre de motel lors d'un fait isolé. On peut préciser que l'art. 718.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, reflète la réprobation de la violence conjugale par la société, du fait qu'il considère cette violence comme une circonstance aggravante aux fins de détermination de la peine.

Certaines études pilotes sur le comportement du jury ont mis en doute l'efficacité des directives du juge du procès concernant l'utilisation limitée qui peut être faite de la preuve de propension : R. L. Wissler et M. J. Saks, « On the Inefficacy of Limiting Instructions : When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt » (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 37, p. 43; S. Lloyd-Bostock, « The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record : A Simulation Study », [2000] *Crim. L.R.* 734, p. 742; K. L. Pickel, « Inducing Jurors to Disregard Inadmissible Evidence : A Legal Explanation Does Not Help » (1995), 19 *Law & Hum. Behav.* 407. Cela ne doit pas miner la confiance que nous avons dans la capacité du jury de faire son travail, mais cela fait ressortir le caractère pernicieux de la preuve de propension et la nécessité d'être très conscient de l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

On pourrait, dans une certaine mesure, circonscrire le préjudice en restreignant l'étendue et la nature du témoignage de l'ex-épouse, même si une partie de cette preuve était admise, grâce à une procédure analogue à celle suivie dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, relativement aux déclarations de culpabilité criminelles. En l'espèce, on a adopté cette approche seulement dans la mesure où, avec le consentement des avocats, on a supprimé de la preuve le fait que l'intimé avait été incarcéré pour avoir commis deux agressions sexuelles contre d'autres personnes.

Je conclus que cette preuve risque sérieusement de causer un préjudice moral.

b) *Préjudice par raisonnement*

La principale question en litige ici est le fait d'empêcher les membres du jury de bien se concentrer sur l'accusation elle-même, aggravé par le temps passé à examiner des allégations de multiples

two victims in divergent circumstances rather than the single offence charged.

Distraction can take different forms. In *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), McLachlin J.A. (as she then was) observed at p. 399 that the similar facts may induce

in the minds of the jury sentiments of revulsion and condemnation which might well deflect them from the rational, dispassionate analysis upon which the criminal process should rest.

Further, there is a risk, evident in this case, that where the “similar facts” are denied by the accused, the court will be caught in a conflict between seeking to admit what appears to be cogent evidence bearing on a material issue and the need to avoid unfairness to the right of the accused to respond. The accused has a limited opportunity to respond. Logistical problems may be compounded by the lapse of time, surprise, and the collateral issue rule, which will prevent (in the interest of effective use of court resources) trials within trials on the similar facts. Nor is the accused allowed to counter evidence of discreditable conduct with similar fact evidence in support of his or her credibility (as discussed in *Sopinka, Lederman and Bryant, supra*, at § 11.74). Thus the practical realities of the trial process reinforce the prejudice inherent in the poisonous nature of the propensity evidence itself.

In my view, the evidence of the ex-wife had the potential to create, in addition to moral prejudice, significant reasoning prejudice at the respondent’s trial.

(3) Weighing Up Probative Value Versus Prejudice

One of the difficulties, as McHugh J. pointed out in *Pfennig, supra*, at p. 147, is the absence of a common basis of measurement: “The probative

épisodes impliquant deux victimes dans des circonstances différentes, plutôt que la seule infraction reprochée.

Le détournement d’attention du jury peut revêtir différentes formes. Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), p. 399, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) a fait remarquer que la preuve de faits similaires peut éveiller

[TRADUCTION] dans l’esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l’analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel.

De plus, il y a le risque manifeste en l’espèce que, dans l’éventualité où l’accusé nierait les « faits similaires », le tribunal soit partagé entre la décision de faire droit à une demande d’admission entre ce qui paraît être une preuve convaincante ayant une incidence sur une question importante et la nécessité d’éviter de faire montre d’iniquité relativement au droit de réponse de l’accusé. Ce dernier a une possibilité restreinte de répondre. Des problèmes logistiques peuvent être aggravés par l’écoulement du temps, la surprise et la règle des questions incidentes qui empêcheront (au nom de l’utilisation efficace des ressources judiciaires) que la preuve de faits similaires fasse l’objet d’un procès à l’intérieur d’un procès. L’accusé n’est pas non plus autorisé à riposter à une preuve de conduite déshonorante par une preuve de faits similaires destinée à étayer sa crédibilité (comme l’ont évoqué *Sopinka, Lederman et Bryant, op. cit.*, §11.74). Par conséquent, les réalités concrètes du procès renforcent l’existence d’un préjudice propre au caractère pernicieux de la preuve de propension elle-même.

À mon avis, le témoignage de l’ex-épouse était susceptible d’engendrer, en plus d’un préjudice moral, un grave préjudice par raisonnement lors du procès de l’intimé.

(3) L’appréciation de la valeur probante en fonction du préjudice

Comme l’a souligné le juge McHugh dans l’arrêt *Pfennig*, précité, p. 147, l’une des difficultés résulte de l’absence de commune mesure : [TRADUCTION]

145

146

147

148

value of the evidence goes to proof of an issue, the prejudicial effect to the fairness of the trial.” The two variables do not operate on the same plane.

149 As probative value advances, prejudice does not necessarily recede. On the contrary, the two weighing pans on the scales of justice may rise and fall together. Nevertheless, probative value and prejudice pull in opposite directions on the admissibility issue and their conflicting demands must be resolved.

150 In *Director of Public Prosecutions v. P.*, [1991] 2 A.C. 447 (H.L.), at p. 460, Lord Mackay suggested that similar fact evidence should be admitted when its probative value is “sufficiently great to make it just to admit the evidence”, notwithstanding its prejudicial value. Lord Wilberforce in *Boardman*, at p. 442, also referred to “the interests of justice”. See also *Pfennig*, *supra*, at pp. 147-48. Justice is achieved when relevant evidence whose prejudice outweighs any probative value is excluded (*R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 246) and where evidence whose probative value exceeds its prejudice (albeit an exceptional circumstance) is admitted. Justice includes society’s interest in getting to the truth of the charges as well as the interest of both society and the accused in a fair process. A criminal justice system that has suffered some serious wrongful convictions in part because of misconceived notions of character and propensity should not (and does not) take lightly the dangers of misapplied propensity evidence.

151 In this case, the similar fact evidence was *prima facie* inadmissible and I agree with Charron J.A. that the Crown did not discharge the onus of establishing on a balance of probabilities that its probative value outweighed its undoubted prejudice. The probative value of the evidence, especially with respect to potential collusion, was not properly evaluated. The potential of such evidence for distraction and

« La valeur probante a trait à la preuve d’une question; l’effet préjudiciable concerne l’équité du procès. » Ces deux variables ne jouent pas sur le même plan.

Le préjudice ne diminue pas nécessairement au fur et à mesure que la valeur probante augmente. Au contraire, les deux plateaux de la balance de la justice peuvent monter et descendre ensemble. Néanmoins, la valeur probante et le préjudice font bouger la balance dans des directions opposées en ce qui concerne la question de l’admissibilité et il est nécessaire de régler leurs exigences contradictoires.

Dans l’arrêt *Director of Public Prosecutions c. P.*, [1991] 2 A.C. 447 (H.L.), p. 460, lord Mackay a indiqué qu’il y a lieu d’admettre la preuve de faits similaires lorsque sa valeur probante est [TRADUCTION] « assez importante pour justifier son admission », nonobstant son effet préjudiciable. Dans l’arrêt *Boardman*, précité, p. 442, lord Wilberforce a également parlé des [TRADUCTION] « intérêts de la justice ». Voir aussi *Pfennig*, précité, p. 147-148. Justice est rendue lorsqu’on écarte une preuve pertinente dont l’effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante (*R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 246), et lorsqu’on admet une preuve dont la valeur probante est plus grande que son effet préjudiciable (quoique ce soit là l’exception). La justice inclut l’intérêt de la société dans la découverte de la véracité des accusations ainsi que l’intérêt de la société et de l’accusé dans l’équité procédurale. Un système de justice criminelle dans lequel des déclarations de culpabilité injustifiées ont été prononcées notamment en raison de notions erronées de moralité et de propension ne devrait pas (et ne doit pas) prendre à la légère le risque qu’une preuve de propension soit mal utilisée.

En l’espèce, la preuve de faits similaires était inadmissible à première vue et je conviens avec madame le juge Charron que le ministère public ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de cette preuve l’emportait sur son effet préjudiciable manifeste. La valeur probante de la preuve, particulièrement en ce qui a trait à la

prejudice was understated. The threshold for admission of this sort of evidence was set too low.

Consent, or the lack of it, and the complainant's credibility in relation thereto, was *the* crucial issue at the trial. It can hardly be doubted that the jury, listening to the ex-wife's evidence, would form a very low opinion of the respondent as an individual who behaved abominably towards his wife, and be readier on that account to believe the worst of him in his conduct towards the complainant. This is precisely the sort of general disposition reasoning (moral prejudice) that the similar fact exclusion rule was designed to prevent.

G. *Review of the Trial Judge's Decision*

A trial judge has no discretion to admit similar fact evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value. Nevertheless, a trial judge's decision to admit similar fact evidence is entitled to substantial deference: *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 739; and *Arp*, *supra*, at para. 42. In this case, however, quite apart from the other frailties of the similar fact evidence previously discussed, the trial judge's refusal to resolve the issue of collusion as a condition precedent to admissibility was an error of law. A new trial is required.

IV. Conclusion

The Crown's appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent: Richard N. Stern and David E. Harris, Toronto.

possibilité de collusion, n'a pas été appréciée correctement. On a sous-estimé le risque de préjudice et de détournement d'attention du jury que présentait cette preuve. Le critère préliminaire applicable à l'admission de ce type de preuve n'était pas assez strict.

Au procès, *la* question cruciale touchait le consentement, ou l'absence de consentement, et la crédibilité de la plaignante à cet égard. On ne saurait guère douter qu'en écoutant le témoignage de l'ex-épouse le jury s'est formé une très mauvaise opinion de l'intimé en tant qu'individu qui se comportait de manière odieuse avec son épouse, et qu'il était de ce fait plus disposé à se faire la pire opinion de lui en raison de son comportement envers la plaignante. C'est précisément ce genre de raisonnement fondé sur une prédisposition générale (le préjudice moral) que vise à empêcher la règle d'exclusion de la preuve de faits similaires.

G. *Examen de la décision du juge du procès*

Le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve de faits similaires dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Néanmoins, il faut accorder un respect considérable à la décision du juge du procès d'admettre une preuve de faits similaires : *B. (C.R.)*, précité, p. 739, et *Arp*, précité, par. 42. En l'espèce, toutefois, hormis les autres faiblesses de la preuve de faits similaires analysées plus haut, le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de trancher la question de la collusion en tant que condition préalable d'admissibilité. Un nouveau procès s'impose.

IV. Conclusion

Le pourvoi formé par le ministère public est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Richard N. Stern et David E. Harris, Toronto.

152

153

154

INDEX

ACTIONS

Torts — Contracts — Passenger injured while riding on bus suing company and driver in tort and in contract — Examination of distinction in application of limitation periods under provincial Highway Traffic Act between actions framed in contract and actions framed in tort — Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).

HEREDI V. FENSOM, 741.

APPEALS

1. Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.

HOUSEN V. NIKOLAISEN, 235.

2. Constitutional questions — Factual record necessary for constitutional questions to be answered.

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP V. REX, 559.

CIVIL PROCEDURE

Provisional remedies — Seizure before judgment — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Painter having canvas-backed reproductions seized — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 734 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 38(1).

THÉBERGE V. GALERIE D'ART DU PETIT CHAMPLAIN INC., 336.

CIVIL RIGHTS

1. Economic and social rights — Fair and reasonable conditions of employment — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city

CIVIL RIGHTS—Concluded

when agreement was signed — Legality of clause contested by employee who resigned from her position before agreement was signed — Whether clause unreasonable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 46.

TREMBLAY V. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

2. Right to equality — Equal salary for equivalent work — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause creates unlawful discrimination against employees having resigned from their positions before agreement was signed — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 19.

TREMBLAY V. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

COMMUNICATIONS LAW

Radiocommunications — Direct-to-home distribution of television programming — Decoding in Canada of encrypted signals originating from foreign satellite distributor — Whether s. 9(1)(c) of Radiocommunication Act prohibits decoding of all encrypted satellite signals, with a limited exception, or whether it bars only unauthorized decoding of signals that emanate from licensed Canadian distributors — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 9(1)(c).

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP V. REX, 559.

CONSTITUTIONAL LAW

Division of powers — Property and civil rights — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether provisions are *intra vires* province — Whether power to order alteration or even destruction of cultural object is beyond provincial powers when it affects native cultural objects — Whether pith and substance of provisions fall within property and civil rights or Indians and lands reserved to

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Indians — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

KITKATLA BAND V. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF SMALL BUSINESS, TOURISM AND CULTURE), 146.

CONTRACTS

Breach of contract — Damages — Pre-judgment and post-judgment interest — Availability of compound interest on damages award — Whether trial judge was correct in awarding pre- and post-judgment compound interest — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

BANK OF AMERICA CANADA V. MUTUAL TRUST Co., 601.

COPYRIGHT

Infringement — Civil remedies — Ownership of copies — Definition of copyright — Art galleries transferring authorized reproductions of painter's works from paper-backed posters to canvas for purposes of resale — Whether galleries "copied" artist's works — Whether new artistic work was produced "in any material form" within meaning of s. 3(1) of Copyright Act — Whether painter's copyright infringed — Whether seizure before judgment justified — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 3, 38(1).

THÉBERGE V. GALERIE D'ART DU PETIT CHAMPLAIN INC., 336.

COURTS

Jurisdiction — Interest — Pre-judgment and post-judgment interest — Interest payable by another right — Breach of contract — Whether trial judge had jurisdiction to award pre- and post-judgment compound interest — Whether language of ss. 128(4)(g) and 129(5) of Courts of Justice Act encompasses right to receive compound interest in equity and at common law — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 128, 129, 130.

BANK OF AMERICA CANADA V. MUTUAL TRUST Co., 601.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Trial judge's charge to jury on defence of self-defence containing errors — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. CINOUS, 3.

2. Defences — Self-defence — Accused found guilty of second degree murder in shooting death of criminal accomplice — Whether defence of self-defence should have been left to jury — Whether defence of self-defence possessed an "air of reality" — Evidential standard applicable to air of reality test.

R. v. CINOUS, 3.

3. Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with murder — Third party allegedly confessing to murder to his lawyers — Accused seeking production of lawyers' files — Whether trial judge properly applied threshold and innocence at stake tests set out in McClure — Proper scope of disclosure order — Degree of immunity to be provided to privilege holder.

R. v. BROWN, 185.

4. Firearms — Careless storage of firearms — Storage of firearms in contravention of regulations — Actus reus of offences — Whether firearms "stored" within meaning of s. 86(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 86(1).

R. v. CARLOS, 411.

5. Sexual assault — Accused's conviction for sexual assault upheld by Court of Appeal — No reason to interfere with Court of Appeal's judgment.

R. v. V.C.A.S., 414.

6. Evidence — Sexual assault — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter — Verdict supported by careful reasons of trial judge and not unreasonable.

R. v. S.G.F., 416.

7. Evidence — Identification — Alibi — Accused convicted of attempted murder — Trial judge erring in instructing jury that they could infer guilt from disbelieved alibi — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether Court of Appeal erred in finding no reversible error in trial judge's instructions on issue of identification — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. HIBBERT, 445.

8. Sexual assault — Trial judge acquitting accused of sexual assault but convicting him of included offence of assault — Court

CRIMINAL LAW—Concluded

of Appeal erring in setting aside acquittal and ordering new trial — Trial judge's judgment restored.

R. v. ROBICHEAU, 643.

9. Evidence — Hearsay.

R. v. PERCIBALLI, 761.

10. Appeal re costs — Counsel's fees — Quebec Superior Court judgments ordering Attorney General of province to pay defence counsel's fees and disbursements for trials already underway or to begin shortly — Whether Attorney General can appeal judgments directly to Supreme Court of Canada — Definition of "costs" in s. 676.1 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R.C. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); R. v. BEAUCHAMPS, 762.

11. Trial — Verdict — Validity — Foreman announcing a verdict — Court recording verdict as "not guilty" — Jury dismissed and accused discharged — Trial judge informed shortly thereafter that court may have erred in recording verdict — True verdict intended by jury may have been "guilty as charged" — Trial judge subsequently conducting limited inquiry into verdict and changing recorded verdict from "not guilty" to "guilty" — Whether trial judge had jurisdiction to conduct inquiry into verdict and alter it after discharge of jury — Whether rule in Head should be re-examined.

R. v. BURKE, 857.

ESTATES

Administration — Public Trustee — Property of dependent adults — Court of Appeal appointing Public Trustee as litigation guardian and property guardian for dependent adult — Criteria to be used in appointing or replacing litigation and property guardians — Whether Court of Appeal had jurisdiction to preclude Public Trustee from pursuing matrimonial property claim — If so, whether Court of Appeal properly exercised that jurisdiction — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, c. D-25.1, s. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, c. P-43.1, s. 29(6).

GRONNERUD (LITIGATION GUARDIANS OF) v. GRONNERUD ESTATE, 417.

EVIDENCE

1. Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether evidence by accused's former

EVIDENCE—Concluded

wife of alleged past assaults against her should have been admitted as similar fact evidence.

R. v. HANDY, 908.

2. Collusion — Admissibility of testimony of witness — Whether determination that complainant and witness had not colluded should have been condition precedent to admitting similar fact evidence of witness.

R. v. HANDY, 908.

INCOME TAX

1. Source of income — Test to determine whether taxpayer has business or property source of income — Whether "reasonable expectation of profit" test appropriate test — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9.

STEWART v. CANADA, 645.

WALLS v. CANADA, 684.

2. Administration and enforcement — Collection — Source deductions — Trust for moneys deducted — Employer failing to remit payroll deductions — Accounts receivable sold to third party — Whether property acquired by tax debtor after statutory deemed trust arises subject to trust — If so, whether sale of trust property to third party releases property from trust — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4), (4.1).

FIRST VANCOUVER FINANCE v. M.N.R., 720.

INDIANS

1. Protection of native cultural heritage — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether legislation constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

KITKATLA BAND v. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF SMALL BUSINESS, TOURISM AND CULTURE), 146.

2. Reserves — Creation of reserves in non-treaty context — Indian Band occupying lands in Yukon Territory since 1950s — Lands set aside by officials — Legal requirements

INDIANS—Concluded

for establishment of a reserve — Whether lands set aside have reserve status — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve” — Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18(d).

ROSS RIVER DENA COUNCIL BAND V. CANADA, 816.

INSURANCE

Overlapping policies — Excess coverage — Two policies of insurance covering same risk — Both insurers relying on “other insurance” clauses to avoid primary liability — Whether clauses should be treated as mutually repugnant — Whether insurers should be required to bear loss equally.

FAMILY INSURANCE CORP. V. LOMBARD CANADA LTD., 695.

LABOUR RELATIONS

1. Trade unions — Members — Nature of obligations existing between members of a trade union — Action for breach of contract brought by union members against other union members — Whether union member may be personally liable to other members in breach of contract action based on terms of union constitution — Whether web of contracts exists between union members and, if so, whether it can form the basis for a breach of contract claim against union members.

BERRY V. PULLEY, 493.

2. Collective agreement — Retroactivity clause — Union’s duty of representation — Clause in collective agreement limiting payment of retroactive salary to employees employed by city when agreement was signed — Whether clause violates principle that there can be only one collective agreement by denying employees having resigned from their positions before agreement was signed the benefit of retroactivity — Whether union breached its duty of representation to former employees — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47.2, 67.

TREMBLAY V. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

LIMITATION OF ACTIONS

1. Insurance — Limitation period in Ontario insurance law — Insurer stopping payments of accident benefits to insured and informing her that she could apply for mediation — Mediation

LIMITATION OF ACTIONS—Concluded

unsuccessful — Insured filing action against insurer more than two years after its refusal to continue to pay benefits — Insurer claiming insured’s action time-barred by two-year limitation period in s. 281(5) of Insurance Act — Limitation period only begins upon proper refusal by insurer — Whether insurer entitled to assert limitation defence — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 281(5) — Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents after December 31, 1993 and before November 1, 1996, O. Reg. 776/93, ss. 71, 72.

SMITH V. CO-OPERATORS GENERAL INSURANCE CO., 129.

2. Statutes — Motor vehicles — Passenger injured while riding on bus suing company and driver in tort and in contract — Whether claims statute-barred — Interpretation of provincial legislation creating a short limitation period for actions seeking the recovery of “damages occasioned by a motor vehicle” — Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 88(1).

HEREDI V. FENSOM, 741.

MUNICIPAL LAW

Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge’s finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

HOUSEN V. NIKOLAISEN, 235.

OFFICIAL LANGUAGES

Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner’s right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

LAVIGNE V. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES), 773.

PRACTICE

Federal Court of Canada — Filing of confidential material — Environmental organization seeking judicial review of federal government's decision to provide financial assistance to Crown corporation for construction and sale of nuclear reactors — Crown corporation requesting confidentiality order in respect of certain documents — Proper analytical approach to be applied to exercise of judicial discretion where litigant seeks confidentiality order — Whether confidentiality order should be granted — Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 151.

SIERRA CLUB OF CANADA V. CANADA (MINISTER OF FINANCE), 522.

PRIVACY

Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

LAVIGNE V. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES), 773.

STATUTES

Interpretation — Principles — Contextual approach — Grammatical and ordinary sense — "Charter values" to be used as an interpretive principle only in circumstances of genuine ambiguity.

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP V. REX, 559.

TORTS

Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

HOUSEN V. NIKOLAISEN, 235.

INDEX

ACTIONS

Responsabilité délictuelle — Contrats — Une passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit la société de transport et le conducteur en responsabilité délictuelle et contractuelle — Analyse de la distinction faite dans l'application des délais de prescription d'un code de la route provincial entre les actions délictuelles et contractuelles — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 88(1).

HEREDI C. FENSOM, 741.

APPELS

1. Tribunaux judiciaires — Norme de contrôle applicable en appel — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmar la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — Norme de contrôle applicable à l'égard des questions mixtes de fait et de droit.

HOUSEN C. NIKOLAISEN, 235.

2. Questions constitutionnelles — Refus de répondre aux questions constitutionnelles pour cause d'absence de fondement factuel.

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP C. REX, 559.

ASSURANCE

Chevauchement de polices — Garantie complémentaire — Risque couvert par deux polices — Clauses de « pluralité d'assurances » invoquées par les deux assureurs pour se dégager de toute responsabilité de premier rang — Ces clauses doivent-elles être considérées incompatibles? — Les assureurs doivent-ils partager le montant du sinistre à parts égales?

FAMILY INSURANCE CORP. C. LOMBARD DU CANADA LTÉE, 695.

CONTRATS

Inexécution — Dommages-intérêts — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Possibilité d'obtenir des intérêts

CONTRATS—Fin

composés sur les dommages-intérêts — Le juge de première instance a-t-il eu raison d'accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

BANQUE D'AMÉRIQUE DU CANADA C. SOCIÉTÉ DE FIDUCIE MUTUELLE, 601.

DÉLITS CIVILS

Véhicules automobiles — Routes — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmar la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

HOUSEN C. NIKOLAISEN, 235.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi provinciale est-elle intransférable? — Le pouvoir d'ordonner la modification ou même la destruction d'objets culturels excède-t-il la compétence de la province quand il touche des objets culturels autochtones? — La substance des dispositions de la loi est-elle la propriété et les droits civils ou les Indiens et les terres réservées pour les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

BANDE KITKATLA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DE LA CULTURE), 146.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Exposé du juge du procès au jury sur la légitime défense entaché d'erreurs — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. CINOUS, 3.

2. Moyens de défense — Légitime défense — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré relativement au décès d'un complice abattu d'un coup de feu — Le moyen fondé sur la légitime défense aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury? — La légitime défense était-elle vraisemblable? — Norme de preuve applicable au critère de la vraisemblance.

R. c. CINOUS, 3.

3. Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé de meurtre — Aveu de meurtre qu'un tiers aurait fait à ses avocats — Demande de l'accusé visant la production de dossiers des avocats — Le juge du procès a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé établis dans *McClure*? — Étendue à donner à l'ordonnance de divulgation — Degré d'immunité à accorder au détenteur du privilège.

R. c. BROWN, 185.

4. Armes à feu — Entreposage négligent d'armes à feu — Entreposage d'armes à feu en contravention des règlements — Actus reus des infractions — Les armes à feu ont-elles été « entreposées » au sens de l'art. 86(1) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1).

R. c. CARLOS, 411.

5. Agression sexuelle — Confirmation par la Cour d'appel de la condamnation de l'accusé pour agression sexuelle — Aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel.

R. c. V.C.A.S., 414.

6. Preuve — Agression sexuelle — Accusé reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement sa fille — Verdict, étayé par de solides motifs du juge du procès, non déraisonnable.

R. c. S.G.F., 416.

7. Preuve — Identification — Alibi — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Juge du procès commettant une erreur en informant le jury qu'il pouvait inférer d'un alibi auquel il n'ajoutait pas foi que l'accusé était coupable — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la juge du procès n'avait commis aucune erreur

DROIT CRIMINEL—Fin

justifiant une annulation dans ses directives sur la question de l'identification? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. HIBBERT, 445.

8. Agression sexuelle — Juge du procès déclarant l'accusé non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de l'infraction incluse de voies de fait — Cour d'appel ayant commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès — Jugement du juge du procès rétabli.

R. c. ROBICHEAU, 643.

9. Preuve — Ouf-dire.

R. c. PERCIBALLI, 761.

10. Appel quant aux frais — Honoraires des avocats — Jugements de la Cour supérieure du Québec ordonnant au procureur général de la province de payer les honoraires et les débours des avocats de la défense pour des procès déjà en cours ou qui débiteront prochainement — Le procureur général peut-il interjeter appel de ces jugements directement à la Cour suprême du Canada? — Définition du mot « frais » à l'art. 676.1 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R.C. c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); R. c. BEAU-CHAMPS, 762.

11. Procès — Verdict — Validité — Annonce du verdict par le président du jury — Verdict « non coupable » inscrit par le tribunal — Libération du jury et remise en liberté de l'accusé — Signalément peu de temps après au juge du procès de la possibilité que le tribunal ait commis une erreur en inscrivant le verdict — Possibilité que le véritable verdict qu'entendait rendre le jury soit « coupable de l'infraction reprochée » — Enquête limitée sur le verdict menée subséquemment par le juge du procès et substitution du verdict « coupable » au verdict « non coupable » qui avait été inscrit — Le juge du procès avait-il compétence, après la libération du jury, pour enquêter sur le verdict et le modifier? — Y a-t-il lieu de revoir la règle énoncée dans l'arrêt *Head*?

R. c. BURKE, 857.

DROIT D'AUTEUR

Contrefaçon — Recours civils — Propriété des exemplaires — Définition du droit d'auteur — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Les galeries ont-elles « reproduit » les œuvres de l'artiste? — Une nouvelle œuvre artistique a-t-elle été produite « sous une forme matérielle quelconque » au sens de l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur? — Y a-t-il eu

DROIT D'AUTEUR—Fin

violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3, 38(1).

THÉBERGE C. GALERIE D'ART DU PETIT CHAMPLAIN INC., 336.

DROIT DES COMMUNICATIONS

Radiocommunication — Distribution de programmation télévisuelle par satellite de radiodiffusion directe — Décodage au Canada de signaux encodés émanant de distributeurs étrangers utilisant des satellites — L'article 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication interdit-il le décodage de tous les signaux encodés émis par des satellites, sous réserve d'une exception limitée, ou prohibe-t-il seulement le décodage de signaux émanant de distributeurs canadiens titulaires de licence? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 9(1)c).

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP C. REX, 559.

DROIT MUNICIPAL

Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmier la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

HOUSEN C. NIKOLAISEN, 235.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Source de revenu — Critère applicable pour déterminer si le contribuable a une source de revenu constituée d'une entreprise ou d'un bien — Le critère de l'« expectative raisonnable de profit » est-il le critère applicable? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9.

STEWART C. CANADA, 645.

WALLS C. CANADA, 684.

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

2. Administration et exécution — Perception — Retenues à la source — Détention en fiducie des retenues — Défaut de l'employeur de verser les retenues à la source — Comptes débiteurs vendus à un tiers — Les biens acquis par le débiteur après la matérialisation de la fiducie réputée y sont-ils assujettis? — Dans l'affirmative, la vente à un tiers de biens détenus en fiducie a-t-elle pour effet de soustraire ces biens à l'application de la fiducie? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).

FIRST VANCOUVER FINANCE C. M.R.N., 720.

INDIENS

1. Protection du patrimoine culturel autochtone — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a), 13(2)c), d).

BANDE KITKATLA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DE LA CULTURE), 146.

2. Réserves — Création de réserves en l'absence de traité régissant la question — Terres occupées par une bande indienne au Yukon depuis les années 1950 — Terres mises de côté par des fonctionnaires — Conditions légales d'établissement des réserves — Les terres mises de côté ont-elles la qualité de réserve? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve » — Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18d).

CONSEIL DE LA BANDE DÉNÉE DE ROSS RIVER C. CANADA, 816.

LANGUES OFFICIELLES

Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d'un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des

LANGUES OFFICIELLES—Fin

renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

LAVIGNE C. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES), 773.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Droit à l'égalité — Égalité de traitement pour un travail équivalent — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause crée-t-elle une discrimination illégale à l'égard des salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 19.

TREMBLAY C. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

2. Droits économiques et sociaux — Conditions de travail justes et raisonnables — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — Légalité de la clause contestée par une salariée qui a quitté son poste avant la signature de la convention — La clause est-elle déraisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 46.

TREMBLAY C. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

LOIS

Interprétation — Principes — Approche contextuelle — Sens ordinaire et grammatical — Recours aux « valeurs de la Charte » comme principe d'interprétation seulement en cas d'ambiguïté véritable.

BELL EXPRESSVU LIMITED PARTNERSHIP C. REX, 559.

PRATIQUE

Cour fédérale du Canada — Production de documents confidentiels — Contrôle judiciaire demandé par un organisme

PRATIQUE—Fin

environnemental de la décision du gouvernement fédéral de donner une aide financière à une société d'État pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires — Ordonnance de confidentialité demandée par la société d'État pour certains documents — Analyse applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire sur une demande d'ordonnance de confidentialité — Faut-il accorder l'ordonnance? — Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 151.

SIERRA CLUB DU CANADA C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES), 522.

PRESCRIPTION

1. Assurance — Délai de prescription prévu dans le droit des assurances de l'Ontario — Assureur cessant de verser à l'assurée des indemnités d'accident et l'informant de la possibilité de demander la médiation — Échec de la médiation — Assurée intentant une action contre l'assureur plus de deux ans après qu'il eut refusé de continuer à lui verser des indemnités — Assureur faisant valoir que l'action de l'assurée est prescrite en raison du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 281(5) de la Loi sur les assurances — Délai de prescription ne commençant à courir qu'à partir du moment où l'assureur exprime un refus valable — L'assureur peut-il invoquer la prescription comme moyen de défense? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 281(5) — Annexe sur les indemnités d'accident légales — Accidents survenus après le 31 décembre 1993 mais avant le 1^{er} novembre 1996, règl. de l'Ont. 776/93, art. 71, 72.

SMITH C. CIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE CO-OPERATORS, 129.

2. Lois — Véhicules automobiles — Une passagère blessée dans un trajet en autobus poursuit la société de transport et le conducteur en responsabilité délictuelle et contractuelle — Les actions sont-elles prescrites? — Interprétation de la loi provinciale fixant un délai de prescription court pour les actions en indemnisation de « dommages causés par un véhicule à moteur » — Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 88(1).

HEREDI C. FENSOM, 741.

PREUVE

1. Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Le témoignage de l'ex-épouse de l'accusé concernant les agressions dont elle aurait été victime dans le passé aurait-il dû être admis en tant que preuve de faits similaires?

R. C. HANDY, 908.

PREUVE—Fin

2. Collusion — Admissibilité d'un témoignage — La décision qu'il n'y a pas eu collusion entre la plaignante et un témoin aurait-elle dû être une condition préalable à l'admission de la preuve de faits similaires produite par le témoin?

R. C. HANDY, 908.

PROCÉDURE CIVILE

Mesures provisoires — Saisie avant jugement — Transfert sur toile par des galeries d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre — Saisie, par le peintre, des reproductions sur toile — Y a-t-il eu violation du droit d'auteur du peintre? — La saisie avant jugement était-elle justifiée? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 734 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 38(1).

THÉBERGE C. GALERIE D'ART DU PETIT CHAMPLAIN INC., 336.

RELATIONS DU TRAVAIL

1. Syndicats — Membres — Nature des obligations existant entre les membres d'un syndicat — Action pour rupture de contrat intentée par des syndiqués contre d'autres syndiqués — Un syndiqué peut-il être tenu personnellement responsable envers d'autres syndiqués dans une action pour rupture de contrat, fondée sur le texte des statuts du syndicat? — Existe-t-il une série de contrats entre les syndiqués et, dans l'affirmative, cette relation peut-elle justifier une action pour rupture de contrat contre des syndiqués?

BERRY C. PULLEY, 493.

2. Convention collective — Clause de rétroactivité — Obligation de représentation du syndicat — Clause de la convention collective limitant le versement de salaires rétroactifs aux salariés à l'emploi de la ville lors de la signature de la convention — La clause viole-t-elle le principe de l'unicité de la convention en excluant du bénéfice de la rétroactivité les salariés ayant quitté leur poste avant la signature de la convention? — Le syndicat a-t-il manqué à son obligation de représentation à l'égard des ex-salariés? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47.2, 67.

TREMBLAY C. SYNDICAT DES EMPLOYÉES ET EMPLOYÉS PROFESSIONNELS-LES ET DE BUREAU, SECTION LOCALE 57, 627.

RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 60, 72, 73.

LAVIGNE C. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES), 773.

SUCCESSIONS

Administration — Curateur public — Biens des adultes à charge — Nomination par la Cour d'appel du curateur public en qualité de tuteur à l'instance et de tuteur aux biens d'une adulte à charge — Critères de nomination et de remplacement des tuteurs à l'instance et aux biens — La Cour d'appel avait-elle compétence pour empêcher le curateur public de poursuivre la demande relative aux biens matrimoniaux — Le cas échéant, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement cette compétence? — The Dependent Adults Act, S.S. 1989-90, ch. D-25.1, art. 20(3)(a) — The Public Trustee Act, S.S. 1983, ch. P-43.1, art. 29(6).

GRONNERUD (TUTEURS À L'INSTANCE DE) C. SUCCESSION GRONNERUD, 417.

TRIBUNAUX

Compétence — Intérêt — Intérêts antérieurs et postérieurs au jugement — Intérêt qui a sa source ailleurs — Inexécution — Le juge de première instance avait-il compétence pour accorder les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement à taux composé? — Le libellé de l'art. 128(4)g) et de l'art. 129(5) de la Loi sur les tribunaux judiciaires englobe-t-il le droit de recevoir des intérêts composés en common law et en equity? — Loi

TRIBUNAUX—Fin

sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 128, 129, 130.

BANQUE D'AMÉRIQUE DU CANADA C. SOCIÉTÉ DE FIDUCIE
MUTUELLE, 601.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9